



# L'autonomie de la volonté dans les filiations électives

Marion Meilhac-Perri

► **To cite this version:**

Marion Meilhac-Perri. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives. Droit. Université de Bourgogne, 2014. Français. <NNT : 2014DIJOD011>. <tel-01333266>

**HAL Id: tel-01333266**

**<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01333266>**

Submitted on 17 Jun 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE DE BOURGOGNE  
Faculté de Droit et de Science Politique

**THÈSE**

Pour obtenir le grade de  
Docteur de l'Université de Bourgogne  
Discipline : Droit privé

par

**Marion MEILHAC-PERRI**

le 2 décembre 2014

**L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE DANS LES  
FILIACTIONS ELECTIVES**

Directrice de thèse  
**Sabine CORNELOUP**  
Professeur à l'Université de Bourgogne

Jury

**Monsieur BOLLEE Sylvain**

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I) - Rapporteur

**Monsieur FULCHIRON Hugues**

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

**Madame HAMMJE Petra**

Professeur à l'Université de Nantes - Rapporteur

**Madame PERTEGÁS Marta**

Première Secrétaire à la Conférence de La Haye - Professeur à l'Université d'Anvers

©



UNIVERSITE DE BOURGOGNE  
Faculté de Droit et de Science Politique

**THÈSE**

Pour obtenir le grade de  
Docteur de l'Université de Bourgogne  
Discipline : Droit privé

par

**Marion MEILHAC-PERRI**

le 2 décembre 2014

**L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE DANS LES  
FILIACTIONS ELECTIVES**

Directrice de thèse  
**Sabine CORNELOUP**  
Professeur à l'Université de Bourgogne

Jury

**Monsieur BOLLEE Sylvain**

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I) - Rapporteur

**Monsieur FULCHIRON Hugues**

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

**Madame HAMMJE Petra**

Professeur à l'Université de Nantes - Rapporteur

**Madame PERTEGÁS Marta**

Première Secrétaire à la Conférence de La Haye - Professeur à l'Université d'Anvers

©

## **Avertissement**

L'Université de Bourgogne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*Que tous ceux qui m'ont encouragée et soutenue dans la réalisation de ce travail, trouvent ici l'expression de ma profonde reconnaissance.*

*À Madame le Professeur Sabine Corneloup qui a dirigé avec tant de bienveillance et d'attention mes recherches.*

*À tous les miens.*



# SOMMAIRE

<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>VII</b>
<b>TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS</b> .....	<b>VIII</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>Partie 1. Les conséquences de l'autonomie de la volonté dans les filiations électives</b> .....	<b>27</b>
<b>TITRE 1. L'INTERNATIONALISATION DES FILIATIONS ELECTIVES</b> ...	<b>31</b>
Chapitre 1. L'adoption .....	35
Chapitre 2. La maternité de substitution .....	97
<b>TITRE 2. LA CONTRACTUALISATION DES FILIATIONS ÉLECTIVES</b> ..	<b>167</b>
Chapitre 1. La détermination des caractères essentiels des contrats support de filiations électives .....	173
Chapitre 2. La qualification des contrats support de filiations électives .....	217
<b>Partie 2. L'encadrement juridique de l'autonomie de la volonté dans filiations électives</b> .....	<b>265</b>
<b>TITRE 1. LA QUALIFICATION DES FILIATIONS ELECTIVES AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE</b> .....	<b>269</b>
Chapitre 1. L'adoption, une approche fondée sur l'enfant.....	273
Chapitre 2. La maternité pour autrui, une approche contractuelle .....	299
<b>TITRE 2. L'ECHEC DES FILIATIONS ELECTIVES</b> .....	<b>372</b>
Chapitre 1. L'échec provoqué par le droit international privé .....	375
Chapitre 2. L'échec provoqué par la volonté des parties .....	425
<b>ANNEXES</b> .....	<b>493</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>515</b>
<b>TABLE DE JURISPRUDENCE</b> .....	<b>550</b>
<b>INDEX</b> .....	<b>573</b>
<b>TABLES DES MATIERES</b> .....	<b>577</b>

# TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

## A

**A.** : Arrêté

**Act. Jurispr.** : Actualité  
jurisprudentielle

**Adde** : Ajouter

**aff** : affaire

**al.** : Alinéa

**AJ** : Actualité jurisprudentielle

**AJD** : Actualité juridique Dalloz

**AJ famille** : Actualité juridique Famille

**AJIL** : American journal of law

**ALD** : Actualité législative Dalloz

**Annuaire fr. dr. int.** : Annuaire français  
de droit international

**app.** : appendice

**arg.** : argument

**Arr** : Arrêté

**Art** : Article (d'un code)

**Ass. plén.** : Assemblée plénière

## B

**BO** : Bulletin officiel

**Bull. civ.** : Bulletin des arrêts des  
chambres civiles de la Cour de cassation

**Bull. crim.** : Bulletin de la chambre  
criminelle de la cour de cassation

**Bull. Joly** : Bulletin Joly (mensuel  
d'information des sociétés)

## C

**c/** : contre

**CA** : Cour d'appel

**Cah. dr. eur.** : Cahiers du droit  
européen

**Cah. jurispr.** : Cahiers de jurisprudence

**Cass** : Cour de cassation

**Cass. ass. plén.** : Arrêt de l'assemblée  
plénière de la Cour de Cassation

**Cass. ch. mixte** : Arrêt de la chambre  
mixte de la Cour de Cassation

**Cass. ch. réun.** : Arrêt rendu par les  
chambres réunies de la Cour de  
Cassation.

**CC** : Conseil constitutionnel

**CE** : Conseil d'état

**CEDH** : Convention européenne des  
droits de l'homme

**cep.** : cependant

**Cf** : Conférer, consulter

**Ch.** : Chapitre (division d'un code)

**Ch. arb.** : chambre arbitrale

**Ch. mixte** : Arrêt d'une chambre mixte  
de la Cour de cassation

**Chr.** : Chronique  
**Ch. réun.** : Arrêt des chambres réunies de la cour de cassation  
**chron.** : chronique  
**Circ.** : Circulaire  
**Civ** : Cassation, chambre civile  
**CJCE** : Cour de justice des communautés européennes  
**coll.** : collection  
**Com.** : Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation  
**Comp** : Comparé  
**Const.** : Constitution  
**Contra** : Contraire  
**Conv.** : Convention  
**Conv. EDH** : Convention européenne des droits de l'homme  
**Cour EDH** : Cour européenne des droits de l'homme  
**Crim** : Cassation, chambre criminelle  
crit. : critique  
**C. sup. arb.** : Arrêt de la Cour supérieure d'arbitrage

## D

**D** : Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey  
**déc.** : décision  
**Defrénois** : Répertoire du notariat Defrénois  
**délib.** : délibération

## E

**éd.** : édition

**enr.** : enregistrement  
**et a.** : et autre(s)  
**et s.** : et suivantes

## F

**fasc.** : fascicule

## G

**Gaz. Pal.** : Gazette du palais  
**gén.** : général

## I

**IAJ** : Informations administratives et juridiques  
**Ibid.** : Au même endroit  
**id.** : idem  
**IGEC** : Instruction générale relative à l'Etat civil  
**ILR** : International Law Reports  
**Infra** : ci-dessous  
**IR** : Informations rapides du recueil Dalloz

## J

**J.-Cl** : JurisClasseur (civil, pénal...)  
**JCP** : Semaine juridique (JurisClasseur périodique : générale, entreprises, commerce et industrie, sociale,...)  
**JDI** : Journal du droit international (Clunet)  
**JO** : Journal officiel  
**JORF** : Journal officiel de la République française  
**jurispr.** : jurisprudence

## L

**L.** : Loi

**Lebon** : Recueil des arrêts du Conseil

**LGDJ** : Librairie générale de droit et de jurisprudence

**Loc. cit.** : loco citato, passage précité d'un article ou d'un ouvrage

**LPA** : Les Petites Affiches

## M

**Min. publ.** : Ministère public

**mod.** : modifié

## N

**n.** : note

**not.** : notamment

## O

**obs.** : Observations, commentaires doctrinaux

**Op. cit.** : Opere citato, cité précédemment

**Ord.** : Ordonnance

## P

**p.** : page

**préc.** : précité

## R

**rapp.** : rapport (ou rapporteur)

**R. arbitr.** : Revue de l'arbitrage

**RC** : Revue critique de droit international privé

**RCADI** : Recueil des cours de

l'Académie de droit international

**RCDIP** : Revue critique de droit international privé

**RDC** : Revue des contrats

**RDC** : Revue trimestrielle de droit civil

**RDIP** : Revue de droit international privé

**RD sanit. soc.** ou **RDSS** : Revue de droit sanitaire et social

**Rec. cours La Haye** : Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye

**Rec. Gén. Lois** : Recueil général des lois (Rép. Commaille)

**règl.** : règlement

**Rép. civ.** : Répertoire Dalloz de droit civil = encyclopédie Dalloz

**Rep. communautaire** : Encyclopédie Dalloz, répertoire de droit communautaire

**Rèp.gén.not.** : Répertoire Defrénois

**Rép. intern.** : Répertoire de droit international Dalloz

**Rep min.** : Réponse ministérielle

**Rép. prat.** : Répertoire pratique Dalloz

**Req.** : Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation

**rev.** : revue

**Rev. arb.** : Revue de l'arbitrage

**Rev. crit. DIP ou dr. internat. privé** : Revue critique de droit international privé

**Rev. dr. soc.** : Revue du droit social

**RIDC** : Revue internationale de droit comparé  
**RJPF** : Revue juridique personnes et famille  
**RLDC** : Revue Lamy droit civil  
**RSA** : Recueil des sentences arbitrales  
**RTD Civ.** : Revue trimestrielle de droit civil

## S

s. : suivant  
**S** : Recueil Sirey  
**sect.** : section  
**Soc.** : arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, chambre sociale  
**sol.** : solution  
**Somm.** : sommaire  
**spéc.** : spécialement  
**ss-sect.** : sous-section  
**suppl.** : supplément  
*supra* : ci-dessus

## T

t. : tome

**TA** : Tribunal administratif  
**tabl.** : tableau  
**T. arb.** : Tribunal arbitral  
**TCE** : Traité instituant la Communauté européenne  
**T. civ.** : Tribunal civil  
**TGI** : Tribunal de grande instance  
**Th** : Thèse  
**tit.** : titre  
**Trav.comité fr. DIP** : Travaux du Comité français de droit international privé  
**TUE** : Traité instituant l'Union européenne

## U

**UE** : Union européenne  
**UNIDROIT** : Institut international pour l'unification du droit privé

## V

v. : voir  
**vol.** : volume



# Introduction

1. **Les mutations du droit de la famille.** Suivant l'évolution des mœurs, le droit de la famille est en perpétuelle mutation. Et parce que ce droit est profondément lié à l'intime, ses changements sont loin d'être toujours bien reçus. Ils cristallisent les tensions comme en témoignent la récente ouverture du mariage aux homosexuels par la loi du 17 mai 2013 et les nombreuses manifestations pour ou contre cette ouverture qui ont accompagné l'adoption de la loi. Un autre domaine est le théâtre d'évolutions controversées : il s'agit de la filiation. Or le mariage et les filiations étant si intimement liés qu'il y a fort à parier que la prochaine grande évolution se fera dans ce domaine et plus particulièrement en matière de filiation élective. D'ailleurs, la Cour de cassation a d'ores et déjà rendu deux avis<sup>1</sup> en date du 22 septembre 2014, en matière de filiation, dans lesquels elle pose que « le recours à la procréation médicalement assistée ne fait pas obstacle à l'adoption de l'enfant du parent biologique par son conjoint de même sexe »<sup>2</sup>. Quant au Gouvernement, il a commandé deux rapports touchant à ces types de filiation. Le premier, intitulé *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui* a été rédigé par le Groupe de travail « Protection de l'Enfance et adoption »<sup>3</sup>. Le second, rédigé par le Groupe de travail Filiation, origines, parentalité, porte sur les accords de maternité pour autrui et s'intitule *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*<sup>4</sup>.

2. **La notion de filiation élective.** Il n'existe pas de définition de la filiation élective en tant que telle. Le droit ne connaît que le concept de filiation. Monsieur le professeur Hauser définit « la filiation juridique [comme] un lien qui unit une personne à

---

<sup>1</sup> C. cass., avis, n° 15011, 22 sept. 2014 ; C. cass., communiqué de presse, 23 sept. 2014, C. cass., avis, n° 15010, 22 sept. 2014.

<sup>2</sup> C. cass., communiqué de presse, 23 sept. 2014, *op. cit.*

<sup>3</sup> *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui* rédigé par le Groupe de travail « Protection de l'Enfance et adoption » Dir. A. GOUTTENOIRE, Février 2014.

<sup>4</sup> *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Dir. I. THERY, 2014.

sa mère ou à son père et établit entre eux des relations de parents »<sup>5</sup>. Il faut alors chercher ce que l'adjectif qualificatif « élective » apporte voire modifie à la notion de « filiation ». L'adjectif électif est susceptible de deux acceptions : il désigne soit ce qui est choisi soit ce qui choisit par élection<sup>6</sup>, le terme élection étant à prendre au sens large, comme le fait de choisir. *A priori*, cela n'apporte rien de nouveau à la filiation pour qui l'idée de choix n'est pas étrangère. Avec notamment les nombreux moyens de contraception, mais aussi l'interruption volontaire de grossesse, le choix précède – le plus souvent – la filiation. Comme l'explique Madame le professeur Fabre-Magnan « la filiation est en réalité toujours – et nécessairement – un mélange de biologique et de volonté... »<sup>7</sup>. La particularité de la filiation élective, est qu'elle repose sur l'idée que ce n'est pas la femme qui a la volonté d'être la mère légale qui accouche. Cela exclut les filiations biologiques, mais aussi les filiations issues des recours à la procréation médicalement assistée. Il s'agit de l'adoption et de la maternité de substitution encore appelée maternité pour autrui.

Madame le professeur Neirinck explique que la filiation élective se fonde sur une volonté créatrice de filiation, qui assume « les conséquences de la parenté »<sup>8</sup>. La filiation élective ne repose pas nécessairement sur la réalité biologique, concrète ; elle n'est qu'un fait consacré par le droit. Ainsi, pour qu'il y ait filiation élective, il faut une volonté déclarée mais aussi encadrée. Comme l'explique l'auteur, la volonté des personnes qui souhaitent devenir parents est appelée à s'exprimer sous une forme précise, comme c'est le cas pour l'adoption. Plus la filiation s'éloigne de la réalité biologique et plus le législateur l'organise afin de s'assurer de la capacité d'accueil des candidats. Ce contrôle se fait par une procédure d'agrément. Cette procédure a également pour rôle de s'assurer de l'intérêt des parties qu'il s'agisse de l'enfant ou des candidats à l'adoption, afin d'éviter tout échec de la filiation. Comme l'explique Madame le professeur Neirinck « la filiation élective, fruit du seul désir d'être parent, ne s'impose jamais et ne peut être consacrée que sous la condition de servir l'intérêt de l'enfant. L'adoption internationale, en permettant à certains de satisfaire leur désir d'être parents en allant directement chercher l'enfant convoité à l'étranger et en obtenant sur place un jugement d'adoption, a démontré l'utilité de ce contrôle. Le désir fondateur est un ancrage bien fragile que malmène toujours la confrontation à la réalité. Et celui dont le projet s'avère finalement incertain

---

<sup>5</sup> J. HAUSER, *La Filiation*, coll. Connaissance du Droit, Dalloz.

<sup>6</sup> Dictionnaire Français « Littré »

<sup>7</sup> M. FABRE-MAGNAN, *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013.

<sup>8</sup> C. NEIRINCK, « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP* 1997. I. 4067.

"se décharge" de l'enfant déraciné auprès des services de l'Aide sociale à l'enfance<sup>9</sup>. Pour faire face à ce type d'échec, la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996<sup>10</sup> admet qu'une nouvelle filiation élective peut coexister avec la première qui, irrévocable, demeure. »

La volonté doit non seulement être exprimée de manière solennelle et faire l'objet d'un contrôle, elle doit également être consacrée par un jugement. En effet, ce qui crée *in fine* la filiation élective, est son institutionnalisation par un jugement ou une reconnaissance si la filiation est étrangère. La filiation étrangère est elle-même souvent le résultat d'un jugement déclaratif.

La volonté qui fonde la filiation élective ne s'arrête pas au simple désir d'être parent et d'avoir un enfant, il y a également le souhait d'assurer et d'assumer son rôle de parents. La filiation consacrée par le droit produit donc les mêmes effets que la filiation biologique en ce qui concerne tous les droits et les obligations<sup>11</sup> qui découlent de la parenté.

Il semble que seulement deux types de filiations soient identifiables comme électives : l'adoption et la filiation issue des accords de maternité pour autrui. Dans les deux cas, la mère légale n'est pas la femme qui a accouché de l'enfant. Le statut du père est en revanche plus variable dans le cadre de la maternité pour autrui, puisqu'il peut être le père biologique.

**3. L'adoption, une filiation élective fondée sur la volonté.** L'adoption est une institution qui crée « un lien juridique de filiation entre deux personnes en principe biologiquement étrangères l'une à l'autre »<sup>12</sup>. L'adoption a pour objectif de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu ou dont la famille biologique se désintéresse manifestement. L'adoption confère à l'adopté, dans sa nouvelle famille, « les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre »<sup>13</sup>. Les parents intentionnels doivent assumer l'enfant comme s'il était le leur biologiquement.

L'adoption qui tend à faire entrer un étranger dans la famille est très répandue. Les droits cunéiformes la connaissaient, ainsi que les civilisations égyptienne et grecque,

---

<sup>9</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 25 juin 1991 : *Bull. civ.* I, n°210 ; *JCP* 1992, éd. G, II, 21798, note H. MUIR WATT.

<sup>10</sup> *JCP* 1996, éd. G, III, 68045.

<sup>11</sup> Article 371-1 du Code civil.

<sup>12</sup> J-J. LEMOULAND, *Rép. Drt civ.*, V. Famille, 2013.

<sup>13</sup> Article 358 du Code civil.

enfin elle est citée dans la Bible. Si elle a été très pratiquée par les Romains, elle s'est faite plus rare par la suite. Ainsi, depuis les invasions jusqu'en 1939, l'adoption n'a plus joué qu'un rôle infime<sup>14</sup>. Tombée en désuétude, elle est réapparue ponctuellement sous des formes différentes. Durant l'Ancien droit diverses institutions sont apparues. Des formulaires de l'époque mérovingienne contiennent une adoption *par cartam*, par acte écrit<sup>15</sup>. À la fin du Moyen Âge et au XVI<sup>e</sup> siècle, les pays de droit écrit connaissaient une forme d'adoption très particulière interdite par le droit romain<sup>16</sup>. Elle n'avait pas pour but de faire passer l'adopté sous la puissance paternelle de l'adoptant, mais *l'adoptio in fratrem*, ou *affrèment*<sup>17</sup>, créait un lien de fraternité fictive entre les parties. Celles-ci pouvaient déjà être parentes ou alliées entre elles, ou bien n'avoir aucun lien familial. L'institution ressemblait, pratiquement, à une société universelle<sup>18</sup>. Tous les biens étaient mis en commun, ainsi que les produits du travail. Les « frères » habitaient ensemble et vivaient « à même pain et même pot ». En principe, la communauté était perpétuelle. À la mort d'un des associés, à défaut d'enfant ou de testament, sa part revenait aux autres. Ces *affrèments* avaient lieu surtout entre paysans, parfois entre artisans, et s'expliquaient en partie par la pauvreté. Ils ont peu à peu disparu dans le courant du XVI<sup>e</sup> siècle.

Durant la période de la Révolution, l'adoption recouvre un regain d'intérêt. Les Conventionnels l'ont ressuscitée, pour deux raisons essentiellement : ils s'attendrissaient sur le sort des enfants sans parents et selon Cambacérès, avait pour but de favoriser « la division des grandes fortunes », en vue de parvenir à plus d'égalité. Le principe avait déjà été adopté par la Législative, le 18 janvier 1792. En 1793, le Comité de législation présenta un texte qui ne permettait d'adopter que des enfants pauvres. Cette condition disparut du projet présenté par Cambacérès. Les particuliers pratiquèrent l'adoption, par actes notariés. Le 16 frimaire an III, la Convention invita un juge de paix à apposer les scellés, à la requête de l'adopté, sur les biens de la succession de son parent adoptif.

Malgré des hésitations et l'opposition de Malleville et de Tronchet, l'adoption a été consacrée par le Code de 1804. Selon Berlier, elle devait être « la consolation des mariages stériles et une vaste carrière de secours pour les enfants pauvres ». Les conditions étaient strictes puisque l'adoptant devait être âgé de plus de cinquante ans et

---

<sup>14</sup> J-P LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du Droit civil*, Dalloz, 2010, 2<sup>e</sup> éd.

<sup>15</sup> J-P LÉVY, A. CASTALDO, *Ibid.*

<sup>16</sup> Dioclétien, C., 6, 24, 7.

<sup>17</sup> *affraymentum*

<sup>18</sup> J-P LÉVY, A. CASTALDO, *Ibid.*

n'avoir pas de descendant légitime. Il devait fournir à l'adopté, durant sa minorité et pendant au moins six ans, des secours et des soins ininterrompus. De son côté, l'adopté devait être majeur mais, en attendant, il pouvait faire l'objet d'une tutelle officieuse. Des facilités particulières étaient ouvertes quand l'adopté avait sauvé la vie de l'adoptant. L'adoption avait des effets de type *minus plena*. L'adopté restait dans sa famille naturelle et y conservait tous ses droits, il succédait à l'adoptant, mais pas au reste de sa famille. Si l'adopté mourait sans descendant, la famille adoptive ne pouvait reprendre que les biens provenant de l'adoptant, le surplus retournait alors à sa famille d'origine<sup>19</sup>.

C'est le décret-loi du 29 juillet 1939, appelé Code de la famille, qui a créé la légitimation adoptive pour les enfants abandonnés, nés de parents inconnus ou recueillis par l'Assistance publique. La loi du 11 juillet 1966 l'a remplacée par l'adoption plénière, expression empruntée au droit de Justinien. Elle suppose, soit le consentement de la famille de l'enfant, soit que celui-ci soit pupille de l'État ou ait été volontairement abandonné par ses parents. Les effets de cette nouvelle institution consistent à effacer la filiation biologique, et non à lui superposer une nouvelle filiation, comme dans l'adoption simple.

4. **Les textes internationaux régissant l'adoption.** En raison de la réduction du nombre d'enfants adoptables en France dans les années 1980, les Français se sont tournés vers l'étranger. À ses débuts, l'adoption internationale était surtout justifiée pour sortir les enfants de la guerre et de la misère dans les pays tels que la Corée et le Vietnam<sup>20</sup>. Des dérives sont vite apparues avec notamment la création de réseaux parallèles : trafic, enlèvement d'enfants... Deux importants textes à vocation mondiale ont été adoptés : la Convention internationale des droits de l'enfant rédigée en 1989 et la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale de 1993.

La Convention internationale des droits de l'enfant, traité international adopté le 20 novembre 1989 par les Nations Unies, proclame « l'intérêt supérieur de l'enfant »<sup>21</sup>, l'intérêt de protéger l'unité familiale<sup>22</sup> mais aussi une « protection de remplacement

---

<sup>19</sup> J-P LÉVY, A. CASTALDO, *Ibid.*

<sup>20</sup> Y DENECHERE, *Des enfants venus de loin – Histoire de l'adoption internationale en France*, éd. ARMAN COLLIN, 2011.

<sup>21</sup> Article 3 Convention internationale des droits de l'enfant.

<sup>22</sup> Articles 9 et 10 Convention internationale des droits de l'enfant.

conforme à leur législation nationale »<sup>23</sup>. La convention crée une hiérarchie entre les modes de protection en privilégiant les solutions évitant le déplacement de l'enfant. Les quatre solutions locales énumérées sont le placement dans une famille, la *kafala* dans les pays de droit islamique, l'adoption et le placement en établissement, ce dernier cas devant n'être envisagé qu'« en cas de nécessité ». Lorsqu'aucune solution satisfaisante pour l'enfant n'a pu être mise en œuvre dans son pays d'origine, l'adoption internationale peut alors être envisagée, celle-ci devant faire l'objet d'une vigilance particulière. La Convention internationale des droits de l'enfant s'impose à tous les pays l'ayant ratifiée, soit 190 des 193 États reconnus par l'Organisation des Nations unies c'est-à-dire à tous sauf aux États-Unis, à la Somalie et au Soudan du Sud.

Le 29 mai 1993, la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale pose le cadre général de coopération internationale en matière d'adoption internationale. Elle a pour objectif de protéger les enfants et leurs familles des risques d'adoptions illégales à l'étranger, irrégulières, prématurées ou mal préparées. Cette Convention qui fonctionne également par l'intermédiaire d'un système d'Autorités centrales nationales, renforce la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant<sup>24</sup>. Elle veille à ce que les adoptions internationales soient organisées dans l'intérêt supérieur de l'enfant et en respectant ses droits fondamentaux, et prévient l'enlèvement, la vente et le trafic d'enfants<sup>25</sup>.

**5. La phase judiciaire de l'adoption.** Qu'elle soit interne ou internationale, l'adoption est soumise à la procédure d'agrément qui peut faire échec au projet d'adoption, et ne peut être officiellement constatée que par un jugement rendu par le tribunal de grande instance. À la suite d'une adoption plénière, le lien ainsi créé soit se substitue au lien biologique, soit comble un vide juridique si aucune filiation n'avait été établie dans l'une ou l'autre branche ou dans les deux. Cette forme d'adoption, la plus pratiquée, crée un lien de filiation irrévocable et entraîne la rupture des liens avec la famille d'origine. Le lien d'origine disparaît au profit du lien adoptif, ce qui peut poser le problème du secret des origines pour l'adopté<sup>26</sup>. Madame le professeur Neirinck<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Articles 20 et 21 Convention internationale des droits de l'enfant.

<sup>24</sup> Article 21 Convention internationale des droits de l'enfant.

<sup>25</sup> Pour plus d'informations : [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=text.display&tid=45](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=45)

<sup>26</sup> La loi n°93-22 du 8 janvier 1993 a consacré l'accouchement « sous X » qui permet d'adopter un enfant sans passé et sans origine.

explique que « la loi intervient sur un mode gestionnaire pour répondre à un désir, celui des parents électifs, sans tenir compte de ce qui fait "fonctionner" le droit. Celui-ci peut imposer une fiction, en disant cet homme est le père de l'enfant. Mais il ne peut effacer un fait et dire cette femme n'a pas accouché<sup>28</sup> ou organiser le mensonge en désignant de manière irrévocable comme géniteur celui dont on est sûr qu'il ne l'est pas. C'est cependant l'attitude qu'il a adoptée dans l'accouchement « sous X » ou dans l'interdiction de désaveu de l'enfant né par insémination avec donneur ». Madame le professeur Neirinck parle d'une « conception naïve de la filiation, qui veut s'affranchir de toute référence au lien biologique et qui en limite l'aspect juridique au seul désir de parents auto-fondés ».

Au contraire, l'adoption simple crée une seconde filiation, révocable, qui s'ajoute à la filiation fondée sur la procréation : l'adopté reste rattaché à sa famille d'origine et y conserve tous ses droits. Au sein de la famille adoptive, l'adopté simple a la même place qu'un enfant biologique.

**6. La maternité de substitution, une filiation élective fondée sur un contrat.** Il existe deux formes de maternité pour autrui : la gestation pour autrui et la procréation pour autrui. Si les deux notions sont souvent réunies sous celle de la maternité pour autrui, elles ne sont pourtant pas similaires. La gestation pour autrui est une technique de procréation par laquelle une femme, que l'on appelle mère porteuse, porte l'enfant d'un couple afin d'en assurer la gestation. L'ovule peut être issu de la mère intentionnelle de l'enfant ou d'une donneuse. La gestation pour autrui est une des méthodes de procréation médicalement assistée. En revanche, dans le cadre d'une procréation pour autrui, la mère porteuse est également la mère biologique de l'enfant. Les progrès de la science permettent aujourd'hui de réduire le recours à la procréation pour autrui au profit de la gestation pour autrui, ce qui facilite l'après accouchement lorsque la mère porteuse doit confier l'enfant aux parents intentionnels qui sont alors également les parents biologiques de l'enfant. On peut également distinguer la maternité pour autrui sans substitution de la mère porteuse ou avec substitution de la mère porteuse. Dans cette seconde hypothèse la mère intentionnelle a vocation à devenir la mère légale

---

De même la loi de bioéthique du 29 juillet 1994 impose l'anonymat des donneurs de gamètes et celui de ceux qui consentent à un accueil de leurs embryons.

<sup>27</sup> C. NEIRINCK. « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP* 1997. I. 4067.

<sup>28</sup> C. NEIRINCK, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP* 1996, éd. G, I, 3922.

de l'enfant, comme c'est généralement le cas lorsqu'un couple intentionnel à recours à la maternité pour autrui. En revanche, il n'y a pas substitution lorsque le seul père intentionnel et biologique n'a pas de compagne<sup>29</sup>, ou que cette dernière ne souhaite pas être reconnue comme la mère légale de l'enfant. Si la maternité pour autrui est également une solution pour des couples d'hommes d'avoir un enfant, par facilité de langage les hypothèses évoquées par la suite seront généralement traitées sous l'angle d'un couple intentionnel composé d'un homme et d'une femme faisant appel à une mère porteuse.

La procréation pour autrui est la plus ancienne des méthodes de lutte contre l'infertilité. Dans l'Ancien Testament, on retrouve des nombreuses mères porteuses. La première mention historique de la maternité pour autrui remonte à l'ancien testament, notamment dans la Genèse<sup>30</sup>. La femme d'Abraham, Saraï, ne lui avait pas donné d'enfant. Elle dit à son mari: « vois, je te prie : Yahvé n'a pas permis que j'enfante, va donc vers ma servante, peut-être obtiendrai-je par elle des enfants. Et Abraham écouta la voix de Saraï. Ainsi naquit Ismaël »<sup>31</sup>. Le droit mésopotamien autorisait cet usage. Il y a également l'histoire de Rachel, qui voyant qu'elle ne donnait pas d'enfant à Jacob lui présenta sa servante Bihla afin que « par elle, [elle] puisse [elle] aussi avoir des enfants »<sup>32</sup>. Dans l'Antiquité romaine, cette méthode a été utilisée afin de pallier l'infertilité et la mortalité infantile. L'expression *ventrem locare* désignait le procédé permettant de solliciter les services d'une femme fertile pour donner un enfant à une femme infertile. Cette pratique était d'autant plus fréquente que la répudiation de l'épouse infertile était rare et le divorce exceptionnel car sanctionné par l'assemblée des proches et motivé par une faute grave<sup>33</sup>. Au XIX<sup>e</sup> siècle, particulièrement dans les familles

---

<sup>29</sup> C'est notamment le cas dans l'affaire : Civ. 1re, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138, *D.* 2013. 2170, obs. I. GALLMEISTER, 2349, chron. H. FULCHRON et C. BIDAUD-GARON, 2377, avis C. PETIT, 2384, note M. FABRE-MAGNAN, et 2014. 689, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *AJ fam.* 2013. 579, obs. F. CHÉNEDÉ, 532, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, et 600, obs. C. RICHARD et F. BERDEAUX-GACOGNE ; *AJCT* 2013. 517, obs. R. MESA ; *Rev. crit. DIP* 2013. 909, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2013. 816, obs. J. HAUSER ; *JCP* 2013. 985, note A. MIRKOVIC ; *Dr. fam.* 2013. Comm. 151, note C. NEIRINCK ; A. GOUTTENOIRE, in *JCP* 2014. Chronique de droit de la famille. Doct. 43 ; *JDI* 2014. Comm. 1, note J. GUILLAUME.

<sup>30</sup> M. IACUB, *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Edition Fayard, 2004, 365 pages.

<sup>31</sup> Gn 16,1-2

<sup>32</sup> Gn 30 :5.

<sup>33</sup> Y. RIVIERE, Mères porteuses le choix de Rome. Doit-on légaliser la pratique des mères porteuses ? Les leçons du droit romain. *L'Histoire*. N° 337. Décembre 2008.p 26,27.

bourgeoises françaises il n'était pas rare que l'enfant soit procréé avec le frère du mari infertile ou avec la sœur de la femme infertile.

En France, les premiers litiges ont concerné la légalité des associations constituées pour servir d'intermédiaires entre les mères porteuses et les parents intentionnels. Dans une décision du 22 janvier 1988<sup>34</sup>, le Conseil d'État a approuvé le refus d'enregistrement d'une telle association en jugeant « que l'association requérante a ainsi pour objet de favoriser le développement et de permettre la réalisation de pratiques selon lesquelles une femme accepte de concevoir un enfant par insémination artificielle en vue de céder, dès sa naissance, l'enfant qu'elle aura ainsi conçu, porté et mis au monde à une autre femme ou à un couple ; que de telles pratiques comportent nécessairement un acte, quelle qu'en soit la forme, aux termes duquel l'un des parents s'engage à abandonner un enfant à naître ; que dès lors, en se fondant sur les dispositions de l'article 353-1-2° du code pénal, pour s'opposer par décision du 1er mars 1985 à l'inscription de l'Association "LES CIGOGNES", le préfet, commissaire de la République du Bas-Rhin n'a pas excédé les pouvoirs qu'il tient des dispositions législatives précitées ; qu'il s'ensuit que ladite association n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, qui est suffisamment motivé, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté sa demande tendant à l'annulation de cette décision ». Et, dans un arrêt du 13 décembre 1988<sup>35</sup>, la Cour de cassation a jugé que ces associations étaient nulles pour objet illicite et devaient être dès lors dissoutes. Par la suite, d'autres affaires soulevèrent le problème de la reconnaissance de la filiation par le droit français. Ainsi, dans un arrêt du 31 mai 1991, l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée sur les contrats de gestation et a estimé que « 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 ». Elle a ajouté que « ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption ». La nullité des contrats fut confirmée par l'une des premières lois dites « de bioéthique » du 30 juillet 1994 codifiée à l'article 16-7 du Code civil qui dispose que « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

---

<sup>34</sup> CE, ass., 22 janv. 1988, req. n° 80936, *Assoc. Les cigognes*, *Lebon* 37.

<sup>35</sup> Civ. 1re, 13 déc. 1989, *JCP* 1990.II.21526, note A. SERIAUX.

Les juridictions françaises n'ont jamais été amenées à se prononcer en vertu de leur compétence directe sur une question d'inexécution du contrat de mère porteuse. Les juridictions ont été amenées à se prononcer sur la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger. Ainsi, même si les parties ne sont pas en litige, leurs arrangements ne peuvent pas être validés, puisque le droit français ne reconnaît pas la mère d'intention comme étant la mère légale de l'enfant. En effet, le droit français repose sur l'idée que la mère est toujours certaine parce que c'est la femme qui a accouché. L'adage *mater semper certa est* ne se soucie pas de la réalité génétique, l'ovule peut être d'une autre femme. Le caractère fictif de la maternité bénéficie également au mari qui sera présumé père de l'enfant alors que dans le cas d'une implantation d'embryon ni la femme qui accouche, ni son mari ne sont les parents génétiques de l'enfant, pourtant ils seront ses parents légaux. Cette présomption de paternité explique que dans les accords de maternité pour autrui lorsque la mère porteuse est mariée son conjoint doit également consentir à l'abandon de l'enfant.

Le 6 avril 2011 la Cour de cassation a également refusé de transcrire à l'état civil français les actes de naissance établis à l'étranger lorsque l'enfant est né d'une mère porteuse. Si l'interdiction des accords de maternité est toujours maintenue, une circulaire du 25 janvier 2013 du Ministère de la Justice se prononce sur l'éventuelle délivrance d'un certificat de nationalité française à des enfants nés à l'étranger d'un parent français ayant eu vraisemblablement recours à une procréation ou gestation pour le compte d'autrui. Ce texte invite les procureurs et greffiers en chef à délivrer un certificat de nationalité française à ces enfants 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. Selon cet article, en effet, « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. » La circulaire précise que le seul soupçon de recours à une convention de gestation pour autrui à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus de délivrance. À l'inverse, face à un acte d'état civil étranger non probant, le greffier en chef du tribunal d'instance reste fondé à refuser la délivrance d'un certificat de nationalité française.

En septembre 2013<sup>36</sup> et mars 2014<sup>37</sup>, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer de nouveau sur la reconnaissance des filiations issues des accords de maternité pour autrui, en retenant ces fois-ci l'argument de la fraude à la loi sur le fondement de l'article 336 du Code civil. Il est cependant intéressant de noter que dans l'arrêt de septembre 2013 il s'agissait d'une maternité pour autrui sans substitution. En effet, dans cette hypothèse aucune mère n'avait vocation à devenir la mère légale de l'enfant en remplacement de la mère porteuse<sup>38</sup>. C'est d'ailleurs sur ce fondement que le père intentionnel avait remis en cause l'idée même qu'il s'agisse d'une maternité pour autrui. Cependant les juges ont retenu l'existence d'une maternité pour autrui qu'ils ont condamné en ce fondant sur la fraude à la loi. Toutefois, ce recours à la fraude à la loi fût grandement discuté et a soulevé de nombreuses questions quant à ses conséquences sur le statut de l'enfant.

La sanction de la Cour européenne des Droits de l'Homme a incité les juges français à opéré un revirement de jurisprudence afin de reconnaître la filiation de l'enfant à l'égard du père qui a fourni le matériel génétique. La Cour de cassation a ainsi rendu, le 3 juillet 2015<sup>39</sup>, 2 arrêts par lesquels elle reconnaît la transcription au registre d'état civil français des actes des naissances des enfants issus de maternité pour autrui. Ces arrêts posent ainsi un premier jalon vers la reconnaissance en France des filiations issues de convention de maternité pour autrui.

**7. L'approche américaine des filiations électives.** Il est un pays dans lequel les filiations électives sont pratiquées depuis plus longtemps qu'en France : il s'agit des États-Unis. Ainsi, l'étude ponctuelle du droit américain est instructive. En effet, il laisse

---

<sup>36</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013 n°12-18.315, *D.* 2013. 2382, obs. I. GALLMEISTER, 2349, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, 2377, avis C. Petit, 2384, note M. FABRE-MAGNAN, 2014. 689, obs. M. DOUCHY-LOUDOT, 954, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON, 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, et 1516, obs. N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO ; *AJ fam.* 2013. 579, obs. F. CHENEDE, 532, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, et 600, obs. C. RICHARD et F. BERDEAUX-GACOGNE ; *AJCT* 2013. 517, obs. R. MESA ; *Rev. crit. DIP* 2013. 909, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2013. 816, obs. J. HAUSER.

<sup>37</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, n° 13-50.005, *D.* 2014. 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.* 901, avis J.-P. JEAN ; *ibid.* 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

<sup>38</sup> V. S. BOLLEE, *Rev. crit. DIP*, 103 (3) 2014, p. 617.

<sup>39</sup> Cass., ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002, *D.* 2015. 1438, obs. I. GALLMEISTER, 1481, édito. S. BOLLEE, 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, et 2015 p.1773, note D. SINDRES ; *AJ fam.* 2015. 364, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

une part importante à la volonté des parties. Tout d'abord, la maternité pour autrui y est autorisée et attire les couples Français. Sur ce point, aucune législation fédérale n'a été adoptée. La légalisation ou non de la pratique de la maternité pour autrui est donc laissée à la libre appréciation des États fédérés. Le premier litige pour inexécution du contrat fut l'affaire *Baby M*<sup>40</sup> en 1988. De nombreuses affaires ont par la suite permis aux juridictions américaines d'établir que seule l'intention est constitutive de filiation. C'est donc le critère de la volonté qui est retenu.

Ensuite, l'approche du droit américain en matière d'adoption est très différente de l'approche française, on peut notamment parler d'une véritable autonomie de la volonté sur certains points. En outre, les États-Unis connaissent davantage de formes d'adoption que le droit français. Ainsi, les parents peuvent tout d'abord choisir entre une adoption par agence ou une adoption indépendante. Les agences d'adoption sont des entreprises qui confient les nourrissons ou les enfants à des candidats à l'adoption de manière permanente. Ces agences peuvent être à but lucratif ou non mais dans tous les cas elles sont autorisées par l'État sur le territoire duquel elles sont implantées. La particularité du recours à une agence est la qualité du service fourni. Les candidats sont par exemple davantage préparés à la procédure d'agrément. L'agence doit être autorisée pour chaque type de placements adoptifs qu'elle propose et peut s'occuper aussi bien de l'adoption de droit interne que de droit international. Les agences d'adoption sont partenaires avec des femmes enceintes ainsi que les futurs parents adoptifs. Ces agences peuvent être de deux types : elles sont soit publiques, soit privées. Les premières travaillent au sein du gouvernement de l'État ou du comté et font habituellement partie des services sociaux de l'État et sont financées par l'État et le gouvernement fédéral. Les secondes sont en revanche des entreprises indépendantes financées par les frais facturés aux clients. Les candidats à l'adoption peuvent également se passer des services d'une agence, et monter leur projet d'adoption de manière indépendante. Cette forme d'adoption présente moins de garanties pour les candidats à l'adoption qui ne dépendent d'aucune structure.

En ce qui concerne les relations avec la famille biologique, l'adoption peut être soit fermée, c'est la forme que nous connaissons en France, ou ouverte avec *l'open adoption*. Dans le cadre d'une adoption fermée, aucune information d'identification sur la famille de naissance n'est transmise à la famille adoptive. Les familles n'ont aucun

---

<sup>40</sup> *In re Baby M* 109 N.J. 396,537 A.2d 1227,1988 N.J.77 A.L.R.4th 1

contact entre elles. Des informations pourront ou non être mises à la disposition de l'enfant lorsqu'il aura atteint l'âge de 18 ans. Entre l'adoption fermée et *l'open adoption*, se trouve une catégorie intermédiaire, l'adoption semi-ouverte. Avant l'adoption, les parents biologiques de l'enfant et les parents adoptifs peuvent échanger des informations mais qui ne permettent pas de les identifier. Une fois que l'enfant est placé dans le foyer adoptif, le contact avec la famille de naissance peut se faire par lettres ou photos envoyées par le médiateur de l'agence d'adoption ou l'avocat qui a aidé à l'adoption. *L'open adoption* en revanche, permet une certaine forme d'association entre les parents biologiques, les parents adoptifs et l'enfant qu'ils ont adopté. Cela peut aller de la photo et le partage de lettres, aux appels téléphoniques. Ces contacts peuvent être faits par le biais d'un médiateur, comme un travailleur social, un avocat ou une agence. *L'open adoption* est donc aux antipodes de la vision française de l'adoption qui protège le secret des origines. Il est donc intéressant d'étudier l'autonomie de la volonté dans cette forme d'adoption. Les parents biologiques et les candidats à l'adoption sont en contact direct et construisent ensemble le projet d'adoption. La volonté a toute sa place dans cette forme d'adoption qui est également finalisée par un jugement déclaratif.

Ces filiations électives se fondent sur une logique contractuelle, la volonté des parents biologiques ou adoptifs s'exprime davantage que dans le droit français. Les couples Français se rendent donc principalement aux États-Unis, même si dorénavant de nombreux États autorisent également les accords de maternité pour autrui. L'exemple de la pratique des filiations électives aux États-Unis est très instructif mais ne saurait donner lieu à une étude comparée exhaustive des droits français et américains sur les filiations électives. La forme de *l'open adoption*, mais aussi le recours à des mères porteuses américaines dans les principales affaires soumises à la justice française justifie une étude ponctuelle de la pratique américaine en matière d'adoption et de maternité pour autrui, sous l'angle de la place laissée à la volonté. Un nombre croissant de Français est tenté de se rendre à l'étranger afin de recourir à ces filiations électives, et échapper aux restrictions, voire aux interdictions du droit français, en cherchant à faire primer leur volonté.

8. **L'autonomie de la volonté, entre moralité et création du droit.** C'est Kant qui parle le premier d'autonomie de la volonté<sup>41</sup>. Il ne la perçoit alors que sous un

---

<sup>41</sup> E. KANT, Les principes métaphysique du droit, 1797, traduit par BARNI en 1853.

sens moral, la définissant comme « le principe suprême de la moralité »<sup>42</sup>. Il explique que l'autonomie de la volonté est le libre choix qu'a l'homme de se donner comme sienne la loi morale et de s'y soumettre : « le principe de l'autonomie est [...] d'opter toujours de telle sorte que la volonté puisse considérer les maximes qui déterminent son choix comme les lois universelles »<sup>43</sup>.

Dans la pensée juridique, l'autonomie de la volonté désigne « le pouvoir qu'a la volonté de créer sa propre loi de droit »<sup>44</sup>. Ce concept doctrinal « signifie que la volonté est la source et la mesure des droits subjectifs »<sup>45</sup>. Gounot parle « d'un organe créateur de droit »<sup>46</sup>. Selon la théorie classique de l'autonomie de la volonté, l'individu se définit comme « une volonté libre, isolée du milieu social, le seul objet, le seul fondement, et la seule fin du droit »<sup>47</sup>. Gounot explique que « le concept d'autonomie de la volonté est une philosophie de l'homme, une théorie du fondement du droit et une théorie du but du droit ». Il poursuit en expliquant que « cette notion accorde à l'homme des droits naturels antérieurs à ceux de la société, dont l'essentiel est la liberté ; il fait de l'individu la source du droit, [...] il assigne pour fin au droit la coexistence des volontés individuelles »<sup>48</sup>.

#### 9. L'autonomie de la volonté en droit des contrats en droit interne.

Roussier expliquait que le rôle majeur qui a longtemps été reconnu, tient aux conceptions philosophiques essentiellement individualistes et libérales professées par l'école du droit naturel puis par les philosophes du XVIIIe siècle. Ces théories ont des origines très anciennes. À ces principes qui animaient déjà largement notre Ancien droit s'ajoutent au XVIIIe siècle des considérations d'ordre politique et économique. La volonté de l'individu devient la source, sinon unique du moins privilégiée, des obligations pouvant s'imposer à lui. L'autonomie de la volonté s'impose au contrat<sup>49</sup> et s'accompagne de différents

---

<sup>42</sup> E. KANT, *op. cit.*

<sup>43</sup> E. KANT, *op. cit.*, p.90.

<sup>44</sup> V. RANOUILLE, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980, p. 10.

<sup>45</sup> V. RANOUILLE, *op. cit.*.

<sup>46</sup> GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912, p.3.

<sup>47</sup> V. RANOUILLE, *op. cit.*, p. 9-10.

<sup>48</sup> V. V. RANOUILLE, *op.cit.*, p. 10 ; GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912, p.3.

<sup>49</sup> L. BOYER, *Rép. Drt civ.*, Contrats et conventions, n°9.

principes.

Il s'agit tout d'abord le principe de la liberté contractuelle. De ce que la volonté est la source originaire du droit, il résulte que le domaine du contrat, qui en est l'expression directe, doit être aussi large que possible ; la liberté doit être la règle ; l'efficacité d'une volonté commune ne doit être qu'exceptionnellement limitée par la loi. Selon le principe de la liberté contractuelle, les individus sont libres de s'engager ou de ne pas s'engager. En outre, ils peuvent déterminer, à leur gré, le type et le contenu de leur accord ; les réglementations légales leur sont simplement proposées mais ils peuvent soit s'y référer, soit y substituer en tout ou partie les dispositions qu'ils souhaitent. Sans doute, ce principe de liberté ne peut-il être intégralement consacré par aucun système de droit positif : le fait même de la vie en société impose aux individus des règles impératives ; du moins, celles-ci doivent-elles être exceptionnelles et faire l'objet d'une interprétation restrictive. Par ailleurs, le principe de la liberté contractuelle a comme prolongement celui du consensualisme, l'efficacité juridique de l'accord de volontés ne doit pas être subordonnée à l'emploi de formes. Dès l'instant de cet accord, le contrat existe et doit recevoir effet. Enfin, la théorie de l'autonomie de la volonté implique aussi le principe de la force obligatoire du contrat. Celui-ci s'impose non seulement aux parties, mais encore au juge qui ne peut intervenir dans son exécution pour la suspendre ou pour modifier les prestations stipulées. L'article 1134 du code civil a expressément consacré ce principe en disposant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

De nos jours, la doctrine de l'autonomie de la volonté a perdu de son prestige ; elle est vigoureusement contestée<sup>50</sup>. Tout d'abord, il n'est pas certain que la volonté de l'homme ait été la source originaire du droit. Certains sociologues pensent que le « lien contractuel ne saurait être primitif »<sup>51</sup> et, selon la loi de Maine, la règle émanant du groupe - c'est-à-dire le statut - aurait précédé le droit de la volonté. - c'est-à-dire le contrat<sup>52</sup>. Bien plus, dans toute société quelque peu organisée, n'est-ce pas celle-ci seule qui sanctionne le contrat en l'assortissant de son pouvoir de contrainte<sup>53</sup> ? Et cette reconnaissance ne saurait intervenir de façon automatique car il est faux que tout ce qui

---

<sup>50</sup> GOUNOT, *op. cit.*

<sup>51</sup> DURKHEIM, *Leçons de sociologie, philosophie des mœurs*, 1950, p. 208.

<sup>52</sup> CARBONNIER, « Sociologie et droit du contrat », *Ann. Fac. dr. Toulouse*, t. 7, 1959, p. 115.

<sup>53</sup> G. DAVY, « L'unité de fondement de l'obligation juridique, » *Arch. philos. dr.* 1931.87 et s. ; ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965

est contractuel soit juste ; il n'en pourrait être ainsi que si les parties étaient placées sur un pied de rigoureuse égalité tant au point de vue économique que dans leurs qualités d'intelligence et d'aptitude à négocier.

10. **L'autonomie de la volonté en droit international privé.** En droit international, l'autonomie de la volonté prend encore une dimension autre, par le rôle qu'elle joue dans les règles de conflits de lois. Cette idée ne s'impose vraiment que dans les années 1870-1880<sup>54</sup>. Fœlix publie en 1843 le premier traité de droit international privé depuis la Révolution et emploie des expressions synonymes d'autonomie. Ces notions sont connues en Allemagne depuis le premier quart du XIX<sup>e</sup> siècle. Pour Fœlix et plus tard pour Savigny, l'autonomie des parties ne désigne qu'une justification *a posteriori* du choix de la loi du contrat, déterminé en vertu d'autres exigences que celles relevant de la volonté des intéressés. Pour les auteurs suivants et notamment pour Laurent, la formule d'autonomie de la volonté des parties a une signification toute autre. L'autonomie de la volonté qualifie le principe *a priori* de la solution des conflits de lois en matière contractuelle. Selon cette pensée c'est bien la volonté des contractants qui dit la loi de l'acte. C'est ainsi qu'apparaît sans être précisément nommée l'idée d'autonomie de la volonté. C'est ensuite Weiss qui dans son *Traité élémentaire de droit international privé*, publié en 1886 parle d'autonomie de la volonté. Cette notion fut par la suite adoptée par l'ensemble des internationalistes<sup>55</sup>.

Depuis 1910 en France, les contrats internationaux sont soumis à la loi désignée par les parties<sup>56</sup>. Selon Monsieur le professeur Jacquet, l'autonomie de la volonté de droit international privé apparaît comme une autonomie d'emprunt et « n'a que peu de rapports avec celle du droit civil des obligations, car si elle peut exercer une influence indirecte sur les obligations issues du contrat, son objet n'est [...] pas de créer des obligations »<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Voir Préface, V. RANOUILLE, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Cass. civ. 5 décembre 1910, *Rev. drt. int.*, 1911, p. 395, *JDI*, 1912, p. 1156, *S.* 1911, 1, 129, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. Paris, Dalloz, n°11.

<sup>57</sup> J-M JACQUET, « La théorie de l'autonomie de la volonté », in *Le règlement communautaire Rome I et el choix de la loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque organisé S. CORNELOUP, N. JOUBERT les 9 et 10 septembre 2010 à Dijon, Litec 2011, p. 2 ; V. aussi P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, *RTD civ.*, 1999, pp. 771 et s., spéc. pp 25 et s.

L'autonomie de la volonté en droit international privé a pour but de fixer le statut international du contrat, satisfaire à une exigence propre au droit international privé et non aux objectifs substantiels immédiats des contractants<sup>58</sup>.

Le contrat est la création des parties. Lorsque cette création a des contacts avec plusieurs ordres juridiques, il est normal que les parties puissent choisir le droit qui le régit. D'où l'admission du principe de l'autonomie de la volonté, principe général de droit international privé, très largement répandu en droit comparé.

L'autonomie de la volonté permet aux parties de désigner le droit national applicable à leur contrat. En désignant un droit, les parties écartent l'application des autres droits qui présentent des liens avec le contrat. Elles en écartent tant les règles impératives que les règles dispositives.

**11. Une approche spécifique de l'autonomie de la volonté dans l'édification du statut personnel.** Selon Monsieur le professeur Kohler<sup>59</sup>, les manifestations de l'autonomie de la volonté en droit international privé sont différentes selon qu'elles se présentent dans le domaine du droit des obligations ou dans celui du statut personnel. L'auteur explique qu'en matière contractuelle, « l'autonomie de la volonté permet aux parties de choisir comme applicable à leur contrat la loi d'un État quelconque et même, par la voie du dépeçage, plusieurs lois pour différentes parties du contrat, et que ce choix peut intervenir même postérieurement à la conclusion du contrat et est susceptible d'être modifié à tout moment ». Monsieur Picone a noté l'existence d'éléments qui permettent aux parties d'intégrer des normes de source non étatique dans le régime de leur contrat. La volonté des parties se situe « désormais aux limites entre un critère de rattachement conflictuel traditionnel et une source directe des règles applicables »<sup>60</sup>.

Du point de vue du statut personnel, si Monsieur le professeur Kohler reconnaît le renforcement de la position de l'individu dans le cadre de la « contractualisation » de la famille au niveau du droit matériel, il estime que « l'autonomie qui est reconnue aux particuliers en matière de statut personnel reste de loin en deçà de celle accordée pour les

---

<sup>58</sup> J-M JACQUET, *ibid.*

<sup>59</sup> C. KOHLER, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes*, Recueil des Cours 359. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

<sup>60</sup> Voir P. PICONE, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé, *Recueil des cours*, tome 276 (1999), p. 185.

contrats internationaux »<sup>61</sup>. L'auteur compare la « liberté de choix » à une quasi-option de législation qui permet aux parties de désigner une loi, à la place de la loi normalement applicable, et parmi plusieurs lois sélectionnées par le législateur en raison de leur proximité de la situation. Le choix d'une autre loi « proche » de la situation est admis lorsqu'il s'agit d'une relation impliquant plusieurs personnes. Le principe d'autonomie intervient dans le but de localiser la situation et conférer ainsi à la loi applicable davantage de légitimité<sup>62</sup>. Cette légitimité est moins apparente en ce qui concerne l'application de la *lex fori*. Le « droit d'option » permet aux individus d'exprimer leur volonté d'intégration et leur droit à l'identité<sup>63</sup>. À cet égard, le paternalisme autoritaire du XIX<sup>e</sup> siècle a, sous l'influence des droits fondamentaux et des libertés de circulation, évolué vers un paternalisme « éclairé »<sup>64</sup>.

En outre, s'il est possible d'élargir l'éventail des lois qui peuvent être choisies en matière familiale et en matière successorale, il faut garder à l'esprit la fonction localisatrice du choix<sup>65</sup>. Or, si l'on veut libérer l'individu des contraintes de la localisation et lui conférer une faculté de choix illimité comme cela se fait en matière contractuelle, le changement doit être radical. C'est ainsi que Monsieur le professeur Vrellis évoque « dans certaines limites déterminées par le souci de protéger la bonne foi ou la partie faible, de respecter la dignité des autres, etc., ... un système de règles de conflit qui se baserait, en principe, sur la volonté libre des parties »<sup>66</sup>. Cependant, la privatisation intégrale de l'état des personnes et des relations successorales suppose un « changement radical du système des conflits de lois qui impliquerait l'abandon du principe de proximité dans le domaine du statut personnel » ce qui ne semble pas encore concevable.

---

<sup>61</sup> C. KOHLER, *op. cit.*

<sup>62</sup> C. KOHLER, L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismisme, *Ibid.*

<sup>63</sup> A. BUCHER, « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours*, tome 341 (2009), p. 377.

<sup>64</sup> C. KOHLER, L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismisme, *Ibid.*

<sup>65</sup> Voir les propositions discutées à cet égard par D. COESTER-WALTJEN et M. COESTER, *Rechtswahlmöglichkeiten im europäischen Kollisionsrecht*, dans R. MICHAELS et D. SOLOMON, *Liber Amicorum Klaus Schurig*, Munich, 2012, pp. 39 s.

<sup>66</sup> S. VRELLIS, Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé, *Recueil des cours*, tome 328 (2007), pp. 392 s.

Monsieur le professeur Kohler estime que « pour défendre l'ordre juridique du for contre l'admission de solutions considérées comme inacceptables, la réserve de l'ordre public est adéquate et suffisante ». Il poursuit de la manière suivante : « pour ce qui est du contrôle des accords régulièrement conclus, l'article 8, paragraphe 5, du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires exprime une tendance générale en faveur d'un contrôle matériel des conventions des parties sur la compétence judiciaire et la loi applicable quant à leur contenu et aux circonstances dans lesquelles de telles conventions sont mises en œuvre »<sup>67</sup>. D'après lui, seul l'ordre public et les lois de police sont des limites à l'autonomie de la volonté, qui par la même, permettent à l'autonomie de la volonté d'être acceptée par les États et de s'étendre au statut personnel et donc au droit de la famille.

## 12. L'autonomie de la volonté en droit international privé de la famille<sup>68</sup>.

Réservée initialement à la matière contractuelle, la possibilité offerte aux parties de faire un choix de loi applicable est désormais en pleine expansion dans le droit de la famille. Pourtant le lien de filiation ne peut être compris indépendamment de sa fonction sociale et de ses effets personnels et patrimoniaux<sup>69</sup>. Cette particularité en fait une des pièces maîtresses de l'ordre social, ce qui explique que les règles qui l'organisent soient d'ordre public. La filiation doit nécessairement être fondée en droit, elle ne peut échapper à des contraintes et à des interdits, et elle ne peut relever uniquement comme les échanges de biens ou de services, de l'autonomie de la volonté. Comme l'explique le Monsieur le professeur Hauser, le fait que la filiation soit un lien social implique de restaurer la fonction du droit, condition préalable à l'examen de son contenu<sup>70</sup>. En outre, Madame le professeur Labrousse-Riou observe que « pour inscrire la personne de l'enfant dans une histoire humaine, et ne pas la livrer aux forces subjectives des adultes en en faisant un pur objet de droit, il est nécessaire de rendre vivante et crédible la nature sociale et non purement privée du lien de filiation, même si les faits de procréation sont intimes et la sexualité considérée de nos jours comme une liberté »<sup>71</sup>. C'est sur ce fondement que la

---

<sup>67</sup> C. KOHLER, L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes, *Ibid.*

<sup>68</sup> C. LABROUSSE-RIOU, *Rép. Drt. Civ.*, Filiation, n°24.

<sup>69</sup> C. LABROUSSE-RIOU, *op. cit.*

<sup>70</sup> En ce sens, not., J. HAUSER, « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Mélanges D. HUET-WEILLER*, 1994, LGDJ, p. 235 et s.

<sup>71</sup> C. LABROUSSE-RIOU, *Rép. Drt. Civ.*, Filiation, *op. cit.*

Cour de cassation, puis la loi, ont déclaré illicites les contrats de maternité pour autrui au nom du double principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes<sup>72</sup>. En effet, ces contrats qui mettent en relation un couple et une femme afin que cette dernière porte leur enfant contreviennent au principe d'indisponibilité du corps humain qui interdit la conclusion de « toute convention portant sur le corps humain, quelle que soit sa nature, gratuite aussi bien qu'onéreuse. Le principe de non-commercialité conduit à frapper de nullité les seules conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale (autrement dit : pécuniaire) au corps humain, à ses éléments ou à ses produits (C. civ., art. 16-5), c'est-à-dire les conventions à titre onéreux ayant un tel objet. Il en résulte que, en principe, les conventions à titre gratuit sont licites : il n'est pas - en principe - interdit de disposer de son corps, pourvu que ce soit à titre gratuit »<sup>73</sup>. Même si la volonté individuelle joue un rôle important en matière de filiation, l'état des personnes est une notion juridique distincte qui ne peut se mêler à celle du contrat. La volonté bien qu'essentielle n'est pas exclusive dans la mesure où les droits et obligations qui lui sont attachés sont de nature légale. Même si les filiations électives reposent sur la volonté des parties, le lien qui en résulte ne doit dépendre que de la loi et ne peut pas être contractuel<sup>74</sup>.

Pourtant dans le droit international privé de la famille, l'autonomie de la volonté prend doucement sa place<sup>75</sup>. C'est le cas dans le règlement des conflits de lois même

---

<sup>72</sup> Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, D. 1991. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, JCP 1991. II.21752, concl. DONTENWILLE, note F. TERRE ; solution consacrée par l'article 16-7 C. civ. résultant de la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain ; sur la question et les raisons d'une possible remise en cause de l'illégalité en France des conventions de « mères porteuses », licites à l'étranger, en Californie notamment.

<sup>73</sup> J. PENNEAU, *Rép. Dalloz Corps humain* ; V. Bioéthique, n°55. Sur une application du principe aux accords de maternité pour autrui voir : D. 1991. 417, rapp. CHARTIER ; note THOUVENIN ; JCP 1991. II. 21752, concl. DONTENWILLE, note TERRE

<sup>74</sup> J. HAUSER, « Un nouveau né : l'enfant conventionnel ? », D. 1996. Chron. 182 ; F. BELLIVIER et C. NOVILLE, Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation. Chron. sous Paris, 25 oct. 2007, RG 06/00507 ; « Les juges de Strasbourg et l'assistance médicale à la procréation : le contrat contre les droits de l'homme », Chron. sous CEDH 7 mars 2006 et 10 avr. 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, RDC, oct. 2007, p. 1321 ; Civ. 1re, 17 déc. 2008, préc.

<sup>75</sup> J-J LEMOULAND, *Rép. Drt civ.*, Famille, n° 222.

lorsqu'il s'agit de droit de la famille<sup>76</sup>. Pour exemple, le règlement *Rome III*<sup>77</sup> qui met en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. Selon le règlement les époux peuvent dorénavant choisir la loi applicable. Les modalités de ce choix sont prévues à l'article 5<sup>78</sup>. Le choix reste cependant encadré.

### 13. L'étude de l'autonomie de la volonté dans les filiations électives.

L'autonomie de la volonté s'imisce donc progressivement dans le droit de la famille et notamment dans les filiations électives où, eu égard au rôle créateur de la volonté, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'elle tente de prendre davantage de pouvoir, quitte même à supplanter la loi. En effet, si l'autonomie de la volonté tend à créer du droit, en matière de filiation élective son rôle serait alors de deux ordres. Créatrice de la filiation, l'autonomie de la volonté permettrait également aux parents d'outrepasser la norme étatique. Ce second aspect se traduit par le recours à une filiation élective à l'étranger par les candidats

---

<sup>76</sup> V. P. GANNAGE, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP* 1992. 425 ; J.-Y. CARLIER, « Autonomie de la volonté et statut personnel », 1992, Bruylant ; N. WATTE, *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, 1987, Larcier.

<sup>77</sup> Règlement (UE) No 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps. V. S. CORNELOUP, *Droit du divorce- European Divorce Law*, LexisNexis, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (volume 39).

<sup>78</sup> « Article 5 Choix de la loi applicable par les parties

1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes:

a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention; ou

b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention; ou

c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention; ou

d) la loi du for.

2. Sans préjudice du paragraphe 3, une convention désignant la loi applicable peut être conclue et modifiée à tout moment, mais au plus tard au moment de la saisine de la juridiction.

3. Si la loi du for le prévoit, les époux peuvent également désigner la loi applicable devant la juridiction au cours de la procédure. Dans ce cas, la juridiction prend acte de la désignation conformément à la loi du for ».

à l'adoption ou les couples intentionnels, alors même que cette démarche est interdite dans leur pays d'origine. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives met donc en parallèle, et parfois en opposition, plusieurs intérêts : celui des parents électifs ou biologiques, celui de l'enfant, mais aussi celui de l'État qui entend préserver certains principes comme l'indisponibilité du corps humain ou l'état des personnes. Il semble donc que la protection de ces différents intérêts passe par la mise en place d'un cadre juridique. Cependant, le problème de la réglementation de l'expression de la volonté dans les filiations électives dans un contexte de mondialisation en entraîne d'autres tels que la qualification juridique des accords conclus dans le cadre de l'adoption ou d'un recours aux mères porteuses, le refus de reconnaissance de la filiation établie à l'étranger ainsi que le statut de l'enfant.

#### 14. **De l'internationalisation à la contractualisation des filiations électives.**

En 2010, sur 9 060 personnes qui ont demandé l'agrément, seules 6 073 l'ont obtenu. Les autres ont renoncé à leur projet au cours de la procédure ou se sont vu opposer un refus. Or, à cette époque 24 702 candidats agréés étaient dans l'attente d'un enfant. Aujourd'hui, l'adoption internationale représente plus de 80 % de l'adoption en France et concerne 3 504 enfants adoptés à l'étranger. La France est le troisième pays d'accueil d'enfants adoptés à l'étranger, après les États-Unis et l'Italie. Selon l'Observatoire nationale de l'enfance en danger<sup>79</sup>, fin 2010, 2 347 enfants avaient le statut de pupille de l'État et 38 % des pupilles étaient placés dans une famille en vue de leur adoption. Les enfants placés en vue de leur adoption sont généralement très jeunes, en moyenne 2,8 ans et plus des trois-quarts ont moins d'un an<sup>80</sup>. Pour les deux tiers restant, aucun projet d'adoption n'est envisagé, soit parce que des liens perdurent avec leur famille<sup>81</sup>, soit parce qu'ils ne sont pas prêts à être adoptés en raison de séquelles psychologiques ou d'échec d'adoption<sup>82</sup>, soit parce que leur situation actuelle est satisfaisante<sup>83</sup>, soit pour 46% des enfants parce qu'aucune famille adoptive n'a été trouvée en raison de leurs caractéristiques<sup>84</sup>. Les enfants plus âgés sont principalement adoptés par les assistants familiaux qui en avaient préalablement la garde. Les enfants ayant un problème de santé

---

<sup>79</sup> ONED Rapport Situation des pupilles de l'État au 31/12/2010, <http://www.oned.gouv.fr>.

<sup>80</sup> ONED Rapport Situation des pupilles de l'État au 31/12/2010, <http://www.oned.gouv.fr>.

<sup>81</sup> Cela représente 4 % des enfants.

<sup>82</sup> Cela représente 11 % des enfants.

<sup>83</sup> Cela représente 11 % des enfants.

<sup>84</sup> État de santé, handicap, âge élevé ou enfants faisant partie d'une fratrie.

ou de handicap sont le plus souvent adoptés par une famille agréée d'un autre département<sup>85</sup>.

Le droit français prévoit un encadrement strict des filiations électives. Tout d'abord, il interdit la maternité de substitution. Quant à l'adoption, elle fait l'objet d'une procédure particulièrement lourde sans certitude de réussite. Les candidats à l'adoption que ce soit en droit interne comme pour l'adoption internationale sont soumis à une procédure d'agrément. C'est seulement en fonction de l'issue de cette procédure que les candidats pourront ou non entamer la phase judiciaire. Les difficultés des procédures d'adoption française poussent les candidats à se tourner vers l'adoption internationale, mais là aussi l'adoption d'un enfant devient de plus en plus difficile. Le nombre d'enfants adoptables ne cesse de baisser, 2 003 enfants ont été adoptés dans le cadre d'une adoption internationale en 2 011, contre 1 343 en 2 013.

Le difficile aboutissement de l'adoption mais aussi le désir d'avoir un enfant issu de leur chair poussent les candidats à la filiation vers de nouvelles formes de filiation que le droit français ne reconnaît pas comme la maternité pour autrui. Si la procédure d'agrément est également présente dans le cadre de l'adoption internationale, la maternité pour autrui ne bénéficie d'aucun encadrement dans certains États la positionnant comme une filiation élective moins contraignante. En sus, contrairement à l'adoption, l'enfant issu de la maternité pour autrui peut être biologiquement relié à la mère intentionnelle ou au père intentionnel. Ainsi, contrairement à l'adoption qui consiste à trouver une famille à un enfant, la maternité pour autrui suit la logique inverse, c'est le couple intentionnel qui souhaite avoir un enfant.

Le recours aux filiations électives étrangères amène les candidats à l'adoption ou les couples intentionnels français à conclure de nombreux contrats. On assiste à une véritable contractualisation du droit de la famille qui a tendance à se développer également en France bien que le droit tente de maintenir l'état et la capacité des personnes en dehors de la sphère contractuelle<sup>86</sup>. Le droit américain laisse une large place à l'autonomie de la volonté, que ce soit dans le cadre de l'adoption ou entre la mère porteuse et les parents commanditaires mais aussi avec les intermédiaires. Il est alors nécessaire de qualifier ces relations au regard du droit français afin de mieux appréhender

---

<sup>85</sup> <http://www.adoption.gouv.fr/Chiffres-cles.html>.

<sup>86</sup> Article 1128 du Code civil « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». V. G. LOISEAU, *RTD civ.* 2000. 47.

les relations qui lient les couples Français qui ont recours à ces filiations électives étrangères et qui sont donc amenés à contracter des accords que le droit français ne connaît pas et ne reconnaît pas.

15. **La solution issue du droit international privé.** La mondialisation des filiations électives a entraîné la mise en place d'un commerce. Il semble donc qu'à l'instar de l'adoption internationale avec la Convention de 1993 qui est un succès, seule l'élaboration d'un outil international qui fixe les règles de conflits dans le cadre des accords de maternité pour autrui permette d'encadrer cette pratique. Aujourd'hui la maternité pour autrui est essentiellement internationale et les législations internes isolément ne peuvent rien. L'encadrement des accords de maternité pour autrui par le droit international privé semble la solution la plus opportune. Ainsi, est-il intéressant d'étudier si les accords de maternité pour autrui entrent dans le champ d'application des différentes conventions qui existent en droit des contrats et en droit de la famille. À défaut, les textes internationaux peuvent servir d'inspiration et même être transposés à la pratique de la maternité pour autrui. Il semble que seul un instrument contraignant, ou s'il est non contraignant ratifié par le plus grand nombre d'États, comme c'est le cas pour l'adoption internationale, est la solution aux problèmes soulevés par les accords de maternité pour autrui. Le recours aux règles de conflits de lois permettrait aux États de maintenir leur position qu'ils soient ou non favorables à la maternité pour autrui et imposer un cadre à la volonté des parents. Car aujourd'hui la reconnaissance de la filiation par le pays qui va accueillir la filiation est un problème soulevé par les accords de maternité pour autrui mais aussi par certains jugements étrangers d'adoption.

16. **Le retour en France.** De retour en France se pose la question de la reconnaissance de la filiation légalement établie à l'étranger mais illégale en France. Le juge fait alors office de dernier rempart face à la volonté des parents qui ont bravé le droit français. En effet, si le droit français concède une reconnaissance *de plano* à la filiation étrangère, cette reconnaissance est toutefois subordonnée à la régularité du jugement étranger. Les parties peuvent tenter une action en opposabilité afin que la reconnaissance soit pleine, ou en *exequatur* afin de conférer force exécutoire dans le cadre de l'adoption lorsque les parties souhaitent que l'adopté acquiert la nationalité française, ou lorsqu'elles souhaitent qu'une adoption simple soit transformée en adoption

plénière<sup>87</sup>. Or, le refus de reconnaissance de la filiation établie à l'étranger soulève la question du statut de l'enfant dans son État de résidence.

Cette question se pose également lorsque la filiation élective est un échec. Ici, il ne s'agit plus de refus de reconnaissance, mais bien d'échec de la relation familiale. La volonté qui était jusqu'alors créatrice de la filiation élective devient destructrice du lien filial. Ainsi, environ 15 % des enfants adoptés sont placés dans les foyers de l'aide sociale à l'enfance après l'échec d'une adoption. Ce problème relève de la compétence des droits nationaux dans la mesure où la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale n'envisage l'échec de l'adoption qu'au stade pré-adoptif, les États doivent envisager dans leur droit interne l'échec de l'adoption, après que le jugement ait été prononcé. Le droit français ne prévoit la révocation du consentement que pour l'adoption simple, l'adoption plénière est irrévocable. Cependant, dans un cas comme dans l'autre des améliorations peuvent être apportées, avec notamment la mise en place de dispositions visant à améliorer le statut de l'enfant. En septembre 2004 la Direction générale à l'action sociale et le Ministère de la Santé avaient d'ailleurs commandé un rapport sur ces échecs<sup>88</sup>.

Dans le cadre des accords de maternité pour autrui, si l'échec peut provenir du refus de reconnaissance de la filiation, il peut également venir des parties elles-mêmes qui n'exécutent pas leurs obligations. Or dans la mesure où des couples français continuent à recourir aux services de mères porteuses étrangères, la maternité pour autrui s'impose au droit français. La prise en compte par notre droit de cette pratique, mais aussi de son éventuel échec, est dorénavant inévitable. Aussi, en l'absence de l'adoption d'un instrument international contraignant qui permettrait à la France de maintenir son interdiction, le droit interne doit prendre le relais et prévoir la mise en place d'une législation stricte qui permettrait encadrer la volonté des couples intentionnels et d'élaborer un statut juridique à l'enfant issu de ces conventions.

#### **17. Une réflexion de droit international privé et de droit interne.**

Aujourd'hui on assiste à une internationalisation des filiations électives qui entraîne un phénomène de contractualisation. Aussi, si le droit international peut offrir un encadrement homogène de ces filiations n'en reste-t-il pas moins que le droit interne a un

---

<sup>87</sup> A. HUET, *J-CI Drt int.* fasc. 584-31.

<sup>88</sup> C. SELLENET, *Recherche sur les enfants adoptés en difficultés*, 2005-2006, CREC pour la DGAS.

rôle à jouer afin d'envisager les conséquences de cette autonomie de la volonté. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives incite à s'interroger sur la place laissée à la volonté des parents dans le cadre des filiations électives (Partie I) ainsi que les limites qui peuvent y être apportées (Partie II).

**PARTIE 1. LES CONSEQUENCES DE**  
**L'AUTONOMIE DE LA VOLONTE DANS**  
**LES FILIATIONS ELECTIVES**



18. Filiation élective la plus ancienne, l'adoption n'en est pas pour autant une institution des plus accessible. Elle a conservé quelques aspects de son ancienne forme contractuelle notamment avec l'importance laissée à la volonté des parties. Qu'il s'agisse de la volonté des parents biologiques lors de la remise de l'enfant ou des candidats à l'adoption lors du consentement à l'adoption, elle est le fruit de la rencontre indirecte de deux volontés.

Toutefois cette seule rencontre de volontés ne suffit pas, puisque l'adoption doit se finaliser par un jugement déclaratif en droit français comme en droit américain. Ce jugement fait suite à une procédure très encadrée par la loi, puisque les parents biologiques et adoptifs doivent répondre à de nombreux critères, et elle oblige notamment au don d'un consentement libre et éclairé pour les uns, et la certitude de leur capacité à être une famille adoptive pour les autres. Ainsi, l'adoption n'est pas le résultat de la seule rencontre de volontés des parents.

Ces contraintes, ajoutées aux faibles chances de se voir confier un enfant incitent les candidats à l'adoption à se tourner vers des pays étrangers où il y a plus d'enfants adoptables et où les conditions sont parfois moins exigeantes. Ainsi, en 2011, la France comptait près de 10 000 demandes d'adoption, nombre relativement stable chaque année. Des demandes auxquelles elle ne peut pas répondre puisque près de 30 000 familles agréées sont toujours dans l'attente d'un enfant<sup>89</sup>. La France est donc le deuxième pays qui adopte le plus d'enfants nés à l'étranger. Aujourd'hui, près de 80% des enfants adoptés le sont grâce à l'adoption internationale.

Face aux difficultés de l'adoption, mais aussi avec la volonté d'avoir son enfant génétique certains couples se rendent à l'étranger pour avoir recours à une forme de filiation élective que le droit français ne reconnaît pas : la maternité pour autrui. Si depuis 1988 le droit américain a évolué sur cette pratique qui est pleinement reconnu dans certains États, en France le droit l'interdit strictement. Pourtant, les couples Français continuent d'aller à l'étranger pour avoir recours à cette pratique encouragés par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

19. À l'étranger les couples français vont être confrontés à des pratiques contractuelles qui ne répondent pas aux principes français. En effet, le droit américain laisse une large place à l'autonomie de la volonté : que ce soit dans les relations avec la

---

<sup>89</sup> [www.adoption.gouv.fr/chiffres-cles.html](http://www.adoption.gouv.fr/chiffres-cles.html) (13/05/12)

mère porteuse et les parents biologiques ou avec les intermédiaires. C'est notamment le cas de l'open adoption avec la conclusion des *open adoption agreement*. Le processus qui mène vers la filiation s'appuie sur la conclusion d'un certain nombre de contrats. Contractualisation qui nécessite de s'interroger sur la qualification de ces conventions ce qui requiert d'étudier l'objet de l'obligation. Cette qualification au regard du droit français permet de déterminer les obligations de chaque partie et donc les circonstances dans lesquelles leur responsabilité peut être engagée.

20. La volonté prend une place de plus en plus importante dans l'adoption et le recours à la maternité pour autrui, ce qui entraîne un phénomène d'internationalisation (Titre 1) et de contractualisation des filiations électives (Titre 2).

**TITRE 1.**

**L'INTERNATIONALISATION  
DES FILIATIONS ELECTIVES**



21. La législation française en matière de filiations électives est très stricte. En effet, seule l'adoption est autorisée, et elle fait l'objet d'une procédure particulièrement encadrée. Il existe deux phases, la première administrative qui se matérialise par l'obtention d'un agrément, avant de pouvoir entamer la seconde phase judiciaire qui est la procédure d'adoption en elle-même. Cette procédure administrative est longue et permet de s'assurer que le ou les candidats sont aptes à accueillir un enfant.

Une fois agréés les candidats à l'adoption pourront se voir confier un enfant, pendant une « période d'essai » afin que les services sociaux s'assurent qu'adoptants et adopté s'entendent bien. La demande d'adoption plénière ne peut être examinée avant un délai de six mois.

En ce qui concerne la maternité pour autrui, second type de filiation élective, le droit français interdit tout accord portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui<sup>90</sup>.

La rigueur du droit français bien que protectrice de l'intérêt des parties, qu'il s'agisse des candidats ou des enfants, ne permet pas de répondre à la demande d'enfant des couples stériles. Ces derniers se rendent donc à l'étranger, dans le cadre de l'adoption internationale afin de faire face à cette pénurie d'enfants adoptables.

22. Pour contourner l'interdiction française de la gestation pour autrui, les candidats se rendent donc dans des États où la législation est plus libérale qu'en France. Ainsi, ils se rendent souvent aux États-Unis, notamment dans le cadre de convention de maternité pour autrui. Le droit des filiations électives américain repose davantage sur la volonté des parties que le droit français, qu'il s'agisse de l'adoption avec la particularité de l'*open adoption* que le droit français ne connaît pas ou des accords de maternité pour autrui que le droit français interdit.

La baisse du nombre d'enfants adoptables ainsi que la procédure contraignante d'adoption en droit français (Chapitre 1) incite les candidats à l'adoption à se tourner vers une nouvelle forme de filiation élective que le droit français ne reconnaît pas : la maternité pour autrui (Chapitre 2).

---

<sup>90</sup> Article 16-7 du Code civil « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».



# CHAPITRE 1. L'ADOPTION

23. La volonté des législations de protéger le consentement des parties et l'intérêt de l'enfant entraîne une procédure longue et parfois infructueuse. Une étude comparative avec le droit américain qui sur certains points prend le contre-pied du droit français permettra de déterminer si la procédure française décourage les candidats et peut-être influence le nombre d'adoption en France.

En France lorsque l'enfant a moins de deux ans, la loi exige qu'il soit remis aux services de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé à l'adoption, sauf lorsque l'adoption est consentie au profit de parents ou d'alliés jusqu'au sixième degré<sup>91</sup>, ou de l'adoption de l'enfant du conjoint. Ainsi dans le cadre d'une adoption entre personnes qui ne sont pas de la famille, les parents biologiques et les candidats à l'adoption n'ont aucun contact. La rencontre des volontés se fait par le biais de l'administration ainsi que des organismes autorisés à l'adoption, et ensuite sous la forme d'une procédure judiciaire<sup>92</sup>.

Aux États-Unis, en revanche, l'*open adoption* permet aux parties de se rencontrer et d'échanger directement leur consentement, qui est également confirmé *in fine* par un jugement. Selon la forme de l'adoption l'information donnée aux parties peut varier. Or cette étape est primordiale dans la procédure d'adoption. Les parties doivent savoir à quoi elles s'engagent, afin de donner un consentement libre et éclairé.

Du côté des parents adoptifs, le droit encadre également très strictement leur consentement et soumet également la poursuite de la procédure à l'obtention d'un agrément.

24. Les contraintes imposées par le droit français dans le cadre de l'adoption interne poussent les adoptants à se tourner vers l'adoption internationale où le nombre d'enfants adoptables est plus important. Cela ne signifie pas que cette adoption est moins

---

<sup>91</sup> Article 348-5 du Code civil « Sauf le cas où il existe un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté, le consentement à l'adoption des enfants de moins de deux ans n'est valable que si l'enfant a été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé à l'adoption ».

<sup>92</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La Famille*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd.

encadrée, au contraire, eu égard aux dangers et abus que présentent l'adoption internationale, les législations soumettent les candidats à la même procédure que pour l'adoption interne, assortie de conditions spécifiques à son caractère international.

25. Si la volonté des parents biologiques et adoptifs est nécessaire à l'adoption, celle-ci est rigoureusement encadrée par le droit français alors qu'elle est plus libre aux États-Unis, qu'il s'agisse de l'adoption interne (Section 1), ou internationale (Section 2).

## **SECTION 1. L'ADOPTION INTERNE**

26. L'adoption est le fruit de la rencontre des consentements des parents biologiques et adoptifs. Si en France, cette rencontre est indirecte, dans certains États, comme les États-Unis, elle peut se faire directement entre les parties : c'est le cas dans l'*open adoption*. Cette forme d'adoption est fondamentalement différente de l'approche française ce qui justifie son étude, afin de comparer ensuite la situation entre les deux pays et éventuellement d'en tirer des conséquences.

L'expression du consentement des parents biologiques est encadrée avec l'objectif de protéger leurs intérêts. Le droit s'assure que ces derniers consentent avec une volonté libre et éclairée, qui pourra le cas échéant être rétractée ou révoquée selon des modalités prévues par le droit. Le devoir d'information imposé aux autorités compétentes françaises ou américaines se justifie par la gravité des conséquences pour l'enfant et les parents, et par la situation souvent précaire dans laquelle se trouvent les parents biologiques qui pourraient consentir sans comprendre tous les enjeux de leur décision. Bien qu'un droit de rétractation soit prévu en France et dans la plupart des États des États-Unis, il est primordial que l'expression du consentement obéisse à des règles impératives, qui permettent d'éviter toute erreur ou incompréhension de la part des parents qui consentent à l'abandon en vue, par exemple, d'une adoption plénière sans en connaître le caractère irréversible (I).

27. Les parents adoptifs avant de consentir à l'adoption sont soumis à une procédure d'agrément. En France ou aux États-Unis cette étape permet de s'assurer que la famille candidate à l'adoption répond aux critères imposés par la loi. Une enquête plus ou moins poussée est menée et au terme de cette procédure un enfant peut être confié aux candidats. L'exigence de l'agrément prouve que l'adoption n'est pas le fruit de la seule volonté des parents, cette filiation élective est soumise à de nombreuses conditions et l'agrément est indispensable à la poursuite de la procédure d'adoption. Une fois les candidats agréés, la phase judiciaire débute (II).

## **I. LA QUALITE DU CONSENTEMENT DES PARENTS BIOLOGIQUES**

28. Lorsque les parents biologiques consentent à l'adoption de leur enfant, ils renoncent à leurs droits parentaux. Eu égard aux conséquences de cette décision, les législations encadrent rigoureusement la procédure. Le droit doit être garant de l'expression d'un consentement libre et éclairé des parents légaux. C'est pourquoi la personne<sup>93</sup> qui reçoit le consentement à l'abandon a une obligation d'information (A) envers les parents biologiques, afin de les prévenir des conséquences de leur décision mais aussi de l'existence d'un droit de rétractation, s'ils venaient à changer d'avis (B).

### **A. UNE VOLONTE ECLAIREE**

29. Des mesures législatives sont prises pour s'assurer que le consentement exprimé lors de l'abandon de l'enfant est libre. Les parents biologiques doivent être informés avant même de donner leur consentement. Ces renseignements peuvent être assimilés à des informations précontractuelles, puisque lorsque les parents sont avisés des conséquences et des modalités de remise de leur consentement ainsi que du droit à se rétracter, la nature et la vocation de l'information sont les mêmes que celles fournies avant la conclusion d'un contrat. Son objectif n'est pas d'assurer la bonne exécution du contrat, mais d'éclairer le consentement de la partie qui s'engage. Un rapprochement peut donc être fait entre le contrat et l'adoption. Le professeur Fabre-Magnan<sup>94</sup> définit d'ailleurs la notion d'information contractuelle comme une information qui n'a pas pour but d'assurer l'exécution du contrat, mais d'éclairer le consentement du créancier.

---

<sup>93</sup> Article 348-3 alinéa 1 du Code civil « Le consentement à l'adoption est donné devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis ».

<sup>94</sup> M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de Droit privé, 1992.

Les informations fournies par l'administration sont relativement similaires en France et aux États-Unis. L'objectif est le même : informer les parents afin de s'assurer qu'ils ont conscience des conséquences de leur décision, d'autant que ces conséquences sont aussi bien juridiques qu'affectives. Dans les deux pays les conséquences de l'adoption sont le même, et sont en théorie irréversibles<sup>95</sup>. L'abandon de l'enfant entraîne l'aliénation de tous les droits parentaux des parents biologiques, ce qui justifie les mesures prises par les législations<sup>96</sup> pour s'assurer de la qualité de l'information<sup>97</sup> (1), ce qui a été confirmé par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt *Kearns*<sup>98</sup> (2).

### 1. La nature de l'information remise aux parents par le sang

30. Aux États-Unis, l'adoption peut prendre une forme ouverte : l'*open adoption*. Les deux familles se rencontrent et entretiennent au moins des contacts avant ou pendant le processus d'adoption. La législation en vigueur prévoit que le choix des candidats à l'adoption par les parents biologiques n'est pas seulement réservé à l'*open adoption* et peut exister quelque soit la forme de l'adoption. En revanche, l'*open adoption* est la seule forme où les relations entre les parents biologiques et l'enfant subsistent une fois l'adoption prononcée.

Dans le cadre de l'*open adoption*, la procédure est bien moins abstraite pour les parents qu'elle ne peut l'être pour un couple ou un parent qui remet son enfant à un organisme, comme en France, et qui est exclu de la suite du processus. Dans le cadre de

---

<sup>95</sup> Article 356 du Code civil « La remise du consentement aura pour conséquences que l'enfant cesse d'appartenir à sa famille par le sang ».

<sup>96</sup> Aux États-Unis, cette question n'est pas réglée de manière fédérale, mais est laissée à la souveraineté des États. Ainsi chaque État prévoit les règles qui lui semblent les plus adaptées. Point commun, tous les États prévoient une obligation d'information.

<sup>97</sup> MC JASPER, *The law of adoption*, OCEANA, p.42 ; V. aussi HOLLINGER (éd.), *Adoption Law Practice*, New York, Matthew Bender, mise à jour 1998, 22 vol., not. Ch. 2. 5. 8.

<sup>98</sup> CEDH 10 janv. 2008, *Kearns c/ France*, n° 35991/04, D. 2008. 415, obs. P. GUIOMARD ; *AJ fam.* 2008.78, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RDSS* 2008.353, note C. NEIRINCK ; *RTD civ.* 2008.252, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.* 285, obs. J. HAUSER ; *RLDC* 2008, n° 48, 2965 note M.-C. LE BOURSICOT ; *ibid.* 2868, note G. MARRAUD DES GROTTES ; *Dr. fam.* 2008, étude n°14, obs. A. GOUTTENOIRE ; *RJPF* 2008-4/29, obs. T. GARE ; *JCP G* 2008. I.167, note F. SUDRE.

l'*open adoption*, le projet est construit par les deux familles<sup>99</sup>, et cette proximité facilite la prise de conscience quant à leur décision commune.

Toutefois, même si l'*open adoption* permet aux parents de mieux réaliser les conséquences de leur décision, il n'en reste pas moins qu'une obligation d'information pèse sur celui qui reçoit le consentement à l'adoption. Le type d'adoption n'a aucun effet sur les modalités d'expression du consentement ou sur l'information fournie aux parents biologiques.

31. Aux États-Unis, les procédures selon lesquelles les parents consentent à l'abandon de l'enfant varient selon les *statutes* de chaque État. Dans la plupart des États, ainsi que dans le District de Columbia, la volonté des parents biologiques doit être exprimée par écrit devant un tiers greffier, travailleur social ou avocat spécialisé. D'autres prévoient que les parents soient entendus par le juge ou bien qu'ils déposent une requête officielle<sup>100</sup>. Contrairement à la loi française qui prévoit qu'à défaut de parents le consentement sera donné par le conseil de famille, les *statutes* disposent que seuls les père et mère à l'égard desquels l'autorité parentale ou les droits parentaux sont établis peuvent consentir à l'adoption<sup>101</sup>.

En ce qui concerne l'information délivrée aux familles, lorsque l'adoption se fait par le biais d'une agence, les parents bénéficient d'un encadrement social et légal. La qualité de l'information, ainsi que l'aliénation de leurs droits parentaux au profit de l'agence justifient que le délai de réflexion qui leur est laissé soit relativement court. Le délai est d'ailleurs bien plus long dans le cadre d'une adoption indépendante qui ne passe pas par une agence. Le consentement donné par les parents biologiques dans le cadre d'une adoption indépendante ne met pas fin aux droits parentaux, il n'est qu'une nouvelle étape de la procédure. Le caractère indépendant de la procédure et le manque d'encadrement de cette forme d'adoption explique que le consentement donné par la mère avant la naissance de l'enfant soit illégal. De plus, comme l'adoption ne se fait pas dans le cadre d'une agence rien ne permet d'attester que l'obligation de s'entretenir avec un

---

<sup>99</sup> « *Adoption options* », Child Welfare Information Gateway, 2013, [www.childwelfare.org](http://www.childwelfare.org)

<sup>100</sup> V. *Consent to adoption* : Summary of State Laws, Child Welfare Information Gateway, 2013.

<sup>101</sup> Articles 348 et 348-2 Code civil. Le consentement parental est par principe discrétionnaire, celui du conseil de famille peut faire l'objet de recours. En ce qui concerne le consentement des parents, il y a un tempérament en cas de refus abusif, puisque dans cette situation le juge pourra passer outre le consentement des parents par le sang.

avocat ou un travailleur social n'ait été remplie. Dans l'affaire *Sees c/ Barber*<sup>102</sup>, la Cour suprême avait jugé que lors des placements privés, le consentement est révocable. En effet, la mère ne reçoit pas la même qualité de conseils que celle fournie par une agence, le consentement à l'adoption ne serait donc pas suffisamment éclairé. Cependant, la porte ouverte par cette jurisprudence ne signifie pas que la révocation est libre, elle est soumise à des impératifs de délai et de formalités.

32. En France, l'article 348-3 du Code civil dispose que le consentement peut être donné devant un notaire ou un agent consulaire ou diplomatique, ou encore devant les service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis<sup>103</sup>. Tout consentement à l'adoption qui ne respecte pas ces conditions n'est pas valable.

Selon l'article 1165 du Code de procédure civile, « Les personnes habilitées à recevoir un consentement à l'adoption doivent informer celui qui le donne de la possibilité de le rétracter et des modalités de la rétractation ». En cela l'information dispensée par le droit français diffère de celle dispensée aux États-Unis qui porte sur les conséquences de l'abandon et de l'adoption. En France si le consentement a lieu devant

---

<sup>102</sup> *Sees c/ Barber* 74 N.J. 201, 217 (1977).

<sup>103</sup> Article L. 224-5 Code de l'action sociale et des familles « Lorsqu'un enfant est recueilli par le service de l'aide sociale à l'enfance dans les cas mentionnés aux 1°, 2°, 3° et 4° de l'article L. 224-4, un procès-verbal est établi.

(L. n° 2002-93 du 22 janv. 2002, art. 4) « Il doit être mentionné au procès-verbal que les parents à l'égard de qui la filiation de l'enfant est établie, la mère ou le père de naissance de l'enfant ou la personne qui remet l'enfant ont été informés »:

1° Des mesures instituées, notamment par l'État, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale pour aider les parents à élever eux-mêmes leurs enfants;

2° Des dispositions du régime de la tutelle des pupilles de l'État suivant le présent chapitre;

3° Des délais et conditions suivant lesquels l'enfant pourra être repris par ses père ou mère (L. n° 2013-673 du 26 juill. 2013, art. 2, en vigueur le 1<sup>er</sup> janv. 2014) “ ainsi que des modalités d'admission en qualité de pupille de l'État mentionnées à l'article L. 224-8 ”;

4° (L. n° 2002-93 du 22 janv. 2002, art. 4-2°) “ De la possibilité de laisser tous renseignements concernant la santé des père et mère, les origines de l'enfant, les raisons et les circonstances de sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance ”.

De plus, lorsque l'enfant est remis au service par ses père ou mère, selon les 2° ou 3° de l'article L. 224-4, ceux-ci doivent être invités à consentir à son adoption; le consentement est porté sur le procès-verbal; celui-ci doit également mentionner que les parents ont été informés des délais et conditions dans lesquels ils peuvent rétracter leur consentement, selon les deuxième et troisième alinéas de l'article 348-3 du code civil ».

un notaire c'est parce qu'il a un devoir de conseil et peut informer les parents sur la gravité de leur acte et ses conséquences. En revanche, cela ne concerne pas les hypothèses où la mère souhaite accoucher « sous X », puisque l'enfant est remis immédiatement au service de l'aide sociale à l'enfance<sup>104</sup>. Cela s'explique par la volonté de la France de lutter contre le trafic de nourrisson. C'est notamment pourquoi l'*open adoption* est interdite. En effet, la remise directe d'un enfant de ses parents biologiques à des parents adoptifs qu'ils auraient eux-mêmes choisis est prohibée<sup>105</sup>. L'objectif de cette mesure est d'éviter toute pression sur la mère biologique. Le rapport Zimmerman de 1966 justifie cette obligation en ce qu'elle permettrait d'éviter « tout marché noir d'enfants, [ainsi que] toute pression sur la mère en détresse »<sup>106</sup>. Le consentement à l'abandon doit être un acte de volonté libre des parents, il ne doit pas avoir été influencé par des pressions extérieures, comme des futurs parents adoptifs pressants ou des intermédiaires.

## 2. La confirmation de la législation française sur la qualité du consentement par la Cour européenne des droits de l'Homme

33. Dans un arrêt du 10 janvier 2008<sup>107</sup>, la pertinence de l'information fournie par les instances françaises a été remise en question devant la Cour européenne des Droits de l'Homme. La Cour a été saisie par Mme Kearns sur le fondement de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales<sup>108</sup>. La

---

<sup>104</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La Famille*, *op. cit.* ; P. MURAT, *Droit de la Famille*, 2014/ 2015, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz. Ce qui sera toujours le cas lorsque l'enfant est âgé de moins de deux ans. Sauf exception, lorsqu'il y a un lien de parenté ou d'alliance entre l'adoptant et l'adopté, et ce jusqu'au 6<sup>e</sup> degré. Cette règle ne s'applique pas lorsqu'il existe un tel lien, car il est fort peu probable qu'il puisse y avoir des abus.

<sup>105</sup> V. CA Montpellier, 10 mai 1998, J. RUBELLIN-DEVICHI, « Adoption », *RTD Civ*, 1990, spéc. 49 et 250 ; Civ. 5 juillet 1973, *D.* 1974, p. 289, note P. RAYNAUD.

<sup>106</sup> Rapport ZIMMERMAN, *JO doc. Ass. nat.* 9 avril 1966, p.769 ; V. également à ce sujet, P. RAYNAUD, note sous Civ., 5 juillet 1973, *op. cit.*

<sup>107</sup> CEDH 10 janv. 2008, *Kearns c/ France*, n° 35991/04, *D.* 2008. 415, obs. P. GUIOMARD ; *AJ fam.* 2008.78, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RDSS* 2008. 353, note C. NEIRINCK ; *RTD civ.* 2008. 252, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *ibid.* 285, obs. J. HAUSER ; *RLDC* 2008, n° 48, 2965 note M.-C. LE BOURSICOT ; *ibid.* 2868, note G. MARRAUD DES GROTTES ; *Dr. fam.* 2008, étude n° 14, obs. A. GOUTTENOIRE ; *RJPF* 2008-4/29, obs. T. GARE ; *JCP G* 2008. I. 167, note F. SUDRE.

<sup>108</sup> Cet article concerne le Droit au respect de la vie privée et familiale : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

Cour devait déterminer si l'information fournie aux parents biologiques est suffisante pour qu'ils puissent donner un consentement éclairé.

En l'espèce, le 8 février 2002, une femme de nationalité irlandaise s'était présentée à l'hôpital accompagnée de sa mère et d'un avocat français, afin d'accoucher « sous X »<sup>109</sup>. Elle accoucha, le 18 février 2002 d'une fille issue d'une relation extra-conjugale. Le 19 février 2002, la demanderesse eut un entretien avec les services sociaux, en présence de sa mère et d'une infirmière faisant office d'interprète. Le même jour, elle signa le procès-verbal d'admission de l'enfant comme pupille de l'État, selon les dispositions de l'article L. 224-5 du Code de l'action sociale et des familles, dans lequel elle indiquait vouloir remettre l'enfant à l'adoption afin que celui-ci soit admis comme pupille de l'État en vertu de l'article 348-3 du Code civil. Elle avait également précisé qu'elle souhaitait conserver le secret de son identité. Les autorités l'avaient informée sur les délais et conditions de rétractation et de restitution de l'enfant. Le même jour, la requérante donna son consentement à l'adoption de l'enfant, et certifia avoir pris connaissance des effets du consentement à l'adoption qui sont : le secret du placement, la perte de tous ses droits sur l'enfant, l'impossibilité de reconnaître l'enfant ainsi que de procéder à une déclaration de filiation ou une demande de restitution. Les autorités l'avaient également informée que l'acte deviendrait définitif, après un délai de deux mois et que pendant ce délai, l'enfant pouvait lui être rendu selon les modalités de rétractations prévues à l'article 348-3 alinéas 2 et 3 du Code civil.

Le 7 mai 2002, après autorisation du conseil de famille, le président du Conseil Général confia l'enfant à un couple candidat à l'adoption plénière. Or, de son côté le père biologique de l'enfant avait saisi la *circuit family Court* de Dublin afin de reconnaître ses droits sur l'enfant. Ce tribunal interdit la poursuite de la procédure d'adoption en France et transmet sa décision au conseil général ainsi qu'aux services sociaux français<sup>110</sup>. Le 25

---

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

<sup>109</sup> L'accouchement « sous X » est une procédure interdite en Irlande.

<sup>110</sup> Article 348-3 al. 2 et 3 du Code civil « Le consentement à l'adoption peut être rétracté pendant (L. n° 96-604 du 5 juill. 1996) «deux mois». La rétractation doit être faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée à la personne ou au service qui a reçu le consentement à

et 26 juillet 2002, la requérante demanda la restitution de l'enfant. Cette requête était motivée par l'action engagée par le père en Irlande et par le fait que son mari était prêt à reconnaître l'enfant. Or le délai de deux mois était expiré.

La requérante saisit le tribunal de grande instance afin de demander la nullité de l'acte d'abandon et ordonner la restitution de l'enfant. Le tribunal la débouta. Elle interjeta appel, et la cour d'appel estimant que la requérante « de nationalité irlandaise, de langue anglaise et ne parlant pas le français » n'avait pas été mise en mesure de connaître « les conséquences en droit français d'un accouchement « sous X » ». Les juges estimaient que « pour faire droit à cette demande, la cour d'appel [avait] énoncé que la remise de l'enfant en vue de son admission en tant que pupille de l'État était atteinte d'un vice du consentement affectant la validité du procès-verbal, que des informations ambigües sur le délai pendant lequel elle pouvait reprendre son enfant ;

qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence de reconnaissance, la filiation n'était pas établie de sorte que le consentement de Mme T. n'avait pas à être constaté lors de la remise de l'enfant [...] ». La Cour jugea donc qu'en l'absence de reconnaissance la filiation n'était pas établie, et que le consentement de la demanderesse n'avait pas à être pris en compte lors de la remise de l'enfant au service de l'aide sociale à l'enfance. Celle-ci n'ayant aucun droit sur l'enfant puisqu'avec l'accouchement « sous X » et en l'absence de reconnaissance, la filiation n'était pas établie à l'égard de l'enfant. La demanderesse ne pouvait donc pas être considérée comme la mère légale, et n'avait pas le pouvoir de consentir au placement à l'adoption du bébé. La Haute juridiction estima donc qu'elle ne pouvait invoquer le vice du consentement. C'était la première fois que la Cour de cassation décida que la mère qui accouche « sous X » n'a pas à donner son consentement à l'adoption.

La requérante porta l'affaire devant la Cour européenne des Droits de l'Homme en soutenant que la décision de la Cour de cassation portait atteinte à son droit au respect

---

l'adoption. La remise de l'enfant à ses parents sur demande même verbale vaut également preuve de la rétractation.

Si à l'expiration du délai de (*L. n° 96-604 du 5 juill. 1996*) «deux mois» le consentement n'a pas été rétracté, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant à condition que celui-ci n'ait pas été placé en vue de l'adoption. Si la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre, les parents peuvent saisir le tribunal qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. La restitution rend caduc le consentement à l'adoption ».

à la vie privée et familiale<sup>111</sup>. Selon elle, le délai de deux mois prévu par le droit français, ainsi que l'insuffisance de l'information délivrée, ne lui permettait pas de donner un consentement éclairé.

La Cour européenne des Droits de l'Homme jugea que le passage du délai de trois à deux mois permet à l'enfant de bénéficier rapidement de relations stables au sein d'une famille adoptive. En effet selon les juges européens, l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer, « le délai prévu par la législation française vise à atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause ».

D'autre part, la requérante reprochait l'absence d'une aide linguistique l'aidant à comprendre les informations données et notamment les conditions afférentes au délai de rétractation. La Cour estima que la requérante était venue en France, accompagnée de son avocat pour accoucher « sous X », qu'elle avait eu de longs entretiens avec les services sociaux et notamment avec une infirmière et un médecin qui parlaient anglais et qu'elle avait reçu une notice explicative avec les modalités de rétractation ainsi qu'une lettre type. Elle estima donc que l'information donnée était suffisante pour éclairer son consentement.

34. En outre, une fois qu'ils ont été informés les parents bénéficient d'une période de réflexion, qui fait figure de deuxième chance pour la famille biologique. Ce temps de latence permet aux parents par le sang de prendre du recul et le cas échéant de rétracter leur consentement. Toutefois, le délai ne doit pas être trop long, puisque cette période d'instabilité n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. C'est donc un difficile équilibre à trouver entre l'intérêt de l'enfant et celui des parents. C'est pourquoi la France a mis en place un délai de réflexion précis avant la remise de l'enfant aux services sociaux; tandis qu'aux États-Unis, la procédure est de la compétence de chaque État.

---

<sup>111</sup> Article 8 Convention européenne des Droits de l'Homme et du citoyen « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

## B. LES DELAIS DE RETRACTATION ET DE REVOCATION DU CONSENTEMENT

35. Pour qu'une volonté soit libre, elle doit être éclairée. Pour cela les parents doivent être informés et disposés d'un délai de réflexion. Cette période de réflexion est une période d'instabilité aussi bien pour l'enfant, que pour les parents biologiques et les candidats à l'adoption. Cette incertitude est d'autant plus présente dans le cadre d'une procédure individuelle d'adoption aux États-Unis. L'exigence d'un délai de réflexion est imposée par les législations, et c'est sans doute le seul point commun aux législations française (1) et américaine, et entre les *statutes* des différents États américains (2).

### 1. Les délais de rétractation en droit français

36. Une fois que les parents biologiques sont informés sur les conséquences de l'adoption, le Code civil français prévoit que ces derniers bénéficient d'un délai au terme duquel ils pourront consentir ou non à l'abandon de leur enfant. Ce délai doit être strictement respecté par les autorités, sans quoi la procédure sera viciée et l'enfant pourra être restitué à ses parents. Le droit français estime que tout consentement qui serait donné avant la naissance n'est pas valable. L'objectif d'une telle mesure est de s'assurer qu'aucun enfant ne fera l'objet d'une commande, ce qui serait alors assimilable à une convention de maternité pour autrui, qui est une pratique strictement interdite par l'article 16-7 du Code civil.

Selon l'article 348-3 du Code civil, le consentement<sup>112</sup> est donné devant un notaire français ou étranger, ou devant les agents diplomatiques ou consulaires français. Il peut également être reçu par le service de l'aide sociale à l'enfance lorsque l'enfant lui a été remis. Le choix de l'adoptant est laissé à la discrétion du tuteur avec accord du conseil de famille des pupilles de l'État ou du conseil de famille de la tutelle organisée à l'initiative de l'organisme autorisé pour l'adoption<sup>113</sup>. En ce qui concerne les enfants de

---

<sup>112</sup> V. Paris, 4 juin 1975, *JCP* 1977. II.18581, note BETANT-ROBERT, et sur pourvoi : Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 juill. 1976. Concernant la nature de l'acte par lequel les parents par le sang consentent à l'adoption auprès de l'Aide sociale à l'enfance.

<sup>113</sup> Ce sont des associations de la loi 1901 qui doivent avoir reçu l'autorisation du président du conseil général de chacun des autres départements où elles entendent étendre leur activité. L'organisme doit avoir obtenu une autorisation préalable d'exercer cette activité auprès du président du conseil général de

moins de deux ans, ils seront confiés à l'aide sociale à l'enfance, à moins que soit établi un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté<sup>114</sup>.

37. Lorsque l'enfant est confié à l'aide sociale à l'enfance, il n'est admis en tant que pupille de l'État qu'à titre provisoire<sup>115</sup>. Il ne doit pas encore être placé à l'adoption, puisque les parents par le sang n'ont pas « définitivement consenti » à son abandon<sup>116</sup>. La même interdiction s'impose aux organismes autorisés pour l'adoption<sup>117</sup>, dans l'hypothèse où le parent qui rétracte son consentement réclame que l'enfant lui soit restitué. Sa demande doit être acceptée « immédiatement et sans formalité » si l'enfant est pupille de l'État<sup>118</sup>. En effet, pour éviter tout conflit une fois l'adoption prononcée,

---

chaque département dans lequel elle envisage de placer les mineurs concernés. Toutefois, l'organisme autorisé dans un département au minimum peut servir d'intermédiaires pour l'adoption ou le placement en vue de l'adoption de mineurs de quinze ans dans d'autres départements, sous réserve d'adresser préalablement une déclaration de fonctionnement au président de chaque conseil général concerné. Le président du conseil général peut à tout moment interdire dans son département l'activité de l'organisme si celui-ci ne présente pas de garanties suffisantes pour assurer la protection des enfants, de leurs parents ou des futurs adoptants. V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Rép. Proc. Civ.*, n°191.

Sur ce point le Conseil d'État, le 19 avril 1968, (CE, 19 avril 1968, *Delle Lebrun*, req. n°70104 : D. 1968.458.) a rendu un arrêt selon lequel les personnes ou associations qui servent d'intermédiaires pour le placement ou l'adoption de mineurs de seize ans doivent être autorisées par le préfet à exercer une telle activité ; le refus de l'autorisation est légalement justifié dès lors qu'il est fondé sur ce que l'intéressée persistait à ne pas se conformer aux prescriptions réglementaires et entravait le contrôle de l'administration en s'opposant notamment à indiquer les familles dans lesquelles elle plaçait les enfants recueillis par elle.

<sup>114</sup> Article 348-5 du Code civil ; Civ. 1<sup>ère</sup> 5 juillet 1973, *op. cit.* Le consentement à l'adoption d'un enfant de moins de deux ans qui, à l'époque où le consentement a été donné, n'était plus confié, même temporairement, au service de l'aide sociale à l'enfance, est dénué d'effet. En conséquence, aucun délai de rétractation ne peut courir.

<sup>115</sup> Article L. 224-4 2° et L. 224-6 al. 1 du Code de l'action sociale et des familles combinés.

<sup>116</sup> Article 351 al. 1 du Code civil « Le placement en vue de l'adoption est réalisé par la remise effective aux futurs adoptants d'un enfant pour lequel il a été valablement et définitivement consenti à l'adoption, d'un pupille de l'État ou d'un enfant déclaré abandonné par décision judiciaire [...] ».

<sup>117</sup> Article 351 du Code civil.

<sup>118</sup> Article L. 224-6 alinéa 2 du Code de l'action sociale et des familles « [...] Toutefois, dans un délai de deux mois suivant la date à laquelle il a été déclaré pupille de l'État à titre provisoire, l'enfant peut être repris immédiatement et sans aucune formalité par celui de ses père ou mère qui l'avait confié au service. Ce délai est porté à six mois, dans le cas prévu au 3° de l'article L. 224-4 pour celui des père ou mère qui n'a pas confié l'enfant au service [...] ».

l'article 348-3 du Code civil dans son deuxième alinéa dispose que les parents par le sang ont la faculté de rétracter leur consentement selon des modalités spécifiques. La loi de 1966<sup>119</sup> a instauré un « droit de repentir »<sup>120</sup>, afin de pallier l'insuffisance dans certains cas du délai prévu avant la remise à l'abandon de l'enfant. Il a pour objectif d'équilibrer les droits de chaque partie et notamment d'éviter les contentieux tardifs. Les parents biologiques peuvent se rétracter après avoir donné leur consentement aux services sociaux ou à un organisme autorisé à l'adoption. Cette faculté permet une meilleure stabilité pour l'enfant et est une sécurité pour les parents.

Si au-delà de deux mois, les parents n'ont pas fait entendre leur souhait de récupérer l'enfant et si celui-ci n'a pas été placé à l'adoption<sup>121</sup>, le ou les parents biologiques peuvent toujours demander à ce que l'enfant leur soit restitué<sup>122</sup>. Si « la personne qui a accueilli [l'enfant] » refuse de le restituer à sa famille biologique, ces derniers pourront saisir le tribunal qui appréciera s'il y a lieu d'ordonner la restitution<sup>123</sup>. L'article 351 alinéa 3 du Code civil dispose que le placement en vue de l'adoption ne peut avoir lieu lorsque les parents ont demandé la restitution de l'enfant et s'il n'a pas encore été statué sur le bien fondé de la demande. En ce qui concerne les pupilles de l'État<sup>124</sup>, les demandeurs peuvent saisir le tribunal de grande instance en cas de refus de restitution opposé par le tuteur. Il semble d'ailleurs nécessaire que soit précisément établie la partie compétente pour saisir la justice en cas de conflit entre les parents et la personne ou l'organisme qui a recueilli l'enfant.

---

<sup>119</sup> Loi n°66-500 du 11 juillet 1966 portant Réforme de l'adoption.

<sup>120</sup> P. SALVAGE-GEREST, *Droit de la famille 2014/2015*, Dalloz Action, 6eme éd., p. 661.

<sup>121</sup> Article 348-3 alinéa 3 Code civil « [...]Si à l'expiration du délai de (*L. n° 96-604 du 5 juill. 1996*) «deux mois» le consentement n'a pas été rétracté, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant à condition que celui-ci n'ait pas été placé en vue de l'adoption. Si la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre, les parents peuvent saisir le tribunal qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. La restitution rend caduc le consentement à l'adoption ». et article L. 224-6 al. 3 Code de l'action sociale et des familles « [...] Au-delà de ces délais, la décision d'accepter ou de refuser la restitution d'un pupille de l'État est, sous réserve des dispositions de l'article 352 du code civil, prise par le tuteur, avec l'accord du conseil de famille. En cas de refus, les demandeurs peuvent saisir le tribunal de grande instance ».

<sup>122</sup> Article 352 alinéa 2 Code civil « [...] Si le placement en vue de l'adoption cesse ou si le tribunal a refusé de prononcer l'adoption, les effets de ce placement sont rétroactivement résolus ».

<sup>123</sup> L'article précise que s'il y a lieu à restitution de l'enfant, le consentement à l'adoption sera rendu caduc.

<sup>124</sup> Article L. 224-6 alinéa 3 Code de l'action sociale et des familles.

Une fois admis à titre définitif et le délai de rétractation écoulé, l'enfant peut faire l'objet d'un projet d'adoption. L'une des étapes de ce projet est le placement de l'enfant, et c'est ce placement qui interdit aux parents de demander le retour de l'enfant. Mais tant qu'il n'est pas placé, les parents peuvent encore se rétracter. Cependant, si le délai de deux mois est écoulé, ils ne peuvent pas reprendre l'enfant de droit<sup>125</sup>.

38. Lorsque l'un des parents a seul confié l'enfant à l'adoption, tandis qu'il n'est pas seul titulaire de l'autorité parentale, l'autre parent dispose d'un délai de six mois pendant lequel il peut demander la restitution de l'enfant, sans risquer que ce dernier ne soit déjà placé à l'adoption<sup>126</sup>, pendant cette période l'enfant est admis en qualité de pupille de l'État à titre provisoire. L'article 351 alinéa 1<sup>er</sup> dispose que « Le placement en vue de l'adoption est réalisé par la remise effective aux futurs adoptants d'un enfant pour lequel il a été valablement et définitivement consenti à l'adoption, d'un pupille de l'État ou d'un enfant déclaré abandonné par décision judiciaire »<sup>127</sup>.

39. La rétractation du consentement des parents biologiques doit être faite par lettre recommandée avec avis de réception, et elle doit être adressée au service qui a reçu le consentement. La loi française admet que la remise de l'enfant faite oralement vaut preuve de la demande de rétractation<sup>128</sup>. On en déduit donc que l'exigence de la lettre recommandée n'a qu'un rôle probatoire et n'est pas une condition de validité. Cette

---

<sup>125</sup> Article 348-3 *in fine* Code civil « [...] Si à l'expiration du délai de (L. n° 96-604 du 5 juill. 1996) “ deux mois ” le consentement n'a pas été rétracté, les parents peuvent encore demander la restitution de l'enfant à condition que celui-ci n'ait pas été placé en vue de l'adoption. Si la personne qui l'a recueilli refuse de le rendre, les parents peuvent saisir le tribunal qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. La restitution rend caduc le consentement à l'adoption ».

<sup>126</sup> Article L. 224-4 3° du Code de l'action sociale et des familles « 3° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de six mois par leur père ou leur mère en vue de leur admission comme pupilles de l'État et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'en assumer la charge; avant l'expiration de ce délai de six mois, le service s'emploie à connaître les intentions de l'autre parent; [...] ».

<sup>127</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 avril 1975, *Bull. civ. I*, n°141 ; *R.*, p.17 ; *D.* 1975.496.

La Cour de cassation a estimé que lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents et que ces derniers ont tous les deux consentis à l'adoption, la rétractation régulière de la mère fait obstacle à l'adoption. Il n'est pas nécessaire que les deux parents, ayant donné leur consentement, se rétractent ensemble pour que l'adoption ne soit pas prononcée. La rétractation de seulement l'un des deux suffit à remettre en cause toute la procédure.

<sup>128</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La Famille, op. cit* ; P. MURAT, *Droit de la Famille, op. cit*.

mesure est primordiale puisqu'elle permet d'éviter qu'un placement ne soit effectué, tandis qu'une demande en restitution de l'enfant est en cours.

40. Quant aux parents biologiques qui souhaiteraient rétracter leur rétractation, la Haute juridiction dans un arrêt du 24 février 1998<sup>129</sup> a jugé que les parents devaient reformuler leur consentement à l'adoption selon les modalités de l'article 348-3 du Code civil. La rétractation ayant eu pour effet d'anéantir le consentement à l'adoption, un nouveau consentement doit être donné par les parents.

41. La volonté des parents biologiques connaît une limite lorsque dans certains cas exceptionnels, le tribunal passe outre leur refus de consentir à l'adoption. Pour cela, le tribunal doit déclarer abusif ce refus. En effet, l'article 348-6 du Code civil dispose que le tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents ou par l'un d'entre eux, seulement lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité. Cette mesure est également prévue dans le cas d'un refus abusif de consentement de la part du conseil de famille. Aucune distinction n'est faite selon le statut juridique de l'enfant, cela concerne donc également les pupilles de l'État<sup>130</sup>. Toutefois, la Cour de cassation a ajouté deux conditions : les parents doivent manifestement se désintéresser de l'enfant au risque « d'en compromettre la santé ou la moralité et le juge doit qualifier ce refus d'abusif »<sup>131</sup>. Jusqu'à présent le législateur, tout en encadrant les modalités d'expression et de rétractation du consentement des parents biologiques, attachait une grande importance au respect de la volonté des parents. Pourtant, cette jurisprudence confirme que la recherche de l'intérêt de l'enfant la supplante.

## 2. Les délais de l'expression du consentement aux États-Unis

42. Contrairement à l'unité législative française, les États-Unis n'ont aucune règle fédérale sur le sujet. Cette particularité entraîne d'importants écarts dans les conditions de validité de la procédure. Selon l'adoption choisie les parties à l'adoption ne

---

<sup>129</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 février 1998, *Bull. civ. I*, n°72 ; *Défrenois* 1998.1025, obs. MASSIP ; *Dr. Fam.* 1998, n°134, note MURAT.

<sup>130</sup> Rennes, 16 mars 1993, *D.* 1995.113, note GEFROY et DESGUE.

<sup>131</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 1980, *D.* 1980.515, note J. MASSIP ; *Dr. Fam.* 1998, n°20, obs. P. MURAT ; *Défrenois* 1998.772, obs. J. MASSIP.

sont pas soumises aux mêmes délais de réflexion.

Dans le cas d'adoption par une agence agréée, les père et mère transfèrent à l'agence leurs droits parentaux et le pouvoir de consentir à l'adoption. Lors de la remise du consentement en faveur des adoptants et du placement de l'enfant, les parents biologiques sont « hors-circuit »<sup>132</sup>. Ils ne sont plus titulaires de l'autorité parentale, et ils ne peuvent plus contester le placement ou demander la restitution de l'enfant<sup>133</sup> comme en France. C'est l'agence qui en a désormais le pouvoir.

Dans le cadre d'une *open adoption* par l'intermédiaire d'une agence, le seul contentieux possible serait le non-respect par l'agence du choix des parents biologiques en ce qui concerne les père et mère adoptifs<sup>134</sup>. Certains États<sup>135</sup> ont prévu que les parents retrouveraient alors leurs droits parentaux sur l'enfant. Le rôle de l'agence est assimilable à celui d'un mandataire, il n'est pas là en tant que simple intermédiaire ou représentant de la famille biologique<sup>136</sup>. Une sorte de contrat de mandat est conclu entre la famille biologique et l'agence. Les parents donnent le pouvoir à l'agence en lui aliénant l'autorité parentale et celui de régler toutes les modalités administratives et juridiques avec les parents adoptifs qu'ils auront eux-mêmes choisis, sans que l'agence ne puisse modifier ce choix sous peine d'être sanctionnée en se voyant retirer les droits parentaux qui lui avaient été transférés.

43. Les parents biologiques bénéficient, comme en France, d'une période de réflexion.

De manière générale, le consentement est déclaré illégal s'il est donné avant la naissance de l'enfant, voire avant que la mère ne sorte de la maternité<sup>137</sup>. Seuls deux États, l'Alabama et l'État de Hawaï autorisent la mère biologique à donner son consentement avant la naissance, à condition que la décision soit confirmée par la suite<sup>138</sup>.

---

<sup>132</sup> F. LAROCHE-GISSEROT, L'adoption ouvert (*open adoption*), aux États-Unis : Règles, pratique, avenir en Europe, *R.I.D.C.*, 1998, vol. 50, n°4, pp. 1095-1123.

<sup>133</sup> Propos à nuancer pour le père qui n'est pas toujours en mesure de participer à la prise de décision.

<sup>134</sup> F. LAROCHE-GISSEROT, L'adoption ouvert (*open adoption*), aux États-Unis : Règles, pratique, avenir en Europe, *op. cit.*

<sup>135</sup> Comme par exemple la Californie.

<sup>136</sup> *Infra* n°261 et s.

<sup>137</sup> Comme par exemple en Californie.

<sup>138</sup> M.C. JASPER, *The Law of Adoption*, Legal Almanac Series, *Oceana*, p. 41.

L'obligation de respecter un temps de réflexion est prévue par les *statutes* de quarante-sept États, à l'exception des États de l'Idaho, de New York et de l'Oregon.

Certains États ne prévoient pas de délai précis et autorisent les parents biologiques à consentir à n'importe quel moment après la naissance de l'enfant. Cependant, la majorité des États, dont le District de Columbia, obligent les parents à attendre un délai précis avant de donner leur consentement. Ce délai s'étend de douze à vingt-quatre heures pour le plus court, et de dix à quinze jours pour le plus long. La période la plus répandue de trois jours, semble être la plus adaptée, puisqu'elle ne crée pas trop d'instabilité pour l'enfant et les parents, contrairement à un délai de plusieurs semaines ou plusieurs mois<sup>139</sup>.

44. Le consentement peut être révoqué dans le délai imparti par la loi sans justification, toutefois si les parents souhaitent rétracter leur consentement au-delà du délai légal, ils doivent prouver un défaut d'informations. Dans ce cas, ils peuvent remettre en cause la procédure et invoquer le dol<sup>140</sup>, la violence<sup>141</sup>, ainsi que la fraude. Certains États écartent ces recours s'il est établi que la faute n'est pas imputable aux adoptants. Par exemple dans de nombreux États<sup>142</sup>, si l'accord des parents biologiques a été obtenu sous contrainte, la rétractation du consentement peut être réclamée.

Comme en France, une période de « vulnérabilité » est prévue. Elle peut s'étendre de trois jours à trois mois, voire même jusqu'au jour du jugement du prononcé de l'adoption. Une étude a démontré que les parents biologiques ne considèrent pas cette période comme bénéfique, car ils souhaitent que l'enfant soit le plus rapidement placé et en sécurité au sein de la famille adoptive<sup>143</sup>.

Les parents qui ont souhaité passer par une adoption indépendante conservent l'autorité parentale pendant cette période d'attente et se chargent eux-mêmes des

---

<sup>139</sup> M.C. JASPER, *op. cit.*, .42. Ce délai doit être respecté dans les États de l'Arizona, de l'Illinois, de l'Iowa, du Kentucky, du Minnesota, du Mississippi, du Montana, du Nevada, du New Hampshire, du New Jersey, de l'Ohio, de la Pennsylvanie, du Tennessee, de West Virginie ainsi que du District de Columbia.

<sup>140</sup> *misrepresentation*

<sup>141</sup> *duress, undue influence*

<sup>142</sup> Cela concerne les États de l'Alabama, Arizona, Colorado, Floride, Illinois, Kansas, Louisiane, New Hampshire, New Jersey, Nouveau Mexique, Caroline du Nord, Oklahoma, Oregon, Rhode Island, Caroline du Sud, Dakota du Sud, Virginie, Washington, West Virginie et du Wyoming.

<sup>143</sup> J-F MATTEÏ, « Enfants d'ici, enfants d'ailleurs », Rapport au Premier ministre, *La documentation française*, 1995, p. 106.

démarches. Ils ne bénéficient pas du même encadrement légal et psychologique que celui prodigué lorsque les parents font appel à une agence. C'est d'ailleurs une différence contestable et paradoxale puisqu'il semble au contraire que le devoir d'information imposé par la loi devrait être renforcé dans le cadre des adoptions indépendantes, où la remise du consentement à l'adoption ne met pas fin à l'autorité parentale des parents.

## **II. L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT DES CANDIDATS A** **L'ADOPTION**

45. L'adoption repose sur la volonté des candidats à l'adoption. En effet, c'est elle qui permet la finalisation de l'adoption. La volonté des adoptants doit avoir pour finalité la création d'un rapport de filiation. La volonté est à l'origine de la procédure d'adoption, et c'est d'ailleurs au jour du dépôt de la requête d'adoption que cette dernière produit ses effets<sup>144</sup>. Bien entendu, la procédure ne repose pas uniquement sur la volonté de l'adoptant, qui sera soumis à l'octroi de l'agrément pour continuer sa démarche. L'obtention de l'agrément est donc la principale limite à la volonté des candidats à l'adoption. Il permet aux services sociaux de s'assurer que l'enfant soit accueilli dans de bonnes conditions (A). Une fois cette étape passée, ils doivent donner leur consentement selon les conditions prévues par le droit (B).

### **A. LA PROCEDURE D'AGREMENT EN VUE DE L'ADOPTION**

46. L'obtention de l'agrément est une étape obligatoire dans la procédure d'adoption où l'enfant n'est pas directement confié aux adoptants. Elle prouve que

---

<sup>144</sup> Article 355 du Code civil « L'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption ».

l'adoption n'est pas le fruit de la seule expression de la volonté des parties. En France, comme aux États-Unis, les candidats à l'adoption sont soumis à une procédure qui détermine s'ils sont capables ou non d'adopter un enfant et donc d'aller plus loin dans leur démarche. La demande d'agrément est distincte de la procédure d'adoption. Dans les deux États, il s'agit, *in fine*, d'une autorisation délivrée par une autorité, soit judiciaire comme aux États-Unis où le juge valide l'agrément, soit administrative comme en France où la compétence revient aux services de l'aide sociale à l'enfance.

Aux États-Unis, aucune législation fédérale ne régit les conditions d'obtention de l'agrément. Elles varient elles aussi d'un État à l'autre<sup>145</sup>. Le dossier doit répondre à des critères qui changent selon les États<sup>146</sup>, et les parties doivent fournir des informations précises récentes<sup>147</sup>. Le dossier peut être monté par le ou les demandeurs eux-mêmes ou bien par une assistante sociale. Le choix de cette dernière sera primordial puisque c'est elle qui aura le dernier mot sur la demande.

En France<sup>148</sup>, l'agrément est également une décision complètement distincte du jugement d'adoption. Son obtention, n'entraîne pas automatique le prononcé de l'adoption<sup>149</sup>. Elle n'en est que la condition préalable. Tandis qu'aux États-Unis la demande est adressée à un juge, les dispositions de l'article R. 225-1 du Code de l'action sociale et des familles prévoient que la demande d'agrément doit être adressée au Président du Conseil général du département de résidence. Durant la phase d'instruction, le candidat à l'adoption peut être accompagné dans ses démarches et demander à ce qu'une seconde investigation soit diligentée par d'autres personnes. La décision de l'octroi de l'agrément est prise par le président du conseil général après la consultation

---

<sup>145</sup> Ce manque d'homogénéité pose problème en cas d'adoption interétatique. C'est l'hypothèse d'un couple d'un État qui souhaiterait adopter un enfant issue d'un autre État. Le défaut de législation fédérale contraindra le couple demandeur à faire une demande d'agrément selon les critères de son État d'origine, puis une autre selon les critères de l'État de l'enfant.

<sup>146</sup> Le premier dossier devra être modifié plus tard en fonction des critères de l'État de l'enfant.

<sup>147</sup> Entre 24 et 3 mois au plus tard suivant la juridiction de l'État de l'enfant, c'est-à-dire la date de la dernière révision avant le jugement.

<sup>148</sup> Sur la procédure d'agrément en France voir : E. POISSON-DROCOURT, La procédure d'agrément des personnes souhaitant adopter un enfant, *D.* 2007, Point de vue. 163 ; E. VERDIER, L'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'État à la lumière de la pratique et de la jurisprudence, *RDSS* 1992. 354.

<sup>149</sup> L'adoption en elle-même relève de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire (le TGI) qui peut passer outre le refus d'agrément. Article 353-1 du Code civil.

d'une commission. Le candidat à l'adoption peut d'ailleurs être entendu à sa demande ou à celle des personnes présentes lors de la réunion de la commission. Selon les dispositions des articles R.225-4 et 225-5, les candidats à l'adoption sont informés au moins 15 jours avant la date de la consultation de la commission d'agrément. Ils peuvent faire connaître par écrit leurs observations sur les documents établis lors de l'enquête et préciser leur projet d'adoption. Ces éléments sont ensuite portés à la connaissance de la commission.

Aux États-Unis en revanche, le dossier n'est pas soumis à une commission. L'assistante sociale se fait elle-même un avis sur les candidats au cours de quatre visites. Elle est seule à prendre la décision. Dans la mesure où il y a davantage d'enfants à adopter que de candidats, les cas de refus sont relativement rares. En cas de doute, elle demandera aux potentiels adoptants de se soumettre à une visite médicale complémentaire ou à un bilan psychiatrique<sup>150</sup>.

Dans les deux pays, au cours de l'enquête, l'administration ou l'assistante sociale réunissent certains éléments afin de se forger une opinion sur le profil des demandeurs. La nature de ces informations est relativement similaire dans les deux pays. L'étude de ces informations va permettre de déduire la capacité des candidats à être de bons parents adoptifs. Ainsi, sont étudiés l'état de santé des requérants, leur maturité affective, la situation financière du foyer ainsi que les antécédents familiaux et sociaux des candidats<sup>151</sup>. Aux États-Unis, ces critères varient selon l'agence et l'État. De

---

<sup>150</sup> MC JASPER, *op. cit.*

<sup>151</sup> Article R. 225-4 du Code de l'action sociale et des familles : « Avant de délivrer l'agrément, le président du conseil général doit s'assurer que les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté.

A cet effet, il fait procéder, auprès du demandeur, à des investigations comportant notamment:

- une évaluation de la situation familiale, des capacités éducatives ainsi que des possibilités d'accueil en vue d'adoption d'un enfant pupille de l'État ou d'un enfant étranger; cette évaluation est confiée à des assistants de service social, à des éducateurs spécialisés ou à des éducateurs de jeunes enfants, diplômés d'État;

- une évaluation, confiée à des psychologues territoriaux, (*Décr. n° 2006-981 du 1<sup>er</sup> août 2006, art. 1<sup>er</sup>*) « aux mêmes professionnels relevant d'organismes publics ou privés habilités mentionnés au septième alinéa de l'article L. 221-1 ou » à des médecins psychiatres, du contexte psychologique dans lequel est formé le projet d'adopter.

(*Décr. n° 2006-981 du 1<sup>er</sup> août 2006, art. 1<sup>er</sup>*) « Les évaluations sociale et psychologique donnent lieu chacune à deux rencontres au moins entre le demandeur et le professionnel concerné. Pour l'évaluation sociale, une des rencontres au moins a lieu au domicile du demandeur. »

nombreuses agences imposent des sessions de formation pour les futurs parents adoptifs avant et pendant le processus d'étude, afin de les aider à mieux comprendre les besoins de l'enfant et d'aider les familles à déterminer le type d'enfant qui leur correspond. Des réunions ont également lieu en France<sup>152</sup>, et ont pour but de prévenir les échecs d'adoption<sup>153</sup>.

47. L'article R. 225-2 Code de l'action sociale et des familles prévoit que le service de l'Aide sociale à l'enfance dispose d'un délai de deux mois pour transmettre aux candidats une information à caractère général sur les dimensions psychologiques, éducatives et culturelles de l'adoption, sur les procédures administratives et judiciaires, ainsi que sur le nombre d'enfants adoptables, leur âge et leur situation, dans le cadre de l'adoption internationale. Des réunions d'informations leurs sont également proposées, et un questionnaire type est remis aux candidats lors du premier entretien qui suit la demande d'agrément. L'article prévoit également qu'après avoir pris connaissance de ces

---

Le demandeur est informé, au moins quinze jours avant la consultation prévue à l'article R. 225-5, qu'il peut prendre connaissance des documents établis à l'issue des investigations menées en application des alinéas précédents. Les erreurs matérielles figurant dans ces documents sont rectifiées de droit à sa demande écrite. Il peut, à l'occasion de cette consultation, faire connaître par écrit ses observations sur ces documents et préciser son projet d'adoption. Ces éléments sont portés à la connaissance de la commission. — [Décr. n° 98-771 du 1<sup>er</sup> sept. 1998, art. 4.] ».

<sup>152</sup> Article 225-2 Code de l'action sociale et des familles « Les pupilles de l'État peuvent être adoptés soit par les personnes à qui le service de l'aide sociale à l'enfance les a confiés pour en assurer la garde lorsque les liens affectifs qui se sont établis entre eux justifient cette mesure, soit par des personnes agréées à cet effet, soit, si tel est l'intérêt desdits pupilles, par des personnes dont l'aptitude à les accueillir a été régulièrement constatée dans un État autre que la France, en cas d'accord international engageant à cette fin ledit État.

(L. n° 2005-744 du 4 juill. 2005) « L'agrément est accordé pour cinq ans, dans un délai de neuf mois, par le président du conseil général après avis d'une commission dont la composition est fixée par voie réglementaire. Le délai court à compter de la date à laquelle la personne confirme sa demande d'agrément dans les conditions fixées par voie réglementaire. L'agrément est délivré par un arrêté dont la forme et le contenu sont définis par décret.

L'agrément est délivré pour l'accueil d'un ou de plusieurs enfants simultanément. Une notice, dont la forme et le contenu sont définis par décret, décrivant le projet d'adoption des personnes agréées est jointe à l'agrément. Cette notice peut être révisée par le président du conseil général sur demande du candidat à l'adoption.

« L'agrément est caduc à compter de l'arrivée au foyer d'au moins un enfant français ou étranger, ou de plusieurs simultanément » ».

<sup>153</sup> *Infra* n° 381 et s.

informations, les candidats doivent confirmer leur demande par lettre recommandée en précisant leurs motivations, le nombre et l'âge des enfants qu'ils souhaitent adopter, leur origine ethnique et éventuellement s'ils sont prêts à accueillir des enfants handicapés.

Selon l'article L. 225-11 Code de l'action sociale et des familles, les candidats peuvent également choisir de s'adresser à des organismes autorisés à l'adoption qui serviront d'intermédiaires pour l'adoption des enfants qui leur sont confiés. En effet, ces organismes peuvent s'occuper directement de la procédure d'agrément. Ils disposent d'un réseau de professionnels qui peuvent effectuer eux-mêmes les enquêtes pour évaluer les capacités du couple demandeur à être ou non famille adoptive. Une fois le dossier constitué, le responsable de l'organisme le transmet au président du conseil général du département qui est seul habilité à rendre une décision. Afin de s'assurer que « les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt d'un enfant adopté »<sup>154</sup>. L'article R. 225-4 du Code de l'action sociale et des familles prévoit que le président du conseil général demande à ce que soit diligentée une enquête par le service de l'aide sociale à l'enfance afin d'évaluer la situation familiale, les capacités éducatives ainsi que les possibilités d'accueil des candidats à l'adoption. Pour ce faire, un psychologue ou un psychiatre procède à des évaluations sociale et psychologique qui donnent chacune lieu à deux entretiens au moins entre le candidat et le professionnel concerné. Pour l'évaluation sociale, au moins l'un des entretiens a lieu au domicile du candidat à l'adoption. Ces formalités sont également exigées dans le cadre d'adoptions qui ne se font pas par l'intermédiaire d'un organisme.

L'état de santé des demandeurs est également un critère déterminant dans l'octroi de l'agrément. Un certificat médical ne présentant aucune contre-indication à l'accueil d'enfants<sup>155</sup> datant de moins de trois mois est demandé, ainsi que celui des personnes résidant dans le foyer du demandeur. En outre, le décret du 1<sup>er</sup> septembre 1998 impose aux parents de fournir un document attestant de leur situation financière.

Le dossier peut être consulté à tout moment de la procédure par les intéressés, qui peuvent demander à ce que l'enquête soit faite une seconde fois par d'autres

---

<sup>154</sup> Article R. 225-4 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>155</sup> Article R. 225-3 du Code de l'action sociale et des familles.

personnes<sup>156</sup>. En ce qui concerne la demande de nouvelles investigations, le Conseil d'État dans un arrêt du 22 mars 1991<sup>157</sup> a jugé que l'autorité compétente qui rejette une demande d'agrément aux fins d'adoption ne peut pas en cas de recours gracieux former contre sa décision, assortie d'une demande visant à ce qu'« une nouvelle enquête sociale et un nouvel examen psychiatrique » soient diligentés, rejeter le recours sans faire procéder aux nouvelles investigations sollicitées.

48. Aux États-Unis, une enquête approfondie est menée sur le foyer du candidat. Cette exigence est demandée par la plupart des agences américaines qui exigent que les futurs parents adoptifs passent un examen physique. Certains organismes ont des exigences spécifiques. Ainsi, lorsque l'adoption concerne un nourrisson certaines agences demandent que soient effectués des tests afin de confirmer l'infertilité des parents adoptifs. D'autres vont se contenter de savoir que les futurs parents sont en bonne santé, ont une espérance de vie normale et sont physiquement et mentalement capables de s'occuper d'un enfant. Si le candidat a une maladie pour laquelle il suit un traitement, il peut encore être candidat à l'agrément et à l'adoption. En revanche, si le problème de santé est grave et qu'il affecte l'espérance de vie du candidat alors cela peut mettre en péril l'agrément. De plus, si les candidats ont par le passé eu un problème de santé mentale, l'assistante sociale peut leur demander de fournir des rapports du traitement.

Un document attestant de la situation financière est également demandé.

Les organismes publics et privés doivent se conformer aux lois fédérales et étatiques pour vérifier les antécédents des candidats. Selon la loi française<sup>158</sup>, et la majorité des *statutes*, les services sociaux doivent s'assurer que les candidats ainsi que les personnes résidant dans le foyer n'ont jamais fait l'objet de condamnations pénales. Pour ce faire, les États vont procéder à un examen minutieux des antécédents judiciaires des demandeurs. Et même si les exigences varient selon les États, les informations

---

<sup>156</sup> Article L. 225-3 al. 3 du Code de l'action sociale et des familles « Elles peuvent demander que tout ou partie des investigations effectuées pour l'instruction du dossier soient accomplies une seconde fois et par d'autres personnes que celles auxquelles elles avaient été confiées initialement. Elles sont informées du déroulement de ladite instruction et peuvent prendre connaissance de tout document figurant dans leur dossier dans les conditions fixées aux articles 3 et 4 de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ».

<sup>157</sup> CE, 22 mars 1991, *Boisne*, req. n°94 897 : *Lebon T.* 982.

<sup>158</sup> Article R. 225-4 Code de l'action sociale et des familles.

recherchées sont sensiblement les mêmes. Ainsi, la présentation d'un extrait de casier judiciaire est demandée dans vingt-quatre États<sup>159</sup>. Vingt-trois<sup>160</sup> exigent une vérification des empreintes, en plus de l'extrait, et un nombre important d'États<sup>161</sup> examinent plus précisément les casiers judiciaires en ce qui concerne les cas de maltraitance et de négligence sur des enfants. Les États de l'Alaska et de l'Oklahoma procèdent également à des vérifications sur les registres des délinquants sexuels de l'État. Une vingtaine d'États<sup>162</sup> exigent un extrait de casier judiciaire pour tout adulte vivant dans le foyer du candidat. D'autres étendent même cette étude aux enfants les plus âgés du ménage : dans les États de l'Arkansas et du Connecticut cela concerne toutes personnes vivant au sein du foyer candidat et âgées de plus de seize ans, de quatorze ans pour les États du Massachusetts et du Texas, et de treize ans pour l'État du Minnesota. Dans les États de l'Idaho et du Montana, le contrôle est étendu à toutes les personnes vivant dans le foyer indépendamment de leur âge. Les informations sur les antécédents criminels des demandeurs liées à des abus sur des enfants seront insérées au rapport joint à la demande d'agrément.

Si l'étude révèle que le demandeur a été reconnu coupable d'un crime qui soulève des doutes sur ses capacités à s'occuper d'un enfant en toute sécurité, l'agrément ne lui sera pas délivré. Par exemple, un État peut refuser de donner l'agrément à un

---

<sup>159</sup> Les États de l'Alabama, de l'Alaska, de l'Arizona, de l'Arkansas, de la Californie, du Connecticut, du Delaware, de la Floride, de l'Illinois, de l'Indiana, du Kentucky, de la Louisiane, du Maine, du Michigan, du Minnesota, du Nebraska, du Nevada, du New Jersey, du Nouveau Mexique, de la Caroline du Nord, de l'Oklahoma, de Rhode Island, du Vermont et de Washington.

<sup>160</sup> Les États de l'Alabama, de l'Arizona, de l'Arkansas, de la Californie, du Delaware, de la Floride, de l'Illinois, de l'Indiana, du Kentucky, de la Louisiane, du Maine, du Maryland, du Minnesota, du Nevada, du New Jersey, du Nouveau Mexique, de New York, de l'Ohio, de Rhode Island, du Vermont, de Washington, et de West Virginie.

<sup>161</sup> L'État de l'Alaska, de l'Arizona, de l'Arkansas, du Connecticut, du Delaware, du District de Columbia, de la Floride, de l'Indiana, de l'Iowa, du Kansas, du Kentucky, de la Louisiane, du Maine, du Maryland, du Michigan, du Minnesota, du Mississippi, du Montana, du Nebraska, du Nevada, du New Hampshire, du New Jersey, du Nouveau Mexique, de New York, de la Caroline du Nord, de l'Oklahoma, de la Pennsylvanie, de la Caroline du Sud, du Dakota du Sud, du Texas, de l'Utah, de Virginie, de Washington, de West Virginie, et du Wisconsin. Au Wyoming la Cour peut demander un extrait de casier judiciaire en dehors de la procédure d'agrément.

<sup>162</sup> Il s'agit des États de l'Alabama, de l'Alaska, de l'Arizona, de la Floride, de l'Illinois, de l'Iowa, du Kentucky, de la Louisiane, du Maryland, du Nevada, du New Jersey, du Nouveau Mexique, de la Caroline du Nord, de l'Ohio, de l'Oklahoma, de l'Oregon, de l'Utah, et de West Virginie.

demandeur, si l'un des candidats à l'adoption a été reconnu coupable d'un crime sur mineur. Les types de crimes qui sont susceptibles d'exclure un candidat à l'adoption sont précisés par la loi des États. Ainsi, tandis que les *statutes* des États du Colorado, du Delaware, de la Floride, de l'Iowa, du Kansas, du Kentucky, de la Louisiane, du Maryland, du Nevada, du Nouveau Mexique, de New York se contentent de reprendre la liste des infractions insérées à l'*Adoption and Safe Families Act* de 1997, qui se trouve dans le titre IV-E du *Social Security Act*. D'autres tels que les États de l'Alabama, de l'Alaska, de l'Arizona, de l'Arkansas, du Connecticut, de l'Idaho, de la Louisiane, du Massachusetts, du New Jersey, de la Caroline du Nord, de l'Ohio, de Rhode Island, du Texas, de Virginie, de West Virginie et du Wisconsin retiennent une série d'infractions plus étendue et incluent certains délits tels que l'incendie criminel, l'enlèvement, l'utilisation illégale d'armes ou d'explosifs, la fraude, la contrefaçon, ou même le cambriolage et le vol qualifié. S'il s'est écoulé cinq années depuis que le demandeur a été reconnu coupable d'agression physique ou d'infraction liée à la drogue, les États du Delaware, de la Floride, du Kentucky, du Nevada, de New York, de Washington, et le District de Columbia accordent malgré tout l'agrément. D'autres exigent une preuve de réhabilitation ou prévoient une période plus longue.

Cette pratique qui consiste à demander l'extrait de casier judiciaire est appuyée par la législation fédérale. En effet, l'*Adoption and Selfe Families Act* de 1997 exige une vérification du casier judiciaire des demandeurs par l'assistante sociale. Selon l'*Adoption and Selfe Families Act*, l'agrément ne peut pas être accordé si le demandeur a été accusé d'abus, de négligence ou de crime envers un enfant, qu'il s'agisse de pornographie, de violence, viol ou de meurtre. Et il en est de même pour le demandeur qui a été accusé d'agression ou de vente de drogue durant les cinq dernières années. L'*Adoption and Selfe Families Act* est complétée par le *Child Abuse Prevention and Treatment Act*, ainsi que l'*Adam Walsh Child Protection and Safety* de 2006 qui exigent que les États vérifient le passé judiciaire de toutes les demandes d'agrément et effectuent un contrôle au fichier central des empreintes digitales pour toutes les personnes présentent dans le foyer demandeur.

D'autres informations complémentaires sur le profil des candidats sont requises. Ainsi, le *curriculum vitae*<sup>163</sup>, et le passé ethnique<sup>164</sup>, religieux<sup>165</sup>, ou concernant d'éventuels abus de drogue ou d'alcool<sup>166</sup> ou même de violences domestiques<sup>167</sup> sont des informations qui peuvent être demandées aux candidats et insérées au dossier. Les demandeurs doivent également fournir un certificat de naissance, un acte de mariage ou de divorce, le cas échéant.

Le rapport de l'assistante sociale se conclut par ses recommandations sur l'âge et le nombre d'enfants qui devraient être confiés au candidat. Ce rapport est très important, car il va conditionner l'obtention ou non de l'agrément. Il permet aussi aux agences de mieux connaître les demandeurs et de faire correspondre les attentes et les besoins de la famille d'accueil avec ceux de l'enfant.

Étant donné le caractère particulier de l'*open adoption* et la place importante qui est laissée à la volonté des parents biologiques dans le choix des parents adoptifs, tout ou partie du rapport leur est communiqué. Sur ce point, les législations n'ont pas toutes la même position, en effet le type d'informations transmises aux parents biologiques par l'agence ou les services sociaux n'est pas le même selon l'État. Dans certains cas, cet échange d'informations est à double sens, puisque dans une dizaine d'États<sup>168</sup>, les parents biologiques de l'enfant doivent également fournir des informations qui sont transmises à la cour.

49. En France, l'agrément est refusé au demandeur lorsqu'il ne présente pas ou plus les garanties suffisantes sur le plan familial, éducatif ou psychologique pour accueillir l'adopté. La décision de refus peut être prise durant toute la durée de validité de

---

<sup>163</sup> Ces informations sont demandées par les États du Michigan, du Montana, du Nouveau Mexique, de New York, de Caroline du Nord, de l'Oklahoma, de Rhode Island, du Dakota du Sud, de West Virginie, et de Porto Rico.

<sup>164</sup> Informations requises par les États de l'Arizona, de l'Illinois, du Montana, de New York, de la Caroline du Nord, de Pennsylvanie, du Vermont, ainsi que le District de Columbia.

<sup>165</sup> Les États de l'Arizona, de l'Illinois, du Montana, de New York, de Caroline du Nord, de Pennsylvanie, du Vermont, ainsi que du District de Columbia.

<sup>166</sup> Ces informations sont demandées par les États du Colorado, du Michigan, du Montana, de la Caroline du Nord, du Rhode Island et du Vermont.

<sup>167</sup> Il s'agit des États du Colorado, du Michigan, du Minnesota, du Montana, de la Caroline du Nord et du Vermont.

<sup>168</sup> Les États de l'Arizona, de l'Indiana, de l'Iowa, du Montana, de Caroline du Nord, du Texas, du Vermont, de Washington, de West Virginie.

l'agrément. Elle doit avoir lieu dans le délai prévu par la loi. En cas de refus d'agrément, l'article L. 225-5 Code de l'action sociale et des familles impose un délai de carence de trente mois après un refus ou un retrait d'agrément. En effet, le candidat ne peut présenter de nouvelle demande avant trente mois. Selon les termes de l'article L. 225-4 du Code de l'action sociale et des familles, la décision de refus ou de retrait d'agrément doit être motivée. L'élément déterminant est l'intérêt de l'enfant, son évaluation se fait en fonction des résultats des investigations menées lors de l'instruction de la demande. La procédure d'agrément obéit au principe général de non-discrimination, ainsi l'agrément ne peut être refusé pour des motifs fondés sur les orientations sexuelles ou religieuses des postulants à l'adoption<sup>169</sup>.

Aux États-Unis, l'âge<sup>170</sup> et l'origine de l'enfant sont les restrictions légales les plus courantes. Certains États refusent également d'accorder l'agrément lorsqu'il est demandé par un couple de même sexe, ou par des célibataires.

50. En France, en cas de refus, une voie de recours est ouverte au demandeur. Il peut former un recours gracieux auprès du président du conseil général dans les deux mois de la notification du refus. En cas de rejet du recours gracieux, il peut faire un recours contentieux, dans le délai de deux mois, devant la juridiction administrative. Le Conseil d'État a ainsi été amené à de nombreuses reprises à se prononcer sur des refus d'agrément. Ces refus sont notamment fondés sur l'âge, l'état de santé, les convictions religieuses des adoptants ou leurs situations matrimoniales. Si le Conseil d'État défend la candidature des célibataires, sa position n'est pas la même lorsqu'ils sont homosexuels<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> CE, 24 avril 1992, n° 111 178. Est légitime le refus d'agrément opposé à des Témoins de Jéhovah en raison non pas de leur appartenance à une religion mais des dangers que sa pratique, notamment l'opposition aux transfusions sanguines, faisaient courir à l'enfant.

CEDH, 22 janvier 2008, *Affaire E.B. c/ France*, n° 43 546/02. Un refus d'agrément à une homosexuelle est discriminatoire, et incompatible avec la Convention européenne des droits de l'Homme, pour être fondé sur les orientations sexuelles de la requérante et sur « l'absence de référent paternel » alors que le droit d'adopter est reconnu aux célibataires.

<sup>170</sup> Il faut qu'il y ait entre 10 et 45 ans d'écart entre l'adopté et le ou les adoptants.

<sup>171</sup> H. RIHAL, L'intérêt de l'enfant et la jurisprudence du Conseil d'État concernant les agréments en matière d'adoption, *RTD Sanit. Soc.* 1997, n°3, p. 503 à 514. Le problème est le même pour les témoins de Jéhovah ; Ph. MALAURIE, Un homosexuel célibataire ne peut adopter, *D.* 1997, chron., p.117 et s. ; J-Y PLOUVIB, Le célibataire de sexe masculin homosexuel et le désir d'enfant : le cas de l'agrément à l'adoption, *LPA*, 30 juin 1995, n°78, p. 220 à 224 ; F. BOULANGER, Le droit pour un célibataire homosexuel d'adopter un pupille de l'État, *D.* 1995, p. 647 et s.

L'annulation d'une décision de refus ou de retrait ne vaut pas agrément<sup>172</sup>. Les candidats à l'adoption doivent présenter une nouvelle demande d'agrément.

51. Aux États-Unis, l'agrément est de nouveau étudié après le placement de l'enfant, et à la suite de quatre nouvelles visites dont une au domicile et une avec chaque conjoint. C'est donc le dossier complet avant placement et après placement qui est présenté au juge lors du jugement d'adoption.

En France, une fois accordé, l'agrément est valable cinq ans sur l'ensemble du territoire français, et n'est valable que pour une procédure. Durant la durée de validité de l'agrément, le candidat à l'adoption doit confirmer au président du conseil général le maintien de son intention d'adopter en précisant qu'il souhaite accueillir un pupille de l'État. Il doit transmettre une déclaration sur l'honneur informant d'éventuels changements de sa situation matrimoniale ou dans la composition de sa famille. En cas de changements dans les conditions d'accueil constatées lors de la délivrance de l'agrément ou en l'absence de déclaration sur l'honneur, le président du conseil général peut faire demander des investigations complémentaires sur les conditions d'accueil et, le cas échéant, retirer l'agrément<sup>173</sup>.

Une fois l'agrément obtenu, le candidat à l'adoption peut enfin se voir confier un enfant, qu'il pourra, après une période d'adaptation, consentir à adopter selon les modalités prévues par la loi. Durant cette étape, la volonté des parties est encore une fois rigoureusement encadrée.

## B. LES CONDITIONS DE L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT

52. Avant que le jugement déclaratif soit prononcé, le consentement des adoptants est soumis à un encadrement législatif très rigoureux. Cela confirme qu'en matière d'adoption, la seule volonté des parties ne suffit pas.

---

<sup>172</sup> Sauf injonction du tribunal de délivrer l'agrément, pour une illustration concernant un refus illégal opposé à une femme homosexuelle, voir : TA Besançon, 10 novembre 2009, n° 09-299.

<sup>173</sup> E. POISSON-DROCOURT, La procédure d'agrément des personnes souhaitant adopter un enfant, *D.* 2007, *op. cit.*

53. Le Code civil dispose que l'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps et mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans. Cela signifie-t-il que la procédure est fermée aux concubins ? L'article 346 alinéa 1 du Code civil qui dispose que « nul adopté ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux » permet d'en déduire que oui. Cette restriction s'explique dans la mesure où l'adoption conjointe d'un même enfant de manière individuelle priverait l'un des membres du couple d'un lien de filiation avec cet enfant. Or, aujourd'hui la famille traditionnelle s'efface doucement au profit des familles recomposées et des couples non mariés<sup>174</sup>, l'adoption n'est pas adaptée à cette évolution et les concubins ou partenaires ne peuvent pas adopter conjointement un enfant. Cette restriction devrait sans aucun doute être reformée.

54. En France, il est possible de demander l'adoption de l'enfant du conjoint<sup>175</sup>. Cette procédure est moins lourde, puisque l'enfant vit déjà au sein du couple, la procédure est moins longue. S'il est évident que l'adoption n'est pas adaptée à ce type de situation, et que le législateur devrait envisager un nouveau type de filiation afin de créer un lien de droit entre le conjoint et l'enfant, elle reste la seule forme possible. Contrairement aux conditions de l'adoption d'un pupille de l'État ou d'un enfant confié à un organisme autorisé à l'adoption, ici aucun âge minimum n'est requis pour l'adoptant. Cependant, la substitution de filiation au profit du conjoint adopté sur le parent absent justifie les dispositions de l'article 345-1 Code civil qui dispose que « L'adoption plénière de l'enfant du conjoint est permise :

1° Lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint;

1°bis Lorsque l'enfant a fait l'objet d'une adoption plénière par ce seul conjoint et n'a de filiation établie qu'à son égard;

---

<sup>174</sup> Selon une étude de l'Insee, « Au cours des cinquante dernières années, les structures familiales se sont éloignées du modèle du couple marié avec enfants. De même, les hommes et les femmes ont des attitudes de genre moins marquées : plus de femmes travaillent et les hommes s'impliquent davantage dans la sphère familiale.

En parallèle, les opinions sur le couple, la famille et les rôles attribués aux hommes et aux femmes se sont écartées des modèles traditionnels. Les jeunes sont les plus enclins à rejeter ces modèles ; les plus anciens restent certainement influencés par leur vécu, voire par les normes sociales en vigueur lors de leur jeunesse ». A. MAINGUENE, Couple, famille, parentalité, travail des femmes, Les modèles évoluent avec les générations, *Insee Première* N° 1339. mars 2011, Division Études sociales.

<sup>175</sup> SALVAGE-GEREST, *AJ fam.* 2013. 345.

2° Lorsque l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale;

3° Lorsque l'autre parent que le conjoint est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant ». Ainsi, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est possible que si ce dernier n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard du conjoint de l'adoptant, ou bien si son autre parent est déchu de son autorité parentale ou laisse des ascendants qui se désintéressent manifestement de lui.

Dans certains États américains, une personne mariée peut adopter seule si elle est légalement séparée de son conjoint ou si son conjoint est juridiquement incapable. De plus, le conjoint d'un parent peut adopter l'enfant de ce dernier, à condition que ce dernier consente à l'adoption.

55. Aux États-Unis, la question de l'âge des adoptants varie selon les *statutes*. Dans les États du Kentucky, de la Louisiane, du Montana, du New Jersey, du Tennessee, et de l'État de Washington, les candidats doivent être âgés de 18 ans. Dans trois autres États, le Colorado, le Delaware et l'Oklahoma, l'âge d'admissibilité est de vingt et un ans. Et dans les États de Géorgie et de l'Idaho l'âge requis est supérieur, puisque de 25 ans. Contrairement à la législation française, la loi américaine prévoit que dans certains cas les mineurs sont autorisés à adopter, lorsque le mineur est marié à un adulte qui souhaite lui-même adopter. Six États prohibent l'adoption si l'écart entre l'adopté et les adoptants est de moins de dix ans, le *statutes* de l'État de l'Idaho instaure une différence d'âge de quinze ans<sup>176</sup>.

En France, l'article 343-1 alinéa 1 du Code civil dispose que l'adoption peut être demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans. L'article 344 du Code civil précise que les adoptants doivent avoir quinze ans de plus que l'adopté. Si l'enfant est celui du conjoint l'article ajoute que la différence d'âge est abaissée à dix ans. Cependant, selon l'alinéa 2 en cas de justes motifs<sup>177</sup> le tribunal peut prévoir une différence d'âge inférieure.

56. Un peu comme pour l'adoption internationale en France, les *statutes* restreignent l'adoption à leurs résidents. Dix-sept États exigent que le demandeur soit résident de l'État. Il faut que les candidats à l'adoption soient résidents de l'État pendant

---

<sup>176</sup> <https://www.childwelfare.gov/adoption/>

<sup>177</sup> Rouen, 7 mai 2009, *JCP* 2009, n°40, act. 275, obs. BRIÈRE ; *Juris-Data* n°2009-003176.

une période pouvant aller de deux mois à un an. Des exceptions sont également prévues pour les non-résidents qui peuvent malgré tout adopter des enfants « *with special needs* » et pour les candidats qui ne passent pas par une adoption indépendante. Dans les États de l'Illinois, du Mississippi, du Nouveau Mexique et de Rhode Island, un non résident peut adopter un enfant s'il passe par une agence.

57. Contrairement au droit français, où la pratique est désormais autorisée<sup>178</sup>, aux États-Unis le cas des personnes homosexuelles reste indéterminé. Moins d'une vingtaine d'États accepte l'adoption homoparentale. Il s'agit des États de la côte Ouest, du Nord-Est des États-Unis, de l'Illinois, de l'Iowa, de l'Indiana, de l'Arkansas. En 2014, seuls les deux États de Floride et du Mississippi interdisaient explicitement dans leurs *statutes* l'adoption par les couples homosexuels. L'Utah interdit l'adoption aux personnes qui vivent ensemble mais qui ne sont pas mariées, ce qui concerne les couples homosexuels. Dans l'État du Connecticut l'orientation sexuelle des candidats peut être prise en compte, et ce en dépit d'une loi de l'État qui interdit toute discrimination fondée sur les orientations sexuelles des candidats.

58. En France, la délicate question de l'adoption par un couple homosexuel a donné lieu à une jurisprudence fournie aussi bien au niveau national, qu'eupéen. Le droit français autorise la candidature à l'adoption d'un couple marié, mais aussi des personnes célibataires qu'elles soient hétérosexuelles ou homosexuelles. Le débat concernant l'impossibilité pour les couples homosexuels d'adopter<sup>179</sup> s'expliquait par la combinaison de l'interdiction pour eux de se marier et l'impossibilité pour un enfant d'être adopté par deux personnes simultanément. Avec la loi du mariage pour tous de 2013<sup>180</sup>, l'adoption est ouverte aux couples homosexuels.

59. Les limites imposées à la volonté des parents et notamment à celle des adoptants, les amènent à se tourner vers l'étranger et à avoir recours à l'adoption internationale. Non pas que celle-ci soit exempte de conditions et de contraintes, mais le nombre d'adoptés est supérieur, et les voies officieuses plus nombreuses, elle paraît donc plus accessible et plus séduisante pour les candidats à l'adoption français qui pensent

---

<sup>178</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et du code de procédure civile.

<sup>179</sup> *Infra* n° 456 *et s.*

<sup>180</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et du code de procédure civile.

ainsi pouvoir imposer leur volonté et échapper aux contraintes du droit interne.

## **CONCLUSION DE SECTION 1**

60. Au vu de ces développements, il paraît indispensable qu'un terme soit mis en place, au-delà duquel les parents biologiques ne pourraient plus demander la restitution de l'enfant et ce, même s'il n'est pas encore placé à l'adoption. En effet, on peut se demander si le fait de laisser un perpétuel recours aux parents biologiques est dans l'intérêt de l'enfant. Il semble que non.

S'assurer du respect de la volonté des parents d'origine est essentiel, tout comme leur laisser un délai raisonnable de réflexion, comme le fait actuellement l'article 348-3 Code civil, mais cela ne doit pas mettre en danger la stabilité de l'enfant. Avant d'exprimer leur consentement le droit prévoit que les parents bénéficient d'un délai de réflexion, un autre délai leur est également accordé une fois leur consentement donné, ce qui doit être suffisant pour que les parents prennent une décision irrévocable. Leur permettre de demander la restitution de l'enfant tant que ce dernier n'est pas confié à l'adoption ne peut entraîner qu'une instabilité dans la vie de l'enfant et n'est donc pas nécessairement dans son intérêt.

61. La remise du consentement des candidats à l'adoption est soumise à l'obtention d'un agrément. Ce dernier conditionne la suite de la procédure, puisque sans lui l'adoption n'a pas lieu. Il s'agit d'une procédure lourde, commune à de nombreux pays et qui permet de prévenir les échecs à l'adoption en s'assurant que les candidats respectent les critères d'une bonne famille adoptive.

Lorsque la famille obtient l'agrément, l'administration peut lui confier un enfant en vue de l'adoption. Là aussi la volonté des parents adoptifs est encadrée par le droit puisqu'ils vont devoir respecter une procédure et un délai afin d'exprimer leur consentement.

62. Toutes ces modalités juridiques, qui ont pour unique objectif l'intérêt de l'enfant, peuvent s'avérer contraignantes. À cela s'ajoute, le nombre d'enfants adoptables qui est relativement bas en France, contrairement aux États-Unis. Les candidats à l'adoption sont donc amenés à se tourner vers l'étranger où les conditions d'adoption sont moins strictes et où la réserve d'enfants adoptables semble inépuisable.

## **SECTION 2. L'ADOPTION INTERNATIONALE**

63. Le nombre toujours décroissant d'adoptions en droit interne, ainsi que les contraintes imposées par les législations, ont forcé les candidats à l'adoption à se tourner vers l'adoption internationale. Mais, aujourd'hui face aux difficultés rencontrées dans les pays d'origine, là aussi les adoptions sont à la baisse : elles étaient de 1 569 en 2012 pour 1 343 en 2013<sup>181</sup>.

Dans le cadre de l'adoption internationale, deux volontés se rencontrent et parfois s'affrontent, celle des parents biologiques et celle des parents adoptifs. En effet, il y a un risque pour la volonté des parents par le sang d'être mise de côté au profit des candidats à l'adoption. Et malgré la mise en place de conventions internationales et de mesures internes cela reste un problème. De plus, en France la loi du 6 février 2001 accentue ce risque en optant pour la loi des adoptants dans le cadre des adoptions internationales. Ainsi, si l'adoption est valable au regard du pays d'origine, la loi de l'adopté ne règle que les dispositions relatives à la représentation légale de l'adopté et à l'expression du consentement du représentant légal<sup>182</sup>.

64. L'adoption internationale peut se faire de deux façons. Ou bien les adoptants obtiennent dans le pays d'origine de l'enfant un jugement d'adoption qui est

---

<sup>181</sup> Cette tendance se confirme d'ailleurs à l'échelle internationale puisque entre 2007 et 2013 le nombre d'adoptions internationales a baissé significativement aux États-Unis (19 613 en 2007, 9 319 en 2013), en Espagne (3 648 en 2007, 2 560 en 2013), au Canada (1 712 en 2007, 694 en 2013) et en Allemagne (1 432 en 2007, 934 en 2013).

L'adoption internationale en France, Rapport annuel 2013, [www.diplomatie.gouv.fr](http://www.diplomatie.gouv.fr)

<sup>182</sup> Article 370-3 du Code civil « Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ». P. SALVAGE-GEREST, Adoption internationale : halte à la présomption irréfragable de vice du consentement parental. Réflexions sur l'article 370-3, du Code civil : *Dr. Famille* 2007, étude 8 ; S. GODECHOT-PATRIS, L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdiction. Perspective de droit international privé in *Mélanges Marie-Stéphane PAYET*, Dalloz 2011, 293.

ensuite reconnu dans le pays des adoptants, ou bien ils sollicitent directement des tribunaux de leur pays afin d'obtenir le prononcé de l'adoption. La première possibilité sera traitée ultérieurement, avec la conversion des jugements étrangers<sup>183</sup>, tandis que la seconde intéressera immédiatement avec notamment la question de la loi applicable à ce type de situation et celle de ses conséquences pour les parents biologiques, les parents adoptifs, et l'enfant ; notamment dans le cadre de l'adoption plénière qui a pour conséquence l'irrévocabilité de l'adoption. En effet, dans certains cas les parents adoptifs souhaitent faire prononcer une adoption plénière à l'égard d'enfants issus de pays qui ne connaissent pas cette forme d'adoption.

65. Il faut donc trouver un équilibre entre la protection de la volonté des parents biologiques (I), et les conditions de remise du consentement des futurs parents (II).

---

<sup>183</sup> *Infra n° 449 et s.*

## **I. LE CONSENTEMENT A L'ADOPTION DES PARENTS BIOLOGIQUES**

66. Cette partie ne traite que du droit français. En effet, l'étude de la législation française nous permet de comprendre pourquoi les candidats se tournent vers la maternité pour autrui.

En matière d'adoption internationale, le droit a pour principal objectif la protection du consentement des parents biologiques, même si l'évolution du droit français a permis d'aboutir à la loi du 6 février 2001 qui a consacré le choix de la loi de l'adoptant (A). La loi de l'adopté reste compétente pour les seules conditions inhérentes à la représentation légale de l'enfant et donc l'expression de son consentement afin de limiter les risques de vices du consentement (B).

### **A. L'EXPRESSION DU CONSENTEMENT DES PARENTS BIOLOGIQUES**

67. La législation française sur l'adoption internationale est le fruit d'une longue évolution, aussi bien jurisprudentielle que législative. En matière d'adoption internationale, le principal problème de droit est la détermination de la loi applicable. En effet, de la loi compétente dépendent non seulement les conditions de fond et de forme, mais aussi l'importance laissée à la volonté des parents biologiques. Faut-il appliquer la loi de l'adoptant et celle de l'adopté de manière distributive, ou seulement la loi des adoptants, ou la loi de l'adopté ?

L'application de la seule loi de l'adoptant est peu respectueuse de la volonté des parents biologiques et est contraire à l'expression d'un consentement libre et éclairé. En effet, comment donner un consentement libre et éclairé lorsque celui-ci est soumis à une législation étrangère ? D'autant plus que la réalité de l'adoption internationale est généralement celle d'enfants issus de pays pauvres adoptés par des personnes issues de pays dits développés. Aussi comment l'adopté pourrait-il prendre connaissance, ou aurait même les moyens de connaître et comprendre les conséquences d'une loi étrangère ?

L'application de la seule loi de l'adoptant n'est pas équitable et met en péril l'objectif d'un consentement éclairé à l'abandon de l'enfant.

68. L'article 370-3 du Code civil prévoit la loi applicable aux conditions de l'expression du consentement des parents biologiques dans le cadre d'une adoption internationale. Cet article est issu de la loi du 6 février 2001, elle-même le fruit d'une longue évolution jurisprudentielle.

Avant que la Cour de cassation ne se prononce sur la question de la loi applicable aux conditions et aux effets de l'adoption internationale, les juges du fond ont été amenés à rendre des solutions *in concreto*<sup>184</sup>. C'est finalement à propos d'un litige portant sur la question de la loi applicable dans le cadre d'une adoption internationale, que la Cour de cassation a rendu un premier arrêt le 7 novembre 1984<sup>185</sup>. En l'espèce, un jugement rendu par un tribunal grec du 16 novembre 1979 a prononcé l'adoption d'un enfant grec par une Française. Celle-ci souhaitait que les tribunaux français prononcent une adoption plénière, au lieu de demander la reconnaissance de la filiation. Elle fut déboutée en première instance, par application des articles 347 et suivants du Code civil. En effet, pour que l'enfant soit adoptable, il faut que la mère ait donné son consentement pour une adoption ayant les effets de l'adoption plénière française. Or, la législation grecque ne connaît pas de forme d'adoption rompant définitivement les liens avec les parents par le sang. Ainsi, le consentement donné par la mère, sans aucune précision sur son objet, n'entraîne pas une rupture irréversible. La Cour de cassation a décidé que « les conditions comme les effets de l'adoption sont régis lorsque l'adoption est demandée par

---

<sup>184</sup> TGI Avesnes-sur-Helpe, 21 mars 1975, *Rev. Crit. DIP* 1975. 623, note P. LAGARDE ; TGI Paris, 15 déc. 1975, *Rev. Crit. DIP* 1976. 728, note Y. LEQUETTE ; et en des termes qui annoncent l'arrêt *Torlet* : CA Paris, 8 déc. 1977, *Rev. crit. DIP* 1978. 684, note J. FOYER, *D.* 1978. 835, note E. POISSON.

Plusieurs possibilités furent évoquées, comme l'idée de ne retenir que la loi de l'adopté, ou celle des adoptants. La compétence de la loi nationale de l'enfant se fondait sur l'idée que celui-ci est le principal intéressé, mais elle ne correspondait pas à la loi du pays dans lequel il vivrait plus tard. L'hypothèse de la seule loi des adoptants répondait à l'idée que l'adoption a pour effet de faire entrer l'enfant dans la famille de ceux qui l'adoptent et permettait l'unité de loi applicable à l'établissement et aux effets de l'adoption. Mais cette proposition n'était pas recevable puisqu'elle ne prenait en compte que les intérêts des parents adoptifs, ignorant totalement ceux des parents biologiques.

<sup>185</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 1984, *Defrénois* 1984, art. 33781, n°80, note MASSIP ; *JDI* 1985, *Rev. Crit. DIP* 1989. 533, 1<sup>ère</sup> esp., note M. SIMON-DEPITRE, *JDI* 1985. 434, note H. GAUDEMET-TALLON, *D.* 1985.459, note E. POISSON-DROCOURT, *Defrénois* 1990. 961, obs. J. MASSIP, *Grands arrêts*, Dalloz, n°66, p.623, obs. B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

une seule personne, par la loi nationale de celle-ci, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté ; [...] lorsque le consentement à l'adoption par un français d'un enfant étranger ne précise pas en considération de quel type d'adoption il a été donné, ce consentement vaut pour l'une ou l'autre des formes d'adoption que connaît le droit français ; [...] dès lors en statuant comme elle l'a fait, au motif que, compte tenu des effets de l'adoption tels que prévus par la loi grecque, le consentement de la mère n'avait pu être donné à une adoption plénière, la juridiction du second degré a violé les textes susvisés ». La Cour estimait alors que la loi de l'adopté devait seulement déterminer les conditions du consentement ou de sa représentation. Elle avait vocation à s'appliquer aux conditions de remise du consentement à l'adoption et plus largement à celles de son représentant légal<sup>186</sup>. La loi déterminait la forme du consentement, et les personnes compétentes pour le donner<sup>187</sup>. Pour autant, cette solution ne semblait pas adaptée. Puisque, dans l'hypothèse d'une adoption par un couple de nationalité différente, le juge appliquait la jurisprudence *Rivière*<sup>188</sup> et la loi du domicile conjugal.

69. La solution de l'arrêt *Torlet* a également rapidement montré ses limites, notamment lorsque la loi étrangère de l'adopté ne connaissait aucune forme française d'adoption, ou l'interdit<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> Cette solution était retenue par les juges du fond avant 1984 : E. POISSON-DROCOURT, *Rev. crit. DIP* 1970. 203 ; TGI Beauvais, 12 oct. 1972, *Rev. crit. DIP* 1973. 703, note J. FOYER, CA Paris, 11 juill. 1975, *D.* 1976. 682, note E. POISSON-DROCOURT, *Rép. Commaille* 1976. 321, obs. G. DROZ, *Rev. crit. DIP* 1976. 695, note J. FOYER.

<sup>187</sup> P. BOUREL, H. MUIR WATT, E. GALLANT, *J-Cl. Dr. Int. V. Adoption, Conflits de loi*, fasc. 548-4.

<sup>188</sup> Civ. 1re, 17 avril 1953, *Rivière*, *JDI* 1953.860 ; *JCP* 1953II7863.

<sup>189</sup> J. FOYER, *Rép. Dr. int.*, Adoption, n° 119-130. Le caractère elliptique des attendus de l'arrêt du 7 novembre 1984 a suscité plusieurs interrogations. La première difficulté qu'a eu à résoudre la jurisprudence a été celle de la loi applicable à une adoption demandée par deux époux. Pour les adoptions internes en revanche, il est courant qu'une personne demande à adopter l'enfant de son conjoint (Paris, 31 mars 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 314, note MUIR WATT). Lorsque les deux adoptants sont de même nationalité, la solution *Torlet* s'applique sans difficulté. Lorsque les époux sont de nationalité différente, ce qui est plus rare, la solution a été tout naturellement recherchée dans la jurisprudence *Rivière*. Ainsi, à défaut de nationalité commune, les juges appliquent la loi de leur domicile commun (en ce sens Paris, 8 déc. 1977, *D.* 1978. 235, note POISSON-DROCOURT ; *Rev. crit. DIP* 1978. 684) ; la décision rendue avant l'arrêt *Torlet* n'est pas remise en cause par celui-ci dans la mesure où la Cour désignait comme rattachement de principe la loi des adoptants. Cette solution a recueilli la faveur de la grande majorité de la doctrine (H.

Sur ce point, la Cour de cassation a rendu le 31 janvier 1990 l'arrêt *Pistre*<sup>190</sup> selon lequel le consentement à l'adoption doit être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté. Le juge français doit s'attacher à la volonté, expresse ou présumée, de la personne qui a consenti. En l'espèce, un juge avait déchu une mère de l'autorité parentale sur son enfant « en situation irrégulière », puis il avait autorisé des époux français à procéder à l'adoption simple de cet enfant réalisé par un

---

BATTIFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. 2, 7e éd., 1983, LGDJ, n° 146 ; HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 1987, Masson, n° 1272 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 6e éd., 1998, Domat, Montchrestien, n° 62 ; Y. LOUSSOUARN ET P. BOUREL, *Droit international privé*, 6e éd., 1999, Dalloz, p. 425, n° 359 ; B. AUDIT, *op. cit.*, p. 620, n° 731 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 65-67, p. 625 s ; M. SIMON-DEPITRE, *op. cit. Rev. crit. DIP* 1985.533, spéc. p. 538). L'adoption est donc prononcée conformément à la loi du pays dans lequel, en cas de nationalité différente, vivent les adoptants et où vivra l'enfant. C'est la solution retenue par l'article 370-3.

La deuxième critique que l'on a pu apporter à l'arrêt *Torlet* est de déterminer comment répartir entre la loi de l'adoptant (ou des adoptants) et celle de l'adopté les différentes questions dont le classement n'apparaît pas clairement. L'arrêt *Torlet* assigne à la loi des adoptants un domaine de principe qui n'est limité qu'exceptionnellement au profit de la loi de l'adopté.

Une autre incertitude est également apparue à la lecture de l'arrêt *Torlet* sur le contenu même du consentement à l'adoption. Selon une interprétation littérale tendant à limiter le domaine de la loi de l'adopté, certaines décisions avaient estimé que celle-ci ne s'appliquait qu'aux seules questions de l'existence, des modalités et des formes du consentement, la loi de l'adoptant déterminant l'objet et le contenu du consentement, c'est-à-dire le type d'adoption demandée (P. BOUREL, H. MUIR WATT, S. GALLANT, *Conflits de lois, op. cit.*, fasc. 548-3, n° 65). De manière très nette la cour d'appel de Paris (12 juill. 1991, *Rev. crit. DIP* 1992. 309, note H. MUIR WATT) a affirmé que, « si la forme du consentement à l'adoption est régie par la loi nationale de l'adopté, le contenu et la portée de ce consentement - savoir, en présence d'adoptants français, si ce consentement a été donné pour une adoption simple ou une adoption plénière - doivent être appréciés, indépendamment de la loi nationale de l'adopté, au regard de la volonté [...] de la personne qui a donné le consentement » (Paris, 10 juin 1997, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1997. 705, spéc. p. 707, note H. MUIR WATT ; TGI Paris, 5 janv. 1994, *Rev. crit. DIP* 1994. 529, note E. POISSON-DROCOURT et RANGEL ; Paris, 19 sept. 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 112, note H. MUIR WATT). Ceci témoignait bien des difficultés d'application de l'arrêt *Torlet* (V., dès l'origine, les réserves de M. SIMON-DEPITRE, *op. cit. Rev. crit. DIP* 1985. 533, et de H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit. JDI* 1985. 440). En effet, outre le fait de vider pratiquement de son contenu la compétence de la loi de l'adopté, il était paradoxal de dissocier deux opérations intellectuelles aussi intimement liées entre elles. Devant ces critiques, la Cour de cassation a très rapidement opéré un revirement de jurisprudence.

<sup>190</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 31 janvier 1990, *Pistre*, *Rev. crit. DIP* 1990 p. 519 note E. POISSON-DROCOURT, *JCP* 1991-II-21635 note H. MUIR WATT, *Rép. Defrénois* 1990 p. 961 obs. MASSIP, *Grands arrêts de la jurisprudence de Droit international privé*, Dalloz 2005 n° 65-66 p. 516.

notaire brésilien. Les adoptants français avaient saisi le tribunal de grande instance de leur domicile d'une requête en adoption plénière de l'enfant. Les juges de première instance ainsi que la Cour d'appel de Toulouse les avaient débouté aux motifs que le juge brésilien avait prononcé une adoption simple. La Cour de cassation avait estimé que « si le contenu même du consentement – savoir s'il a été donné en vue d'une adoption simple ou d'une adoption plénière- doit être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté, le juge français devant s'attacher à la volonté, expresse ou présumée, de la personne qui a consenti, il reste qu'en l'espèce les juges du fond relèvent que le consentement a été spécialement donné par l'autorité brésilienne compétente en vue d'une adoption simple ; [...] les dispositions de la loi brésilienne qui prohibent l'adoption d'un enfant, en forme plénière, par un étranger lorsque cet étranger ne réside pas au Brésil et qui repose sur le souci de ne pas couper complètement l'enfant de ses racines, ne sont contraires ni à la conception française de l'ordre public international, ni aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni à celles du Pacte internationale des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques[...] ». La Cour avait détaché l'analyse du consentement à l'adoption de la loi nationale de l'adopté. Cette décision signifiait que les conditions comme les effets de l'adoption sont régies par la loi nationale de l'adoptant, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté.

Cette décision a été complétée par l'arrêt *Fanthou*<sup>191</sup>. En l'espèce, il s'agissait de l'adoption d'un enfant marocain par des époux français, convertis à l'islam, par cet arrêt la cour apporta des précisions supplémentaires à la solution *Pistre*. « Deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas ou prohibe cette institution, à la condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption, et, en particulier, dans le cas d'adoption en forme plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et sa famille par le sang ou les autorités de tutelle de son pays d'origine ». Ainsi il était exigé non pas un consentement simple, mais un consentement éclairé.

---

<sup>191</sup> Cass 1<sup>ère</sup> civ. 10 mai 1995, *JDI* 1995. 625, note F. MONÉGER, *Rev. crit. DIP* 1995. 547, note H. MUIR WATT, *D.* 1995. 544, note V. LARRIBAU-TERNEYRE, *D.* 1995, IR 133, *Deffrénois* 1996, p.22, obs. J. MASSIP ; *Grands arrêts de la jurisprudence de Droit international privé*, Dalloz 2005, n°69, p. 625, obs. B. ANCEL et Y. LEQUETTE).

70. Malgré les tentatives jurisprudentielles pour trouver une solution à la question de la loi applicable en matière d'adoption internationale, le législateur a jugé nécessaire d'adopter une nouvelle loi<sup>192</sup>, la loi du 6 février 2001<sup>193</sup>. Cette loi a tranché en faveur de la compétence de principe de la loi nationale des adoptants et lorsqu'il s'agit d'un couple de nationalité différente, de la loi de résidence de ce couple<sup>194</sup>. En effet,

---

<sup>192</sup> Elle fut tout d'abord précédée par la circulaire du 16 février 1999. Celle-ci prévoyait que « l'adoption n'est pas possible lorsque [la] loi [de l'enfant] interdit l'adoption ». Elle ajouterait très logiquement que : « Compte tenu de la prohibition qu'elle pose, la loi étrangère ne comporte [...] aucune désignation des personnes habilitées à consentir, ni des formes selon lesquelles le consentement doit être recueilli ». Cette mesure, même si elle a soulevé de nombreuses critiques (M. REVILLARD, « L'adoption internationale à la suite de la circulaire du 16 février 1999 », *Defrénois* 1999.917 et s, spéc. 923 ; P. SALVAGE-GEREST, « La circulaire "Guigou" du 16 février 1999 : Quelles perspectives pour l'adoption internationale ? », *Dr. Fam.* Sept. 1999 p.4 et s. ; et surtout H. MUIR-WATT, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1999. 469 et s.), est sans doute la plus respectueuse du droit des adoptés.

<sup>193</sup> I. BARRIERE-BROUSSE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *RRJ* 2001. 1299 ; M-O BAUR, « Les derniers développements de l'adoption internationale », *LPA* n°62, 28 mars 2001, p. 42 et s. ; F. BOULANGER, « Une réforme médiatique, mais porteuse de controverses : la codification de l'adoption internationale (Présentation de la loi du 6 févr. 2001) », *D.* 2001, chron. 708 et s. ; du même auteur, « La codification des règles conflictuelles en matière d'adoption internationale », *Dr. et Patrimoine*, nov. 2001, p.44 et s. ; B. BOURDELOIS, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du code civil », *Gaz. Pal.* 2001. 1926. ; M. JOSSELIN-GALL, « Adoption internationale : changement de logique », *JCP*, éd. N, 2002. 1255 ; P. LAGARDE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *Rev. crit. DIP* 2002. 275 et s. ; M-C LE BOURSICOT, « Commentaire de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *AJ famille* 1/2002, p. 21 et s. ; F. MONEGER, « L'adoption internationale entre dans le code civil. Loi n°2001-111 du 6 février 2001 », *JCP* 2001, n°10, p. 469 ; du même auteur, « L'adoption internationale après la loi du 6 février 2001 », *Dr. Fam.* Juill-août 2001, chron. 15, p. 4 et s. ; du même auteur, « Le nom de l'enfant et l'adoption internationale, interrogations autour des nouveaux articles 357-1 et 363-1 du code civil », *JDI* 2002. 1017 et s. ; A. MORENO, « Suite inachevée de la réforme de l'adoption internationale », *Déc.* N° 2002-575 du 18 avr. 2002, *JCP* 2002, Actualité 269, n°24 ; H. MUIR WATT, « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *JDI* 2001. 995 ; E. POISSON-DROCOURT, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », *D.* 2001, chron. 1404 et s. ; du même auteur, « Du nouveau en matière d'adoption : le décret n°2002-575 du 18 avril 2002 », *D.* 2003, chron. 295. ; M. REVILLARD, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *Defrénois* 2001. 333 et s.

<sup>194</sup> Les considérations d'ordre public font obstacle encore au prononcé ou à la reconnaissance d'adoptions au profit d'un couple non marié. V. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, 7

l'article 370-3 du Code civil dispose que « les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de l'union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe »<sup>195</sup>.

La loi du 6 février 2001 opte donc pour la loi de l'adoptant, ce qui dissocie la loi applicable aux conditions et aux effets de l'adoption et privilégie la loi française avec toutefois une survie pour les effets de l'adoption qui ne font pas l'objet d'un rattachement particulier<sup>196</sup>. Cependant, cela ne remet pas en question les règles de conflits applicables aux questions de succession, d'obligation alimentaire<sup>197</sup>, de l'autorité parentale<sup>198</sup> ou

---

e éd., Dalloz, 2001, n° 360 à 360-7 ; J. FOYER, *Rép. Drt intern.*, Adoption, n° 103 et s. Le législateur a retenu sans nul doute la règle de conflit jurisprudentielle désignant la loi des effets du mariage (Calquée sur la jurisprudence *Rivière* (B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts*, n° 20 26), elle désigne la loi nationale commune des époux, à défaut la loi de leur domicile (v. J. FOYER, *op. cit.*, n° 117.) ce qui conduit à la compétence de la loi de leur domicile si les époux sont de nationalité différente.

<sup>195</sup> V. Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 févr. 1961, *Corcos*, *Rev. crit. DIP* 1961. 382, note BATTIFOL. Dans cet arrêt la Cour de cassation avait donné la solution inverse de celle de l'article 370-3 al. 1 du Code civil. En l'espèce, un couple, dont les lois respectives interdisaient le divorce avait été autorisé à divorcer parce que le couple selon l'expression du doyen Battifol, « se rattachait en fait de manière prépondérante aux mœurs, donc à la loi du lieu où ils sont établis ». Cela signifie qu'un couple composé d'un Algérien et d'une Marocaine ne peut adopter un enfant en France, pas plus qu'un couple de Marocains ou d'Algériens, même si la France est leur lieu de résidence habituelle, en raison de l'interdiction à l'adoption imposée par leurs législations. De plus, si l'une des deux lois nationales des candidats à l'adoption est prohibitive, l'adoption est possible. Ainsi, des couples formés d'un Marocain et d'une Française ou d'une algérienne et d'un Belge pourront adopter un enfant s'ils résident en France. Il en est de même pour le couple formé d'une femme marocaine et d'un mari franco-marocain puisque, dans les conflits de nationalité, le droit français ne retient que la nationalité française. Il est vrai que, dans ces différents cas, le risque d'adoptions boiteuses n'est pas écarté. D'autre part Monsieur le Professeur Foyer (V. J. FOYER, *Adoption, Drt.int.*, sept. 2003, préc. 201.) rappelle que selon l'adage *ubi lex non distinguit non debemus distinguere*, on doit penser que si la loi nationale des adoptants se borne à ignorer l'adoption, sans pour autant l'interdire celle-ci est possible. En effet, si une adoption française est demandée dans un pays qui ne connaît pas ce type de filiations, on peut espérer davantage de tolérance de la part de ce pays qui n'existera pas dans un pays qui prohibe l'adoption.

<sup>196</sup> P. LAGARDE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale une opportune clarification », *Rev. crit DIP*, 2001 p. 275.

<sup>197</sup> La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires s'applique aussi en matière d'adoption, V. J. FOYER, *Rép. Dr. int.*, V° Adoption, n°309 et s.

<sup>198</sup> Application de la loi nationale de l'enfant, puisque l'article 3 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs (« Un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'État dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les États contractants ».) est interprété en

même du nom<sup>199</sup>. La loi a pour vocation de régir les questions centrales de la survie des liens avec la famille d'origine et de leur extinction<sup>200</sup>, ainsi que du caractère révocable ou irrévocable de ceux qui s'établissent avec les adoptants et leur famille. D'ailleurs, d'après le professeur Lagarde<sup>201</sup>, il ne faut pas « exagérer le caractère nécessaire » du lien « entre les conditions et les effets de l'institution ». Il explique que cette dissociation est très courante à l'étranger, et donne de nombreux exemples. Il distingue deux catégories d'États, ceux où la dissociation existe de manière très apparente, lorsque deux règles de conflits distinctes sont énoncées pour les conditions et les effets de l'adoption, comme au Portugal<sup>202</sup>, en Grèce<sup>203</sup> ou en Slovénie<sup>204</sup>. Et d'autres, où elle est aussi plus discrète dans

---

France comme une règle de conflit de lois et non comme une simple règle de reconnaissance. La loi applicable sera celle de l'État de résidence habituelle de l'enfant si la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 entre un jour en vigueur (Article 16 : « 1. L'attribution ou l'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant.

2. L'attribution ou l'extinction d'une responsabilité parentale par un accord ou un acte unilatéral, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant au moment où l'accord ou l'acte unilatéral prend effet.

3. La responsabilité parentale existant selon la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant subsiste après le changement de cette résidence habituelle dans un autre État.

4. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, l'attribution de plein droit de la responsabilité parentale à une personne qui n'est pas déjà investie de cette responsabilité est régie par la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle »).

<sup>199</sup> Voir, *LPA*, 28 mars 2001, p. 47. Cependant, le nom est régi par le statut personnel, avec une hésitation, depuis l'arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 7 octobre 1997 (*Rev. crit. DIP*, 1998.72, note P. HAMMJE), entre le statut individuel et le statut familial. La compétence de la loi française au titre de la loi des effets de l'adoption n'aurait lieu d'être que dans la seconde branche de l'alternative. Sur l'ensemble de la question, v. P. HAMMJE, *Rép. Drt. Int.*, V° Nom-Prénom.

<sup>200</sup> Telle que par la conversion de l'adoption simple en adoption plénière.

<sup>201</sup> P. LAGARDE, La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification, *Rev. crit. DIP*, 2001. 275, p. 297 et s.

<sup>202</sup> Articles 60 et 57 du Code civil, réd. Décr.-loi 25 sept. 1977, prévoyant, en cas d'adoption par deux époux de nationalité différente et sans résidence habituelle commune, la loi du pays avec lequel la vie du couple a les liens les plus étroits pour les conditions de l'adoption et la loi nationale de l'adopté pour les effets. V. *Rev. crit. DIP* 1978.598. Adde M. RAMOS, Succession et coexistence d'approche et de procédés au fil du temps : l'adoption en droit international privé portugais, *Private International Law in the International Arena, Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haye, 2000, p. 481 et s.

les droits qui se contentent d'une règle de conflit spéciale pour les conditions de l'adoption, renvoyant pour les effets de celle-ci à la règle de conflit général sur les relations entre parents et enfants, quelle que soit la nature du lien de filiation, c'est le cas en Espagne<sup>205</sup>, en Suisse<sup>206</sup> et en Allemagne<sup>207</sup>. Quant à l'application unilatérale de la loi française, l'auteur rappelle que « Ce qui a déterminé la loi nouvelle à sauter le pas et à soumettre unilatéralement à la loi française les effets de l'adoption prononcée en France, c'est la très grande diversité des effets de l'adoption en droit comparé<sup>208</sup> et la difficulté qu'il y aurait à faire fonctionner en France des adoptions aussi nombreuses. Cette diversité pourrait même être jugée contraire au principe d'égalité, en ce sens que les enfants adoptés selon une loi étrangère et devenus français auraient eu un statut différent

---

<sup>203</sup> V. la loi du 30 déc. 1996, *Rev. crit. DIP*, 1999.617, et les explications de C. PAMBOUKIS (application distributive des lois nationales de l'adopté et des adoptants aux conditions, application en première ligne de la loi nationale des adoptants aux effets).

<sup>204</sup> V. la loi sur le droit international privé et la procédure du 30 juin 1999 (*Rivista di dir. int. priv. e proc.*, 22000.829, en anglais), plus spécialement l'article 46 pour les conditions de l'adoption (application cumulative, semble-t-il, des lois nationales des adoptants et de l'enfant) et l'article 47 pour les effets (en cas de nationalité différente de l'adoptant et de l'adopté, loi de leur résidence habituelle commune).

<sup>205</sup> Application de la loi espagnole aux conditions de l'adoption (article 9.5 du Code civil), application de la loi personnelle de l'enfant et, si elle ne peut être déterminée, de la loi de sa résidence habituelle aux effets (article 9.4).

<sup>206</sup> C'est l'article 77 de la Loi fédérale sur le Droit international privé qui régit les conditions de l'adoption (« Les conditions de l'adoption prononcée en Suisse sont régies par le droit suisse »), mais c'est l'article 82 (« Les relations entre parents et enfants sont régies par le droit de l'État de la résidence habituelle de l'enfant ») qui est considéré comme applicable à ses effets. V. B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2<sup>e</sup> éd., 1997, Art. 82, n°6, p.219 ; A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, t. II, 1992, p. 246.

<sup>207</sup> Loi des effets personnels du mariage des adoptants pour les conditions de l'adoption (article 22 EGBGB), loi de la résidence habituelle de l'enfant pour les relations entre parents et enfants (article 21), avec une hésitation sur l'application possible de la loi désignée par l'article 22 si elle régit aussi les effets de l'adoption (v ; KLINKHARDT, *Münchener Kommentar*, t. 10, 3<sup>e</sup> éd. 1998, ad. Art. 21 nF, n°5, p. 1286.

<sup>208</sup> V. « Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger », de J. H. A. VAN LOON, *Actes et Documents de la XVII<sup>e</sup> session, t. II, Adoption*, p. 10 et s., 60 et s., repris dans « *International Cooperation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption* », du même auteur, *Rec. Cours La Haye*, vol. 244 (1993-VII), p. 195 et s., 267.

de celui des enfants français adoptés en vertu de la loi française<sup>209</sup> ». Cette application unilatérale a également des précédents à l'étranger en matière d'adoption, notamment en Belgique<sup>210</sup>, ainsi qu'en Italie<sup>211</sup>, en Espagne<sup>212</sup> et au Royaume-Uni<sup>213</sup>, mais uniquement pour les conditions de l'adoption.

La position prise par la Cour de cassation n'est pas si éloignée de la position prise dans la loi de 2001 sur le choix de la loi de l'adoptant, puisque la compétence donnée par la Cour de cassation à la loi des adoptants conduit presque toujours à la loi

---

<sup>209</sup> L'observation a été faite en Allemagne, v. A. FUCHS, « Auslandsadoptionen vor inländischen Gerichten », *IPRax*, 2001.116, 118, citant MAGNUS : « A côté des enfants adoptifs allemands normaux, il ne doit pas y avoir d'enfants adoptifs allemands au rabais » (traduction libre).

<sup>210</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, Droit positif belge, 2<sup>e</sup> éd., 1993 n°11117. Les auteurs indiquent que l'article 344 ter du Code civil belge, qui soumet à la loi belge les effets de l'adoption réalisée en Belgique d'un adopté alors âgé d'au moins quinze ans ; sur ce texte VERWILGHEN, CARLIER et autres, *L'adoption internationale en droit belge*, Bruxelles, 1991, n°60 et s., p.81, qui signalent des difficultés de mise en œuvre de ce rattachement pour la transmission des titres de noblesse.

<sup>211</sup> L'article 38 de la loi du 31 mai 1995 (*Rev. crit. DIP*, 1996.174 et s.), après avoir soumis à la loi personnelle des adoptants « les conditions, la constitution et la révocation de l'adoption », ajoute : « Toutefois le droit italien s'applique lorsque l'adoption tendant à attribuer à un mineur l'état d'enfant légitime est demandée au juge italien ». Sur cette disposition, qui soumet donc à la loi italienne l'adoption plénière demandée au juge italien, v. P. PICONE, *La riforma italiano del diritto internazionale privato*, 1998, p. 463 et s., qui y voit une illustration délibérée de la « méthode de l'application généralisée de la *lex fori* », sur laquelle v., du même auteur, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *Cours général de droit international privé, Rec. Cours La Haye*, t. 296 (1999), p. 143 et s. ; V. aussi R. CAFARI PANICO, in *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, Riv. Di dir. int. pr. e. proc.*, 1995.1098 et s. ; M. FRANCHI, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, sous la direction de S. BARIATTI, *Le nuove leggi civili commentate, anno XIX*, sept-déc. 1996, ad art. 38., p. 1202 et s. spéc. 1207.

<sup>212</sup> L'article 9.5 du Code civil espagnol soumet l'adoption demandée à un juge espagnol à la loi espagnole, sauf à respecter la loi nationale de l'adopté sur les questions de consentement et de capacité, s'il ne réside pas en Espagne ou si, y résidant, il n'acquiert pas du fait de l'adoption la nationalité espagnole. V. F. ROZAS et S. LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1999, n°462.

<sup>213</sup> V. DICEY-MORRIS, *The Conflict of Laws*, 13<sup>e</sup> éd., 2000, *rule* 103, p. 889, indiquant que lorsqu'un tribunal anglais a compétence pour prononcer une adoption, il applique le droit anglais.

française<sup>214</sup> et que « sous le couvert d'une règle neutre se dissimule une solution qui favorise la réalisation des adoptions souhaitées »<sup>215</sup>.

71. La diversité des effets de l'adoption en droit comparé<sup>216</sup> et la difficulté qu'il y aurait à faire fonctionner en France des adoptions aussi nombreuses, a été un des arguments principaux pour créer cette nouvelle loi et choisir la loi de l'adoptant<sup>217</sup>. Cette diversité pourrait être jugée contraire au principe d'égalité<sup>218</sup> dans la mesure où les enfants adoptés selon une loi étrangère, et devenus français, auraient un statut différent de celui des enfants français adoptés en vertu de la loi française<sup>219</sup>. La loi française détermine donc les conditions de l'adoption, ce qui entraîne une unité dans l'ensemble des adoptions prononcées en France qui sont toutes soumises à la loi française. Cette mesure évite au juge d'avoir à opposer l'ordre public à des lois étrangères trop souples qui admettraient une simple révocation *ad nutum* ou selon des conditions insuffisantes<sup>220</sup>. Cela permet de garantir la sécurité juridique, puisque la loi française régira les conditions de révocation de toutes les adoptions prononcées en France.

72. Le choix de la loi de l'adoptant entraîne des difficultés liées à l'impossibilité des parents biologiques de connaître des conséquences de leur consentement à l'adoption. C'est l'alinéa 3 de l'article 370-3 du Code civil qui y remédie par la mise en place d'une règle d'ordre matériel.

De plus, comment s'assurer que le consentement ait été donné librement et qu'il a été suffisamment éclairé ? Le juge doit s'assurer que le consentement répond aux

---

<sup>214</sup> V. par ex. pour une révocation d'adoption, Paris, 11 juillet 1975 (2<sup>e</sup> arrêt), *Rev. crit. DIP*, 1976.700, note J. FOYER.

<sup>215</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts*, 3<sup>e</sup> éd., p.522. La circulaire du 16 février 1999 dit en substance la même chose. (§ 1.2.1.1).

<sup>216</sup> V. notamment Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger, H. VAN LOON, *Actes et Documents de la XVIIe session*, t. II, Adoption, p. 10 et s., 60 et s., repris dans *International Cooperation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption*, du même auteur, *Rec. Cours La Haye*, vol. 244 (1993-VII), p. 195 et s., 267.

<sup>217</sup> S. GODECHOT-PATRIS, *JCl. Dnt int.*, V. Adoption. Conflit de lois, fasc. n° 548-30.

<sup>218</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*

<sup>219</sup> L'observation a été faite en Allemagne, v. A. FUCHS, « Auslandsadoptionen vor inländischen Gerichten », *IPRax*, 2001.116, 118, citant MAGNUS : « A côté des enfants adoptifs allemands normaux, il ne doit pas y avoir d'enfants adoptifs allemands au rabais » (traduction libre).

<sup>220</sup> Comme par exemple une révocation de l'adoption pour déficience psychologique ou handicap physique.

dispositions de l'article 370-3 alinéa 3 du Code civil<sup>221</sup>. Ainsi, « le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation » préexistant. Tout comme pour l'adoption interne, le consentement requis doit être libre, obtenu sans contrepartie, éclairé sur les conséquences de l'adoption, notamment lorsqu'il s'agit de l'adoption plénière, et donné après la naissance de l'enfant afin d'éviter les contrats de maternité pour autrui. Selon l'alinéa 1 de l'article 370-3 du Code civil, il faut le consentement du représentant légal du mineur. C'est la loi de l'adopté qui détermine les règles de représentation légale de l'adopté, mesure qui est plus respectueuse des législations étrangères.

En ce qui concerne le contenu même du consentement, l'article 370-3 est assez vague. Madame Bourdelois<sup>222</sup> explique qu'il s'agit d'une règle matérielle qui a un effet extraterritorial, dans la mesure où elle s'impose à un consentement donné à l'étranger. Le législateur a fondé son raisonnement sur les arrêts *Moreau* et *Fanthou*<sup>223</sup>. Selon ceux-ci, le juge doit s'assurer que le consentement répond aux règles imposées par le droit français, et qu'il a été, dans la mesure du possible, donné sans aucune contrainte ou pression sur le représentant<sup>224</sup>.

---

<sup>221</sup> « Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ».

<sup>222</sup> Y. LOUSSOUARN et B. BOURDELOIS, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 ) 370-5 du code civil », *Gaz. Pal.* 2001.1931.

<sup>223</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 1<sup>er</sup> juin 1994 *Moreau* (*Rev. crit. D.I.P.* 1994. 654, note H. MUIR WATT, *Gaz. Pal.*, Rec. 1994, panor. Cass., p. 177 [943167]): « en matière d'adoption internationale, le juge doit vérifier que le consentement donné par l'adopté ou son représentant l'a été en pleine connaissance de cause des effets attachés par la loi française à cette institution et, en particulier dans le cas d'adoption plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens qui unissaient l'enfant à sa famille par le sang[...] ». *Adde*, arrêt *Fanthou*, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 1995, *Gaz. Pal.*, Rec. 1995, panor. Cass., p. 163 [952367], *Rev. crit. D.I.P.*, 1995. 548, note H. MUIR-WATT ; voir également, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 octobre 2000, *Gaz. Pal.*, Rec. 2000, somm. p. 2676 [005152], *Bull. civ. I*, n° 229, p. 151.

<sup>224</sup> Les pratiques pour forcer une mère en situation de dépendance à abandonner son enfant sont malheureusement connues en raison de leur caractère courant et aucune précaution formelle ne saurait les prévenir puisque les intermédiaires, parfaitement informés, prennent le soin de faire signer un document répondant aux exigences du pays d'accueil. Voir, à ce sujet, les étonnantes (et scandaleuses) annonces citées

En ce qui concerne la forme du consentement, bien que l'écrit soit toujours préférable pour des raisons de preuve<sup>225</sup>, aucune obligation ne s'impose. Seule la qualité du consentement importe et non l'acte par lequel il est constaté<sup>226</sup>. La solution de ne retenir que le fond de l'acte de consentement et non une éventuelle forme déterminée s'explique par la jurisprudence de l'arrêt *Moreau*. En l'espèce, le consentement avait été donné dans des actes « dressés en application de la loi étrangère », sans que les auteurs ne soient d'accord sur la règle de conflit applicable, loi nationale de l'adopté<sup>227</sup> ou loi locale<sup>228</sup>, et que les faits de l'espèce ne permettent de trancher la question<sup>229</sup>. La liberté de forme du consentement simplifie également l'hypothèse dans laquelle le pays d'origine de l'enfant ignore l'adoption et n'aurait prévu aucune forme particulière pour l'expression du consentement. Une telle solution réduit le champ d'application de la loi nationale de l'adopté, et ne lui laisse que les règles relatives à la représentation de l'adopté. Madame Bourdelois<sup>230</sup> parle alors d'un « consentement sans loi » qui serait dû à la présentation formelle de l'article 370-3 du Code civil qui cantonne l'intervention de la loi de l'adopté à la seule possibilité d'empêcher le prononcé de l'adoption.

La difficulté principale pour le juge va maintenant être de s'assurer du caractère libre et éclairé du consentement.

---

dans Le Figaro du 6 août 2001 (p. 1 et 2) parues sur des sites Internet proposant des enfants à adopter en provenance du Guatemala : « Eduardo, né le ... au Guatemala. Bonne santé. Testé hépatite B et sida. 120 000 francs, comprenant tous les frais y compris le voyage ». Selon cet article, les enfants handicapés seraient même soldés : « Ermelinda, née le ... au Guatemala. Microcéphale. Forte réduction possible ».

<sup>225</sup> À défaut, il faudrait que le juge français puisse entendre le représentant sous peine de ne pas être en mesure de remplir l'office que lui dévolue la loi.

<sup>226</sup> On ne peut nier que certaines formes laisseront davantage présumer que d'autres de la régularité et de la sincérité de la démarche du représentant (ex : un acte notarié), mais le juge doit avoir toute latitude pour forger son opinion à ce sujet.

<sup>227</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, n°10, p. 289, citant également en ce sens l'analyse du gouvernement.

<sup>228</sup> E. POISSON-DROCOURT, *op. cit.*, p. 1405, selon l'auteur la règle *locus regit actum* serait ici impérative comme en matière de mariage, ce qui poserait de grandes difficultés quand cette loi ignore l'adoption.

<sup>229</sup> La Convention de La Haye ne prend pas non plus parti en se bornant à préciser que le consentement doit avoir été donné « dans les formes légales requises ».

<sup>230</sup> B. BOURDELOIS, *op. cit.*, spéc. p. 1931.

## B. LES VICES DU CONSENTEMENT

73. La question de l'intégrité du consentement à l'adoption de l'enfant prend toute son ampleur dans la sphère internationale. Eu égard aux difficultés de trouver un enfant adoptable que ce soit ou non par le biais d'intermédiaires, les parents biologiques sont parfois victimes de pression. Or tout comme il l'est prévu pour l'adoption interne, le consentement des parents biologiques doit être, *a fortiori*, libre et éclairé. En effet, comme le souligne Monsieur le professeur Van Dai Do<sup>231</sup>, étant donné les différences de langues et de cultures, il est difficile de s'assurer que le consentement donné est effectivement éclairé sur les conséquences de l'adoption telles que prévues par le droit français. Ce qui ne fait que souligner l'importance de l'information transmise et surtout de sa qualité.

74. La question des vices du consentement chez les parents biologiques est un problème soumis de nombreuses fois aux juridictions françaises. Il relève de l'office du juge de s'assurer que le consentement à l'adoption a été donné sans contrainte, gratuitement, et sans contrepartie. Ces mesures sont particulièrement importantes dans le cas d'adoptions plénières prononcées en France. Aussi, est-il primordial que dans cette hypothèse le représentant légal ait compris les conséquences de ce type d'adoption : c'est-à-dire une rupture complète et irrévocable du lien juridique qui unit l'enfant et la famille d'origine. C'est généralement ce point qui soulève la difficulté de l'adoption plénière dans un contexte international. En effet, cette forme plénière n'existe pas dans tous les États<sup>232</sup> d'où la difficulté pour les parents biologiques de comprendre les conséquences de leur décision. Sachant que si les parents donnent leur consentement à l'adoption, un consentement donné en vue d'une rupture complète et irrévocable avec la famille d'origine permet de prononcer l'adoption plénière, même si la loi de l'adopté ne connaît

---

<sup>231</sup> VAN DAI DO, « Le consentement du représentant légal de l'enfant en matière d'adoption internationale », *Revue Lamy Droit civil*, mars 2005, n°14, p. 58 s.

<sup>232</sup> V. Cass. civ. 1re, 7 nov. 1984, *Rev. crit. DIP* 1985.553, note M. SIMON-DEPITRE, *JDI* 1985.434, note E. POISSON-DROCOURT, *Rép. Defrénois* 1985.1006, obs. J. MASSIP ; *Grands arrêts, op. cit.* : « Ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international, ni aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou à celles du pacte international des Nations-Unies relatif aux droits civils et politiques, les dispositions de la loi brésilienne qui prohibent l'adoption d'un enfant en sa forme plénière par un étranger ne résidant pas au Brésil ».

pas cette forme d'adoption. On opère alors une substitution, aussi appelée transposition<sup>233</sup>. Si à l'inverse l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets prévus par la loi étrangère en application de laquelle elle a été rendue, cette solution ferait coexister différentes formes d'adoption dans l'ordre juridique français et engendrerait une inégalité entre les adoptions ainsi qu'une insécurité juridique. Au lieu de cela, subsiste, assez logiquement, à l'adoption étrangère la catégorie française d'adoption dont elle se rapproche le plus et lui fait produire, en France, les effets attachés par la loi française à ladite catégorie.

75. Le juge a donc la délicate charge de s'assurer que le consentement donné par le représentant légal est libre. Or, comment prouver que le consentement a été donné librement, et que les candidats à l'adoption ou intermédiaires n'ont pas influencé le représentant légal ? Un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 8 mars 2005<sup>234</sup> montre la lutte contre les abus liés à l'adoption internationale, et même de quelques dérapages des juridictions françaises<sup>235</sup>.

En l'espèce, il était question d'une adoption internationale dans laquelle les parents adoptifs étaient suspectés d'avoir forcé le consentement des parents biologiques. La Cour d'appel a refusé de prononcer l'adoption plénière estimant que « rien, parmi les productions de M. et Mme M., ne permet d'affirmer qu'au moment où l'enfant leur a été remis selon le procès-verbal du 17 novembre 1998, la mère de l'enfant se trouvait éclairée sur la nature et les conséquences précises d'une adoption plénière, telle qu'elle est prévue et organisée en droit français, notamment sur le caractère complet et irrévocable de la rupture des liens l'unissant à l'enfant et que la mère ait accepté cette mesure et ses conséquences de façon définitive, certaine et sans réserve ; que l'extrême laconisme et l'ambiguïté des énonciations portées sur les pièces officielles émanant des autorités vietnamiennes interdisent à la cour d'exercer tout contrôle à cet égard, contrôle d'autant plus indispensable que la procédure concerne une mesure d'une particulière gravité et

---

<sup>233</sup> P. LAGARDE, *op. cit* n°16 ; B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., 2013. Pour un autre exemple de substitution voir : H. MUIR WATT, « Adoption internationale : la révocation intervenue à la demande des adoptants ne peut produire effet en France », *Rev. crit. DIP* 2005, 483.

<sup>234</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2005, *Bull. civ.* I, n°120 ; *JCP* 2005. IV. 1864 ; *AJ fam.* 2005, 191, obs. CHENEDE ; *Defrénois* 2005. 1356, note MASSIP ; V. P. MURAT, « Adoption internationale : la difficile sanction des dispositions protectrices du consentement des parents par le sang », *Droit de la famille*, 2005, comm. 98, note sous arrêt.

<sup>235</sup> P. MURAT, *op. cit.*

d'une portée considérable pour la vie et la dignité de l'enfant ; que la remise par les adoptants de la somme, important au Vietnam, de sept cents dollars américains suffit à faire suspecter le caractère loyal et complet des informations livrées à la mère le jour où elle " abandonnait " son enfant ; que le consentement libre et éclairé de cette mère n'ayant pu être recueilli, l'adoption plénière ne peut être prononcée ; que l'intérêt supérieur de l'enfant, évoqué par les adoptants commande que l'adoption plénière ne puisse intervenir qu'avec l'assentiment plein et entier de la mère biologique, cet assentiment ne pouvant, en l'état des productions, s'interpréter qu'en faveur d'une mesure d'adoption simple ». La question posée à la Cour de cassation était celle de la sanction du défaut de consentement parental, au regard des conditions exigées en matière d'adoption internationale par l'article 370-3 du Code civil. La Haute juridiction, dans son arrêt du 8 mars 2005, juge qu'« en statuant ainsi alors qu'il était versé aux débats un acte d'abandon volontaire du 7 octobre 1998 aux termes duquel la mère de l'enfant My Linh déclarait qu'elle avait décidé de " donner définitivement " aux époux M son enfant et s'engageait " à ne pas la réclamer ou créer de difficulté de quelle nature que ce soit " pour lui permettre de bénéficier du " régime d'adoption plénière suivant la loi française " et que son acte d'abandon était " totalement volontaire", la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis du consentement de la mère de l'adopté ». Dans sa décision, la Cour rappelle que les juges ne peuvent pas imposer une adoption simple là où les requérants ont demandé une adoption plénière, qu'ils ne peuvent pas non plus modifier la forme de l'adoption, et pourront seulement prononcer l'adoption ou rejeter la demande. Sur ce fondement, la Cour de cassation sanctionne les juges du fond au visa de l'article 1134 du code civil, pour avoir dénaturé les termes clairs et précis de l'acte d'abandon<sup>236</sup>. De plus dans ce cas, la solution proposée par l'article 1173 du Code de procédure civile est la substitution<sup>237</sup> à la demande d'adoption plénière à une requête en adoption simple<sup>238</sup>. Cette conversion ne peut se faire contre la volonté des adoptants. L'article 1173 du Code de procédure civile

---

<sup>236</sup> V. *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2 : Dalloz, 2000, 11<sup>e</sup> éd., n°160. Cass. 15 avril 1872, sous le visa de l'article 1134 du Code civil, il n'est pas permis aux juges lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme.

<sup>237</sup> H. MUIR WATT, « Adoption internationale : la révocation intervenue à la demande des adoptants ne peut produire effet en France », *Rev. crit. DIP* 2005, 483.

<sup>238</sup> « Le tribunal peut, avec l'accord du requérant, prononcer l'adoption simple, même s'il est saisi d'une requête aux fins d'adoption plénière ».

instaure donc un rapport de force entre le juge et les parents adoptifs qui, s'ils ne souhaitent pas voir l'adoption annulée, devront se plier à la décision des juges et donc consentir à une adoption simple.

En conclusion, le Professeur Murat<sup>239</sup> explique justement que « sans céder à la pression du fait accompli, il faut toutefois ne pas adopter de positions systématiques, plus nuisibles à l'enfant qu'utiles à une moralisation générale de l'adoption internationale qui passe davantage par une bonne organisation des filières que par une restriction a posteriori du prononcé des adoptions sollicitées en France ». L'enfant ne doit pas être la victime des tentatives de moralisation de l'adoption internationale et par là-même otage entre la volonté du juge et la volonté des parents adoptifs.

## **II. LE CONSENTEMENT DES CANDIDATS A L'ADOPTION**

76. Les candidats à l'adoption se tournent vers l'adoption internationale avec l'espoir de trouver rapidement un enfant. Or, si le nombre d'enfants est effectivement supérieur au nombre d'enfants adoptables dans le cadre d'adoption interne, la procédure n'en est pas moins complexe, soumettant notamment le consentement des candidats à un encadrement légal strict identique à celui de l'adoption interne (A). En outre, la Convention de La Haye de 1993 apporte également un cadre à l'expression des consentements afin de protéger les parties aux abus liés au caractère international de cette adoption (B).

---

<sup>239</sup> P. MURAT, *op. cit.*

## A. UNE VOLONTE ENCADREE PAR LA LOI

77. De même que pour l'adoption nationale<sup>240</sup>, les candidats à l'adoption internationale sont soumis à des procédures administrative ou judiciaire tel que l'agrément<sup>241</sup>.

En France, les articles L. 225-1 du Code de l'action sociale et des familles et 353-1 du Code civil prévoient que dans le cas de l'adoption d'un enfant étranger qui n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant, le tribunal vérifie avant de prononcer l'adoption que le ou les requérants ont obtenu l'agrément pour adopter ou en étaient dispensés. L'article 353-1 étend la procédure d'agrément déjà vue supra à l'adoption internationale<sup>242</sup>. Là encore, il s'agit pour la France d'une décision administrative, qui suit les mêmes étapes que l'agrément en vue d'une adoption interne, c'est-à-dire que le demandeur doit constituer un dossier comprenant un extrait de casier judiciaire, un certificat médical attestant que son état de santé et celui de ses proches lui permettent d'accueillir définitivement des enfants et un justificatif pour ses ressources<sup>243</sup>.

78. En droit américain, seuls les citoyens américains peuvent engager une procédure d'adoption internationale. Il faut être jugé admissible à l'adoption en vertu de la loi américaine. C'est le *US Citizenship and Immigration Services*, qui dépend du *Department of Homeland Security* qui rend la décision. La procédure ne peut se poursuivre que si l'*US Citizenship and Immigration Services* estime que l'adoptant est apte à adopter. Aussi, pour être candidat, il faut être un citoyen américain, si le candidat est célibataire il doit avoir au moins vingt-cinq ans et s'il est marié l'adoption doit être conjointe<sup>244</sup>. De même que pour l'agrément demandé pour l'adoption interne il y aura une vérification des antécédents criminels, des empreintes digitales, et une étude du foyer. Le

---

<sup>240</sup> Cela concerne l'hypothèse où l'adopté et l'adoptant sont issus du même pays.

<sup>241</sup> L'article 100-3 du Code civil dispose que l'obtention de l'agrément est nécessaire au prononcé de l'adoption internationale.

<sup>242</sup> La circulaire abrogée du 16 février 1999 estimait que cet agrément a pour objet de contrôler « l'aptitude des requérants à offrir à l'enfant les meilleures chances d'adaptation dans leur foyer préalablement à l'accueil en vue de son adoption ».

<sup>243</sup> Ces conditions ont été confirmées par la Convention de La Haye de 1993.

<sup>244</sup> L'adoption sera conjointe même si les candidats sont séparés mais non divorcés. Le conjoint devra aussi être un citoyen des États-Unis ou avoir un statut juridique aux États-Unis.

candidat doit également répondre aux conditions imposées par le pays d'origine de l'enfant.

Dans le cadre de l'adoption internationale la loi applicable est soit la loi des adoptants, soit la loi de l'adopté, avec une particularité pour les États-Unis, où la loi des résidents est la loi fédérale de la résidence des adoptants. Aux États-Unis, la procédure est très longue. Le temps nécessaire à l'adoption d'un enfant originaire d'un pays étranger pour l'amener aux États-Unis varie considérablement d'un cas à l'autre, puisque cela peut aller de un à quatre ans, et parfois même prendre plus de temps. La durée de la procédure dépend d'un certain nombre de facteurs, telles que les procédures internes aux pays d'origine, l'agence choisie par les adoptants, le processus d'immigration des États-Unis, ainsi que les circonstances spécifiques à l'adoption.

79. Même si pour certains parents l'adoption internationale semble être la solution aux difficultés apportées par le droit interne, à bien y regarder celle-ci est peut-être moins accessible que l'adoption nationale. Aux États-Unis par exemple, le coût des services pour l'adoption internationale peut atteindre jusqu'à 30 000 dollars dans certain cas, même si là encore cela varie également considérablement d'un cas à l'autre<sup>245</sup>. Lorsque l'adoption se fait par le biais d'une agence celle-ci doit préciser aux adoptants tous les coûts associés au projet d'adoption avant la signature du contrat de services d'adoption. Cette mesure est imposée par la loi fédérale dans l'hypothèse où l'enfant est issu d'un État membre de la Convention de La Haye. Là encore on peut y voir une protection des parents adoptifs qui ne s'engagent qu'avec un consentement éclairé, notamment sur les sommes en jeu.

80. L'arrivée de l'enfant sur le sol français ou américain ne repose pas sur la seule volonté des adoptants, mais suppose l'obtention d'un visa pour l'adopté. Celle-ci est de la compétence des autorités diplomatiques et consulaires.

En France le refus d'attribution du visa ne doit pas être motivé<sup>246</sup>, sauf pour « les enfants mineurs ayant fait l'objet, à l'étranger, d'une décision d'adoption plénière au profit de personnes titulaires d'un agrément pour adoption délivré par les autorités

---

<sup>245</sup> [https://www.childwelfare.gov/pubs/s\\_cost/s\\_costs.pdf](https://www.childwelfare.gov/pubs/s_cost/s_costs.pdf)

<sup>246</sup> V. L. n°86-1025 du 9 sept. 1986, art. 16, *D.* 1986.474 ; CE 28 févr. 1986, *Rec. CE*, p. 46 ; B. AUDIT, *op. cit.*, p. 859, n°1027).

françaises »<sup>247</sup>. L'obtention de ce visa permet également de déduire la régularité de la procédure suivie à l'étranger, l'absence de visa faisant présumer de l'inverse<sup>248</sup>. C'est la mission du Service de l'adoption internationale qui donne les instructions nécessaires au Consulat de France dans le pays d'origine de l'enfant en vue de la délivrance d'un visa long séjour<sup>249</sup>.

Aux États-Unis<sup>250</sup>, l'obtention d'un visa pour l'adopté est également une condition de son arrivée dans le pays. Les visas sont délivrés à l'ambassade ou par le consulat des États-Unis dans le pays étranger où réside l'enfant. Afin d'être adoptable et de pouvoir entrer sur le territoire américain, l'enfant doit répondre aux conditions imposées par l'*US Immigration and Nationality Act* et non pas seulement à celles prévues par la législation de son pays d'origine. Pour commencer le processus d'obtention du visa d'immigrant, les futurs parents adoptifs doivent présenter un dossier à l'*US Citizenship and Immigration Services* qui l'examine, l'affaire est ensuite confiée à l'ambassade ou au consulat des États-Unis dans le pays où réside l'enfant. En effet, l'adoption aux États-Unis de tout enfant issu d'un pays étranger nécessite un entretien en vue de l'obtention d'un visa d'immigrant dans une ambassade ou un consulat américain avant de venir résider de façon permanente aux États-Unis. Le processus d'obtention d'un visa est compliqué, c'est pourquoi la plupart du temps les candidats font appel à un avocat ou à une agence. Pour les enfants âgés de moins de 16 ans, l'*US Immigration and Nationality Act* dispose que l'enfant doit avoir été sous la garde légale du candidats à l'adoption et avoir habité à son domicile pendant une période d'au moins deux ans pour faire en faire la demande<sup>251</sup>. Cependant dans la pratique l'exigence de vie commune de deux ans n'est pas toujours possible pour les candidats. Dans ce cas des solutions sont envisagées selon que l'enfant est ou non issu d'un État signataire de la Convention de La Haye<sup>252</sup>.

---

<sup>247</sup> Depuis la loi de du 11 mai 1998 L. n°98-349, l'article 5,1° de l'Ord. n° 45-2658 du 2 nov. 1945 ; D. 1998.173.

<sup>248</sup> Circulaire du 16 février 1999 « L'existence d'un visa délivré sur instructions de la mission permet dans la plupart des cas de présumer la régularité apparente de la procédure suivie à l'étranger ».

<sup>249</sup> La Mission de l'adoption internationale intervient à titre d'auxiliaire des consuls de France à l'étranger (V. Circ. Du 16 févr. 1999, désormais abrogée 1.1.4.).

<sup>250</sup> La Loi sur l'immigration et la nationalité (*INA*), telle que modifiée par la Loi sur l'adoption internationale de 2000 (*IAA*), définit un admissible à l'adoption internationale comme un enfant adopté ainsi que le définit la Convention.

<sup>251</sup> *U.S. Citizenship and Immigration Services* (USCIS) I-130 petition (*Petition for Alien Relative*)

<sup>252</sup> Les enfants issus d'un État membre de la Convention reçoivent certains types de visas.

81. Une fois le visa obtenu, en France comme aux États-Unis la procédure judiciaire peut commencer avec notamment la question de la juridiction compétente. Comme dans les autres domaines relevant du droit international privé on distinguera selon que l'une des parties est de nationalité française ou américaine ou toutes les deux étrangères. Cependant, la possibilité qu'en matière d'adoption les deux parties soient étrangères et que l'adoption se déroule en France ou aux États-Unis est assez peu probable. En effet, la quasi-totalité des adoptions se fait par un adoptant issu de l'un de ces pays envers un adopté étranger.

Selon le droit français, dans cette hypothèse, mais aussi dans celle où l'adopté serait Français, il résulte des articles 14 et 15 du Code civil<sup>253</sup> un privilège de juridictions selon lequel les tribunaux français sont compétents<sup>254</sup> dans le cadre des adoptions internationales engagées par des Français. Cela signifie qu'une adoption peut être prononcée en France lorsque l'adoptant ou l'adopté demeure en France<sup>255</sup>, ou bien lorsque l'un ou l'autre est Français.

De plus, l'article 1166 du Code de procédure civile dispose que « la demande aux fins d'adoption est portée devant le tribunal de grande instance. Le tribunal compétent est : le tribunal du lieu où demeure le requérant lorsque celui-ci demeure en France ;

le tribunal du lieu où demeure la personne dont l'adoption est demandée lorsque le requérant demeure à l'étranger ;

le tribunal choisi en France par le requérant lorsque celui-ci et la personne dont l'adoption est demandée demeurent à l'étranger ». Le dernier alinéa est surprenant

---

IH-3 sont des visas pour les enfants qui sont adoptés dans un pays membre de la Convention de La Haye. Les enfants ayant moins de 18 ans acquièrent automatiquement la citoyenneté américaine lors de leur entrée aux États-Unis avec un visa H-3. Dans de tels cas, l'*US Citizenship and Immigration Services* envoie automatiquement des certificats de citoyenneté sans avoir besoin d'autres démarches.

IH-4 visas sont pour les enfants venant d'un pays membre de la Convention de La Haye et qui sera adopté aux États-Unis. Ils n'acquièrent pas automatiquement la citoyenneté américaine, mais sont des résidents permanents légaux jusqu'à leur adoption complète et définitive.

<sup>253</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 nov. 1985, *Grands arrêts de la jurisprudence française en droit international privé*, Dalloz, n°68, p. 539 et s., obs. B. ANCEL et Y. LEQUETTE. L'article 14 du Code civil qui donne compétence à la juridiction française en raison de la nationalité française du demandeur, n'a lieu de s'appliquer que lorsqu'aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France.

<sup>254</sup> *Infra* n° 333.

<sup>255</sup> Article 1166 Code de procédure civile.

puisqu'il semble cautionner la pratique du *forum shopping* en permettant à tout étranger résidant à l'Étranger de saisir un tribunal français de son choix pour faire prononcer en France l'adoption d'un enfant étranger résidant à l'étranger<sup>256</sup>. En réalité, le choix par le requérant d'un tribunal français ne concerne que l'hypothèse d'un requérant français résidant à l'étranger ou d'un requérant étranger voulant adopter un français, les deux parties résidant habituellement à l'étranger. En effet, l'article 43 du même code dispose que « le lieu où demeure [le requérant] s'entend [...] du lieu où [celui-ci] à son domicile ou, à défaut, sa résidence » et plus précisément de sa résidence « habituelle »<sup>257</sup>. Dans les autres cas, si aucune des parties n'est française ni domiciliée en France, le tribunal français est incompétent pour prononcer l'adoption, et dans ce cas l'adoption sera prononcée à l'étranger.

## B. UNE VOLONTE PROTEGEE PAR LA CONVENTION DE LA HAYE SUR LA PROTECTION DES ENFANTS ET LA COOPERATION EN MATIERE D'ADOPTION INTERNATIONALE

82. La dimension internationale de l'adoption a soulevé des difficultés. En effet, qu'elle se fasse de manière individuelle ou par le biais d'intermédiaires, l'absence de norme homogène a permis le développement d'abus<sup>258</sup>. La Conférence de La Haye a

---

<sup>256</sup> V. Rép. min. n°34632, *JO Sénat* 20 août 1980, *Rev. crit. DIP* 1980.885. Ce dernier alinéa est une erreur de la part du Législateur. En effet, le choix par le requérant d'un tribunal français ne peut être admis que de la part d'un requérant français à l'étranger ou d'un requérant étranger voulant adopter un français, les deux parties ayant leur résidence habituelle en France. Position adoptée par une grande majorité de la doctrine : v. P. BOUREL, H. MUIR WATT, S. GALLANT, *Conflits de juridiction, Convention de La Haye du 29 mai 1993, J-Cl. dr. int.*, fasc. 548-4, n°1 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le droit français dans l'adoption internationale », *RID comp.* 1990. 567 et s., spéc. P.573 ; Y. LEQUETTE, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 nov. 1985, *Rev. crit. DIP* 1986. 712, spéc. P. 716 ; H. MUIR WATT, Rapport au Conseil d'État, dans *Statut et protection de l'enfant, 1991, La Documentation française*, p. 193 et s., note 3.

<sup>257</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le droit français de l'adoption internationale », *RID comp.* 1990. 567 et s., spéc. P.573.

<sup>258</sup> Ceux-ci sont principalement d'ordre financiers ou sous la forme de pressions effectuées sur les parents biologiques pour qu'ils consentent à l'abandon de leur enfant. Cf. *Supra* n° 100

donc mis en place une convention en 1993, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1998 en France<sup>259</sup>, et le 1<sup>er</sup> avril 2008 aux États-Unis. Elle a permis la mise en place de règles permettant d'encadrer les procédures d'adoption internationale. Elle fait notamment une distinction entre les États signataires et non signataires de la Convention. Obligatoire et contraignante selon son article 2, elle s'applique dès lors qu'un projet d'adoption repose sur le déplacement d'un enfant de moins de 18 ans entre deux États signataires. Cette Convention organise une coopération destinée à prévenir tout enlèvement, vente ou traite d'enfants proposés à l'adoption internationale. Cependant, malgré tous les efforts déployés, il arrive que certains cas soient sujets à des pratiques illicites et qu'un enfant à adopter soit obtenu illicitement, même si l'adoption internationale qui s'ensuit s'opère selon des voies légales<sup>260</sup>.

83. Dans l'hypothèse où l'adopté est issu d'un État non signataire<sup>261</sup>, l'adoption se transforme en un véritable parcours du combattant ou comme certains l'appellent « adoption bâton de pèlerin »<sup>262</sup>. Les adoptants décident par leurs propres moyens de trouver un enfant qui correspond à leurs attentes. Cette pratique peut entraîner des risques pour les adoptants, comme le danger de partir « à l'aveuglette »<sup>263</sup> et de rester dans le pays sans pouvoir repartir avec un enfant. L'autre risque est celui d'être victime d'intermédiaires peu scrupuleux qui profitent de la naïveté et du désarroi des adoptants pour leur demander des sommes exagérées afin de mener à bien l'adoption et qui font pression sur les parents biologiques lors de la remise du consentement<sup>264</sup>. Ces pratiques ont été limitées d'une part par la Convention de la Haye, mais aussi par la loi du 6 février 2001 en France.

En effet, la Convention de La Haye de 1993, prévoit la mise en place d'autorités centrales chargées de l'accomplissement de l'ensemble des procédures en vue de

---

<sup>259</sup> Publiée au Journal officiel du 13 septembre 1998 par décret n°98-815 du 11 septembre 1998.

<sup>260</sup> « Document de réflexion : Coopération entre les Autorités centrales afin de développer une approche commune en vue de prévenir et de remédier aux pratiques illicites en matière d'adoption internationale », <http://www.hcch.net/upload/2012discpaper33fr.pdf>.

<sup>261</sup> Ce qui concerne actuellement 31 États.

<sup>262</sup> V. J-F. MATTEI, *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs. L'adoption sans frontière*, rapport au Premier ministre, Paris 1995, *La Documentation française*, p. 87.

<sup>263</sup> J. FOYER, *Rép. int. Dalloz*, Adoption, n° 44, p. 8.

<sup>264</sup> Cf. *Supra* n° 100.

l'adoption, ce qui permet aux États signataires de mieux encadrer les pratiques et d'éviter les dérives<sup>265</sup>.

---

<sup>265</sup> Cf. *Infra* n° 305.

## **CONCLUSION DE SECTION 2**

84. Le problème de la loi compétente dans le cadre d'une adoption internationale a longtemps animé la jurisprudence française. Il a fallu attendre la circulaire de 1999, mais surtout la loi du 6 février 2001 pour que le droit opte en faveur du choix de la loi de l'adoptant. Codifié à l'article 370-3 du Code civil, il a pour objectif l'unité des adoptions internationales en France.

Cependant, soumettre l'adoption internationale à la loi de l'adoptant peut entraîner des incertitudes sur le caractère éclairé du consentement des parents biologiques. En effet, les caractères libres et éclairés de leur consentement ne sont pas toujours respectés. C'est donc au juge qu'incombe la tâche de s'assurer que le consentement donné à l'adoption répond aux critères imposés par le droit français.

85. Le consentement des candidats à l'adoption est là encore très encadré. Ils seront soumis aux mêmes obligations que pour l'adoption en droit interne, à cela près que l'enfant doit obtenir un visa. Si les conditions d'obtention varient entre les États-Unis et la France, pour les deux pays la délivrance du visa par le pays d'origine de l'enfant est un indice sur la licéité de l'adoption.

Une fois ces étapes administratives franchies l'étape judiciaire commence, avec la compétence des tribunaux français pour les candidats à l'adoption résidents en France. Là encore la seule volonté des parties ne suffit pas à l'adoption, celle-ci doit avoir pour conclusion un jugement déclaratif.

Dans la sphère internationale, c'est la Convention de La Haye de 1993 qui a pour vocation de protéger le consentement des parents biologiques, mais aussi les intérêts des candidats à l'adoption.

# CONCLUSION DE CHAPITRE 1

86. Qu'elle soit interne ou internationale, l'adoption est la rencontre de deux volontés. Or, en protégeant ces volontés, qu'il s'agisse de celle des parents biologiques ou des futurs adoptants, le droit les encadre inévitablement.

87. Les parents biologiques doivent ainsi donner un consentement libre et éclairé. Si en matière d'adoption interne, la Cour européenne des Droits de l'Homme a confirmé les dispositions prévues par le droit français quant à l'information délivrée aux parents biologiques, en matière d'adoption internationale le problème est plus délicat. Cette forme d'adoption réunit généralement des adoptants issus de pays occidentaux développés, et des parents biologiques issus de pays beaucoup plus pauvres et qui n'ont pas tous les moyens de comprendre les enjeux de leurs décisions, ou qui n'ont pas la liberté matérielle de refuser l'adoption de leur enfant. Le droit français en choisissant la loi de l'adoptant confirme ces risques puisque la loi française est compétente pour toutes les adoptions internationales engageant des adoptants ayant leur résidence en France. La loi de l'adopté n'est alors compétente que pour les conditions d'expression du consentement du représentant légal.

Le droit international, par l'adoption de la Convention de La Haye de 1993 tente d'éviter tous les abus qui pourraient ressortir de l'inégalité des parties à l'adoption.

88. En France ou aux États-Unis, des mesures ont également été prises en droit interne afin de s'assurer du bon déroulement de l'adoption. Si dans les détails les deux pays ne prévoient pas des mesures identiques, il existe, malgré tout, de nombreuses similitudes comme par exemple l'exigence d'un agrément afin de poursuivre la procédure d'adoption.

89. En conclusion, les candidats à l'adoption sont tentés d'avoir recours à l'adoption internationale afin d'avoir plus de chance de se voir confier un enfant à l'adoption. Mais la procédure est également très complexe. En effet, les États essaient de protéger les intérêts de toutes les parties à l'adoption, ce qui finalement décourage les candidats et pousse certains couples à se tourner vers une autre forme de filiation élective, la maternité pour autrui.

## CHAPITRE 2. LA MATERNITE DE SUBSTITUTION

90. Pratique favorisée par l'évolution médicale, il est maintenant possible que la femme qui accouche ne soit ni la mère biologique, ni la mère légale de l'enfant. Fondée sur une convention, une relation se noue entre un couple qui ne peut pas avoir d'enfant et une mère porteuse qui porte l'enfant le temps de la gestation pour ensuite l'abandonner au profit du couple qui l'a commandé. Une fois l'enfant né, la mère porteuse le remet à l'adoption et la mère intentionnelle engage une procédure d'adoption à son égard.

Cette pratique ne fait pas l'objet d'un consensus entre les différents États, ce qui entraîne une certaine hétérogénéité d'un pays à l'autre. Prenons par exemple le cas de la France qui interdit cette pratique et des États-Unis qui en l'absence de toute législation fédérale laissent sa réglementation aux États fédérés. Relevant de considération tant morale que sociologique, il n'est pas étonnant qu'une telle pratique, à l'instar de l'avortement ou de toute autre pratique touchant directement le corps humain, soit laissée à l'appréciation de chaque législation sans que cela soit réglé de manière supranationale. D'autant plus que cette pratique étant relativement récente, c'est finalement la jurisprudence qui a été la première confrontée à des situations issues d'une convention de maternité pour autrui, rendant nécessaire une loi sur le sujet.

La législation varie selon les droits nationaux. Ainsi, en France la Cour de cassation de 1991<sup>266</sup> a rendu une décision qui a longtemps fait office de référence avant

---

<sup>266</sup> Cass., ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN, *JCP* 1991. II. 21752, communication J. BERNARD, concl. DONTENWILLE, note F. TERRE, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12<sup>e</sup> éd., n° 50 ; sur l'arrêt, v. les réserves de M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les " principes " d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD. civ.* 1992. 489 ; solution reprise par Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1994, *Bull. civ.* I, n° 226, *JCP G* 1995. II. 22362, note J. RUBELLIN-DEVICHI ; 9 décembre 2003, *Bull. civ.* I, n° 252, *D.* 2004. 1998, note E. POISSON-DROCOURT.

que le législateur adopte en 1994<sup>267</sup> une loi qui prohibe la pratique. De même en droit américain, la jurisprudence a également permis de déterminer le fondement selon lequel entre le couple commanditaire et la mère porteuse, et notamment entre la mère porteuse et la mère intentionnelle est le parent légal de l'enfant issu de la convention.

91. En dépit de l'interdiction française des individus profitent de la disparité internationale entre les législations (Section 1) afin de se livrer à un véritable *law shopping*, en ayant recours à des mères porteuses étrangères. Ainsi, une question de droit de la famille se mue en véritable problème de droit international privé, opposant l'ordre public international français et les conventions européennes qui favorisent la reconnaissance des situations valablement formées à l'étranger (Section 2).

---

<sup>267</sup> L. n°94-653, 29 juill. 1994. M. BANDRAC, G. DELAISI de PARSEVAL et V. DEPADT-SEBAG, *D.* 2008. Chron. 434 ; R. CHENDEB, *Deffrénois* 2008. 291 ; S. GODECHOT-PATRIS, *Mélanges Payet, Dalloz*, 2011, p. 293 ; B. HAFTEL, *AJ fam.* 2011. 263 ; M.-C. LE BOURSICOT, *RJPF* 2008-9/31 ; A. MIRKOVIC, *Dr. fam.* 2009. Étude n° 24 ; C. NEIRINCK, *Dr. fam.* 2013, n° 42 ; Circ. 25 janv. 2013 ; A. SÉRIAUX, *D.* 2009. Chron. 1215.

## SECTION 1. LES DROITS NATIONAUX

92. Pour l'heure aucun instrument international ne régleme la question de la maternité pour autrui. Ce sujet tient tellement aux conceptions morales, idéologiques des États, qu'il est difficile de trouver une position commune, ce qui entraîne ainsi une véritable disparité, et de fait une certaine injustice pour ceux qui résident dans les pays qui interdisent la pratique. Ainsi, il est intéressant de s'attarder sur l'exemple des États-Unis, précurseurs en la matière et qui pourtant n'ont adopté aucune position fédérale, et la France, qui prohibe fermement la pratique malgré un véritable débat quant à sa légalisation.

93. C'est aux États-Unis que la pratique telle que nous la connaissons est apparue. En 1988, l'affaire *Baby M*<sup>268</sup> qui est aujourd'hui une référence en la matière a soulevé des questions de filiation jusqu'alors inédites, obligeant le juge, puis le législateur, à déterminer des critères permettant d'identifier qui, de la mère porteuse ou de la mère intentionnelle, était la mère légale de l'enfant.

En France, la première affaire de maternité de substitution est apparue en 1991, permettant ainsi à la Cour de cassation d'affirmer sa position. Le législateur a par la suite confirmé l'interdiction en adoptant la loi de 1994 selon laquelle « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle »<sup>269</sup>, principe d'ordre public aux termes de l'article 16-9 du Code civil.

94. La France et les États-Unis sont donc le reflet de l'hétérogénéité des législations sur cette pratique avec l'admission des mères porteuses par le droit américain (I), face à son interdiction par le droit français (II).

---

<sup>268</sup> *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988)

<sup>269</sup> Article 16-7 du Code civil.

## **I. L'ADMISSION AMERICAINE DE LA PRATIQUE DES MERES PORTEUSES**

95. Aux États-Unis, les juges ont été les premiers confrontés aux problèmes liés aux accords de maternité pour autrui (A). De nombreuses questions ont été soulevées, et notamment celle de la détermination des parents légaux de l'enfant, puisque le principe selon lequel la femme qui accouche est la mère de l'enfant ne tient plus. C'est ainsi que plus tard, avec l'affaire *Johnson c/ Calvert*<sup>270</sup> le critère de la volonté fut retenu (B).

### **A. L'ADMISSION DE LA PRATIQUE DES MERES PORTEUSES PAR LA JURISPRUDENCE**

96. La jurisprudence a été la première à être confrontée aux problèmes soulevés par les accords de mères porteuses. L'affaire dite *Baby M*<sup>271</sup> (1) fut le fer de lance d'une longue évolution législative (2).

#### **1. L'affaire Baby M<sup>272</sup>**

97. L'affaire *Baby M*<sup>273</sup> fait suite à un contrat conclu en février 1985, entre

---

<sup>270</sup> *Johnson v. Calvert* (1993) 5 Cal. 4th 84 [19 Cal. Rptr. 2d 494, 851 P.2d 776].

<sup>271</sup> *In re Baby M*, *op. cit.*

<sup>272</sup> *Ibid.*

<sup>273</sup> V. « Now It's Melissa's Time », *New Jersey Monthly*, 2007

<http://web.archive.org/web/20070526004403>,

<http://www.njmonthly.com/issues/2007/03-Mar/babym.htm>, (26 Mai 2007).

“Twenty years ago, Melissa was known as Baby M. She was the subject of an infamous custody battle between the Sterns and Mary Beth Gould (then Mary Beth Whitehead, of Bricktown). Whitehead had responded to an ad in the Asbury Park Press seeking women willing to help infertile couples have children. The Infertility Center of New York, which had placed the ad, matched her with William and Elizabeth Stern

William Stern et les époux Whitehead. Il stipulait qu'en échange de 10 000 dollars le couple Whitehead était d'accord pour procéder à l'insémination de la femme du couple avec le sperme de William Stern. Une fois enceinte, Madame Whitehead porterait l'enfant jusqu'au terme et, à la naissance, elle renoncerait à ses droits parentaux et remettrait l'enfant à Monsieur Stern, après quoi la femme du couple intentionnel adopterait l'enfant. Le contrat prévoyait également que la famille Stern paierait la somme de 7 500 dollars pour les frais de la *Infertility Clinic of New York* qui devait procéder à l'insémination. En l'espèce, le couple avait eu recours à une maternité pour autrui, car il avait été diagnostiqué à la mère intentionnelle plusieurs types de scléroses<sup>274</sup>, ce qui aurait pu entraîner des complications lors de la grossesse et mettre sa vie en danger. Le couple avait envisagé l'adoption, mais ils avaient été rapidement découragés par les délais et les difficultés de la procédure. C'est pourquoi ils avaient finalement mis une annonce à la *Infertility Clinic of New York* à laquelle Madame Whitehead avait répondu.

L'insémination fut un succès, et Madame Whitehead donna naissance à une petite fille le 27 mars 1986, pour finalement, confier le bébé aux époux Stern trois jours plus tard. Mais dès le lendemain elle retourna auprès de la famille Stern, pour lui demander de prendre l'enfant pendant une semaine, après quoi elle le leur laisserait définitivement. Le couple Stern craignant qu'elle puisse faire une tentative de suicide, accepta. Mais il ne put récupérer l'enfant que quatre mois plus tard. La famille Stern porta plainte et demanda l'exécution forcée du contrat afin que l'enfant soit placé de façon permanente sous leur garde, que Madame Whitehead renonce à ses droits parentaux, et que Madame Stern soit autorisée à adopter l'enfant.

Le tribunal de première instance a jugé la convention de maternité de substitution valide et ordonna son exécution. Il jugea qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être confié au couple Stern<sup>275</sup>.

---

*of Tenafly. Whitehead signed a surrogacy contract, agreeing to be inseminated with William Stern's sperm, carry the baby, and then give it up*".

<sup>274</sup> B. STEINBOCK, "Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption", *Law, Medicine, and Health Care*, 16 (1): 44–50, 1988.

<sup>275</sup> I. PETERSON, "Baby M's Future", *New York Times*, 5 avril 1987.

<http://www.nytimes.com/1987/04/05/weekinreview/baby-m-s-future.html>. (14 juin 2009)

"Last week, in a decision that created law in the legislative vacuum surrounding surrogate motherhood, Judge Harvey R. Sorkow of New Jersey Superior Court awarded custody of one-year-old Baby M to William Stern, the child's natural father, and his wife, Elizabeth. He stripped Mary Beth Whitehead,

La mère porteuse interjeta appel du jugement et la Cour suprême du New Jersey estima que le contrat n'était pas valable car contraire à deux lois et à l'ordre public de l'État. Elle jugea que la promesse faite avant la naissance de confier l'enfant aux Stern était contraire à la loi sur l'adoption du New Jersey. En effet, la loi n'autorise les accords d'abandon et de remise d'enfant à l'adoption que postérieurement à la naissance, et après que la mère a reçu des conseils juridiques. La convention fut également jugée contraire aux lois des États qui prohibent l'utilisation de l'argent dans le cadre de l'adoption<sup>276</sup>, et aux lois qui exigent la preuve d'inaptitude parentale ou la reddition volontaire des parents, mais aussi contraire aux lois rendant la cession révocable dans la procédure d'adoption<sup>277</sup>. Parmi ces griefs, la Cour avait estimé que les plus graves étaient le paiement qu'il qualifia de « *evils inherent in baby bartering* »<sup>278</sup>, ainsi que le manque d'informations envers la mère porteuse et la pression financière exercée par les époux Stern qui pourrait influencer le consentement de la mère. La Cour estima donc que le critère déterminant pour la garde de l'enfant devait être le respect de l'intérêt de l'enfant, et que les droits de chaque parent naturel d'un enfant sont égaux à ceux de l'autre, affirmant ainsi que les droits du requérant n'étaient pas supérieurs à ceux de la mère porteuse. La Cour jugea que la mère porteuse avait donné un « consentement [qui] n'était pas pertinent », en justifiant qu'« il y a, dans une société civilisée, certaines choses que l'argent ne peut acheter ».

La Cour débouta également Monsieur Stern de sa demande concernant la garde de l'enfant, qui d'après lui était un droit constitutionnel inhérent au droit à la vie privée, au droit de procréer, ainsi qu'au droit à la compagnie de son enfant, issus des Quatorzième et Neuvième Amendements et du *Bill of Rights*. La Cour estima que cet argument était aussi valable pour la mère porteuse et son conjoint qui sont tout aussi légitimes pour en bénéficier.

En ce qui concerne la requête de Monsieur Stern fondée sur la loi du New Jersey qui accordait des droits parentaux à l'époux d'une femme inséminée par un don de sperme auquel il avait consenti, la Cour refusa de considérer les situations d'un donneur

---

*the mother, of all parental rights, and ruled that the contract she had signed with the Sterns was enforceable despite material misrepresentations by the Sterns*".

<sup>276</sup> Le juge a estimé que le contrat et notamment la subrogation qui en découle était illicite, dans la mesure où cette dernière porte atteinte à la dignité humaine. "...to produce or deal with a child for money denigrates human dignity".

<sup>277</sup> 5532A2d 1227, 1245-46 (N.J. 1988).

<sup>278</sup> Que l'on pourrait traduire comme « des maux inhérents aux trocs de bébés ».

de sperme et d'une mère porteuse comme identiques. En effet, les juges estimaient que le temps impliqué par le don de sperme, et celui des neuf mois de grossesse ne sont pas comparables. Aussi, elle jugea constitutionnelle la demande des Whitehead sur leur droit à la compagnie de leur enfant, même si elle a reconnu qu'en l'espèce la demande était discutable.

La Cour conclut donc que le contrat n'était pas valable. Cependant, la question de la garde de l'enfant reposant sur l'intérêt supérieur de l'enfant, les juges<sup>279</sup> avaient

---

<sup>279</sup> Pour rendre cette décision la Cour Suprême s'est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette appréciation se fait *in concreto* c'est pourquoi le juge a comparé différents points concernant les relations entre les deux familles et l'enfant. Ainsi, furent étudiées la situation des couples (le couple Whitehead était certes un couple marié, mais dont le mariage ne tenait plus qu'à un fil. Monsieur Whitehead était ouvrier et voyait son emploi quotidiennement remis en question dans la mesure où il était alcoolique. Madame Whitehead ne travaillait pas de manière régulière et assurait des emplois à mi-temps. En revanche, ils avaient deux enfants et avaient déjà l'expérience des enfants.

Les époux Stern, en revanche, avaient une situation familiale très stable ainsi qu'une situation financière des plus favorables. Seul inconvénient, ils n'avaient jamais élevé d'enfant. Lacune qui fut comblé par la garde temporaire de l'enfant.), ainsi que l'éducation que la mère porteuse avait elle-même donné à ses enfants (Les législations portant sur la maternité pour autrui imposent à la mère porteuse d'avoir déjà eu des enfants.). Critère peu pertinent dans la mesure où aucune comparaison ne pouvait être faite avec les Stern qui n'avaient pas d'enfant, ce qui est généralement le cas des couples faisant appel à la maternité de substitution. A défaut, les experts ont étudié comment s'était passé le temps où le couple intentionnel avait eu la garde temporaire de l'enfant, c'est-à-dire pendant environ deux ans. Comme il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de passer d'une famille à l'autre, celui qui obtient la garde temporaire de l'enfant se voit, généralement, avantagé pour la suite. C'est ainsi que M. Stern soutenait tout d'abord qu'il était dans l'intérêt de l'enfant de leur être confié car ils étaient plus aptes à lui donner une bonne éducation. D'après lui, la fuite de Mme Whitehead avait permis de démontrer qu'elle n'était pas une femme équilibrée. Ils estimaient également avoir prouvé pendant plus d'un an et demi qu'ils étaient capables d'élever cet enfant.

De son côté, l'avocat des Whitehead alléguait qu'il serait paradoxal d'établir, d'un côté, la nullité des contrats et d'un autre d'attribuer la garde de l'enfant au couple Stern. Il prétendait que dans cette hypothèse, le but du contrat aurait été atteint, et donc qu'une telle décision ne ferait qu'encourager la pratique. La Cour Suprême a alors décidé que déclarer le contrat nul devait suffire à mettre un terme à cette pratique et que seul l'intérêt de l'enfant devait être déterminant dans la solution de la Cour.

La Cour Suprême décida d'accorder la garde de l'enfant aux époux Stern. Elle admettait également que des liens s'étaient créés pendant la grossesse. Mais la Cour jugea que cela ne suffisait pas à éliminer les autres considérations qui l'avaient incitées à prendre cette décision. Un droit de visite fut donc accordé à madame Whitehead. La Cour Suprême avait laissé entendre à la Cour de renvoi, que dénier tout droit de visite à madame Whitehead serait lui refuser toute relation avec l'enfant. Étant apte à élever l'enfant, cette

finalement décidé qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de confier sa garde aux époux Stern, mais attribua malgré tout un droit de visite aux Whitehead<sup>280</sup>, et renvoya l'affaire pour déterminer les modalités du droit de visite<sup>281</sup>.

98. La question de l'éventuelle assimilation ou non des mères porteuses et aux donneurs de gamètes nécessite d'être approfondie.

En l'espèce, M. Stern faisait un parallèle entre sa femme et un époux stérile, ni l'un ni l'autre ne pouvant avoir d'enfant et donc contraints à faire appel à un donneur. Or la loi du New Jersey dispose que l'époux de la femme qui est inséminée avec le sperme d'un donneur est reconnu père légal de l'enfant. Le transfert s'opère avec la déchéance automatique des droits parentaux du donneur. Or, selon cette logique et si l'on estime que la mère porteuse ne fait que mettre à disposition son utérus et ne joue qu'un rôle « d'incubateur », pour peu qu'il s'agisse en plus d'une procréation pour autrui où elle est

---

dernière aurait pu introduire une action en justice afin de faire appliquer son droit à élever son enfant. La Cour Suprême lui reconnaissait donc le droit d'élever son enfant.

<sup>280</sup>«Justice for All in the Baby M Case». *New York Times*. 4 février 1988.

<http://www.nytimes.com/1988/02/04/opinion/justice-for-all-in-the-baby-m-case.html> (14 juin 2009)

*“At a stroke, New Jersey's Supreme Court brought clarity and justice to the Baby M case, which so tormented the nation last spring: Mary Beth Whitehead-Gould retains her rights as a parent. William Stern and his wife retain the right to raise his child. New Jersey acquires a convincing judgment that a 'surrogate parent' contract for money amounts to an illegal bill of sale for a baby”.*

Voir aussi : “In the Case of Baby M”, Kylewood.com, 2007.

<http://www.kylewood.com/familylaw/babym.htm>. ( 29 avril 2008).

<sup>281</sup> Dans l'affaire *Munoz c/ Haro*<sup>281</sup> le juge avait retenue la garde commune. En l'espèce, Mme Haro était stérile, et le couple s'est vu proposer les services d'une cousine mexicaine, Alejandra Munoz. Après l'avoir fait entrer illégalement aux États-Unis, ils lui ont fait signer une convention de maternité pour autrui en anglais, langue qu'elle ne comprenait pas. On peut alors émettre quelques doutes sur la qualité de l'information reçue. A la naissance de l'enfant, la mère porteuse a souhaité le conserver. Les Haro ont intenté une action en justice afin d'être reconnu comme les parents légaux de l'enfant. La juridiction a estimé que le contrat était valide et que Madame Haro, la femme du couple commanditaire, devait être déclarée comme la mère légale de l'enfant. La juridiction a alors demandé aux parties au procès de trouver un compromis concernant la garde de l'enfant. Ces dernières ont décidé de mettre en place une garde commune. Mais le processus ne se déroulait pas très bien, le couple commanditaire emmenait l'enfant chez le médecin sans en prévenir la mère porteuse. L'avocat nommé pour représenter l'enfant, a donc demandé à ce que soient clairement définies les dispositions de la garde commune de l'enfant. La garde commune, bien qu'elle ne nous paraisse pas être une solution acceptable pour l'intérêt de l'enfant, doit, si elle est retenue par le juge, être encadrée et certainement pas laissée à libre volonté des parties.

également donneuse d'ovule, Madame Stern aurait dû être reconnue mère légale de l'enfant, et Madame Whitehead, en tant que donneuse d'ovule déchu automatiquement de ses droits parentaux. La Cour Suprême avait justifié sa position, en expliquant que les deux situations étaient complètement différentes puisque selon elle, la durée de la procédure n'est pas la même : le don de sperme est un acte instantané, tandis qu'une grossesse dure neuf mois. D'après la Cour, la mère de substitution s'investit trop pour que cette règle ne lui soit étendue.

Or, il semble que dans la mesure où la question de la durée du processus, sur laquelle se fonde la Cour, tient d'avantage de la science que de la volonté du donneur de sperme, cette règle devrait s'appliquer aux mères porteuses, ce qui simplifierait les règles de dévolution des droits parentaux et s'inscrirait d'avantage dans la logique des accords de maternité pour autrui. En outre, la volonté qui motive ces engagements, donneur de gamètes ou mère porteuse, repose sur la même motivation : permettre à un couple tiers d'avoir un enfant. C'est d'ailleurs le seul critère qui devrait être retenu. Certes, l'implication engendrée par ces neuf mois de grossesse ne peut certainement pas être assimilée au don de sperme, mais aucune de ces deux parties ne fait ce don pour, *in fine*, avoir un enfant. C'est pourquoi, il semble que ces deux situations devraient entraîner la même conséquence juridique : ne pas entraîner l'établissement de la filiation avec l'enfant.

## 2. L'évolution législative

99. L'affaire *Baby M* a permis de s'interroger sur la validité de ces contrats et de mettre en exergue les complications pouvant découler des contrats de maternité pour autrui et a amené les législateurs à mettre en place des mesures pour encadrer cette pratique. En effet, lorsque l'affaire *Baby M* a pris fin en 1987, aucun État n'avait intégré de dispositions visant à réguler la pratique des contrats de maternité pour autrui. Lorsque la question a commencé à être étudiée, les législations se sont davantage tournées vers une idée de régulation de ces contrats que vers leur interdiction<sup>282</sup>. Fin 1988, six États interdisaient les contrats, et les déclaraient nuls. Mais tandis que certains souhaitaient voir la pratique interdite, d'autres estimaient qu'elle devait être protégée et encadrée.

---

<sup>282</sup> *Surrogate Parenting In New York: A Proposal For Legislative Reform*, New York Sen. Judiciary Comm., Dec. 1986 at 40. (Ce projet concerne certains États, dont l'État de New York.)

Une *Uniform law* fut proposée au niveau fédéral. La proposition de légiférer suggérait deux approches : soit une interdiction de la pratique, soit sa régulation<sup>283</sup>. Or, aucune loi fédérale ne fut mise en place. La position des États varie, tandis que certains l'interdisent complètement, d'autres la réglementent, et d'autres encore reconnaissent seulement les parents commanditaires<sup>284</sup>. Madame Rao<sup>285</sup> classe les différentes approches en quatre catégories: l'interdiction, l'inaction, la réglementation<sup>286</sup>, et une réglementation contractuelle. Certains États interdisent les contrats de maternité de substitution, qu'il y ait ou non échange d'argent, sous peine de sanctions civiles et pénales sur toute personne prenant part à un tel contrat<sup>287</sup>. Par exemple, en Arizona le *statute* dispose que la mère porteuse est « la mère légale de l'enfant né à la suite d'un contrat de maternité pour autrui et dispose du droit de garde de cet enfant »<sup>288</sup>. Et bien que cette loi fût jugée inconstitutionnelle par la Cour d'appel qui ne reconnaissait pas une protection égale pour la mère porteuse elle ne fut pas abrogée. D'autres États en revanche, prohibent les accords de mères porteuses, la mère porteuse est alors considérée comme la mère légale de l'enfant.

Les États, qui ont adopté l'approche que Madame Rao appelle « inaction », n'interdisent pas la pratique mais prévoient que les juges peuvent annuler une convention

---

<sup>283</sup> *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*, 9C U.L.A. 383 (2001).

<sup>284</sup> J. MERCHANT, « Une gestation pour autrui « éthique » est possible », *Travail, genre et sociétés* 2/ 2012 (n° 28), p. 183-189.

<sup>285</sup> R. RAO, "Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence, in *Surrogate Motherhood: International Perspectives 23*", Rachel Cook et al. eds., 2003.

<sup>286</sup> Une distinction est parfois faite entre ces deux pratiques. Par exemple Le *ABA Model Surrogacy Act* de 1989 offre deux alternatives, une qui interdit la maternité pour autrui, et l'autre qui autorise la gestation pour autrui. Voir "A.B.A.'s Two Models for « *Baby M* » Laws", *N.Y. Times*, 9 février 1989, C13, et *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* (1988).

<sup>287</sup> Cela concerne les États de l'Arizona, du District de Columbia, de l'Indiana, du Michigan et du Dakota du Nord.

<sup>288</sup> V. aussi la liste des États qui n'autorisent pas les contrats suite à l'affaire *Baby M* : Arizon. Rev. Stat. Ann. § 25-218 (D) (2009) ; (interdiction, pratique déclarée inconstitutionnelle, voire *Soos V. Superior CT*, 897 P.2d1356 (Ariz. App. 1994) ; Ind. Code Ann. S31-20-1-1 (1988) (pas d'exécution); La. Rev. Code Ann. S 2713 (1987) (contrat annulé) ; Mich. Comp. Laws Ann. Ss 722-851-863 (1988) (contrat annulé, la rémunération des mères porteuses devient un délit) ; Neb. Rev. Stat. S 25-21, 200 (1988) (contrat annulé) ; N.D. Cent. Code ss 14-18-01-07 (1989) (contrat annulé, la mère porteuse est la mère légale de l'enfant) ; Utah Code Ann. S26-7204 (1989) (la mère porteuse est la mère légale, déclarée inconstitutionnel dans *J.R. v. Utah*, 261 F. Supp. 2d 1268 (2003).

lorsque celle-ci est jugée contraire à l'ordre public. D'autres États soumettent le contrat de maternité pour autrui au droit général des contrats. Et plusieurs États autorisent la pratique, mais prohibent tout échange d'argent en guise de compensation pour la mère porteuse. Ils autorisent, en revanche, le remboursement des frais engagés par la mère porteuse, y compris juridiques, médicaux et de conseil<sup>289</sup>. Six États refusent de faire respecter les contrats de maternité de substitution lorsque la mère porteuse est rémunérée pour ses services<sup>290</sup>. Cinq États autorisent explicitement que les contrats de maternité de substitution ne fassent pas l'objet d'une compensation<sup>291</sup>, cette mesure est d'ailleurs de plus en plus répandue. Enfin, six États prohibent le recours à des intermédiaires qui sont payés pour mettre en relation des couples commanditaires et des futures mères porteuses<sup>292</sup>. Pour le reste, leur position est plus incertaine. Certains ont pris des mesures partielles qui ne précisent pas si les contrats ayant prévu une compensation pour la mère porteuse<sup>293</sup> sont valables et si toutes les formes de contrats sont acceptées<sup>294</sup>. De nombreux États n'ont tout simplement aucune législation réglementant le caractère exécutoire ou même la légalité des contrats de maternité de substitution<sup>295</sup>. Dans ces États, les couples doivent conclure des contrats qui pourront par la suite être invalidés par une Cour. Elle pourra en effet estimer que l'accord est inapplicable, car contraire à la constitution ou à l'ordre public.

100. Après la jurisprudence *Baby M*<sup>296</sup>, de nombreux opposants ont fait entendre leur voix pour interdire cette pratique assimilable selon eux à la traite d'enfant,

---

<sup>289</sup> L'État de l'Illinois est le seul État qui autorise expressément une participation financière pour les frais.

<sup>290</sup> Il s'agit du Kentucky, de la Louisiane, du Nebraska, de l'État de New York, de la Caroline du Nord et de l'État de Washington.

<sup>291</sup> Ce sont les États de la Floride, du Nevada, du New Hampshire, du Nouveau Mexique et de la Virginie.

<sup>292</sup> Les États de l'Arizona, du District de Columbia, du Kentucky, du New Hampshire, de New York et de Virginie.

<sup>293</sup> Il s'agit des États du Texas et de l'Arkansas.

<sup>294</sup> Comme pour le Tennessee.

<sup>295</sup> Il s'agit des États de l'Alaska, de la Californie, du Colorado, du Connecticut, du Delaware, de Géorgie, de Hawaï, de l'Idaho, du Kansas, du Maine, du Maryland, du Massachusetts, du Minnesota, du Mississippi, du Missouri, du Montana, du New Jersey, de l'Ohio, de l'Oregon, de la Pennsylvanie, de Rhode Island, de la Caroline du Sud, du Dakota du Sud et du Wyoming.

<sup>296</sup> Cf. *Supra* n° 99.

et à une exploitation du corps de la femme. Les États optèrent pour la prohibition de la pratique, ou tout du moins pour décourager les personnes à passer ces conventions, pour l'interdiction d'échange d'argent, d'intermédiaires, ou même en laissant la possibilité à la mère porteuse de récupérer l'enfant après la naissance<sup>297</sup>. Le courant « anti mères porteuses » s'est progressivement atténué devant la prospérité de la pratique qui contre toute attente s'est développée.

L'évolution scientifique, et notamment la possibilité d'implanter l'embryon déjà formé dans la mère porteuse, et donc de favoriser la pratique de la seule gestation pour autrui, a permis de régler les conflits liés à la détermination de la mère légale de l'enfant. En effet, puisque l'ovule est issu soit de la femme du couple commanditaire, soit d'une donneuse anonyme à qui l'on applique le même régime que les donneurs de sperme<sup>298</sup>, elle ne pourra prétendre à aucun droit fondé sur son lien génétique avec l'enfant.

101. Des propositions de réglementations fédérales ont été faites, mais aucune n'a abouti.

En 1988, la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* a proposé l'adoption de l'*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*. Aucune des propositions du texte n'a fait consensus<sup>299</sup>. L'*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* utilise le terme «*surrogate*»<sup>300</sup> afin de limiter le rôle de la mère porteuse. Mais cette solution n'est pas satisfaisante, car bien qu'elle ne soit pas génétiquement liée à l'enfant, la mère porteuse joue un rôle essentiel en le portant durant la gestation. Le

---

<sup>297</sup> La liste des États qui interdit la pratique des mères porteuses suite à l'affaire *Baby M*: Ariz. Rev. Stat. Ann. S 25-218 (1989) (interdiction, pratique déclarée inconstitutionnelle, voire *Soos V. Superior CT*, 897 P.2d1356 (Ariz. App. 1994) ; Ind. Code Ann S31-20-1-1 (1988) ( pas d'exécution); LA. Rev. Code Ann. S 2713 (1987) (contrat annulé); Mich. Comp. Laws Ann. Ss 722-851-863 (1988) (contrat annulé, la rémunération des mères porteuses devient un délit) ; Neb. Rev. Stat. S 25-21, 200 (1988) (contrat annulé) ; N.D. Cent. Code ss 14-18-01-07 (1989) (contrat annulé, la mère porteuse est la mère légale de l'enfant); Utah Code Ann. S26-7204 (1989) (la mère porteuse est la mère légale, déclarée inconstitutionnel dans *J.R. v. Utah*, 261 F. Supp. 2d 1268 (2003).

<sup>298</sup> Une distinction est parfois faite entre ces deux pratiques. Par exemple *The 1989 ABA Model Surrogacy Act* offre deux alternatives, une qui interdit la maternité pour autrui, et l'autre qui autorise la gestation pour autrui. Voir "A.B.A's Two Models for « *Baby M* » Laws", *N.Y. Times*, 9 février 1989, C13, et *Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* (1988).

<sup>299</sup> Option A, la validité des contrats, s'ils ont été approuvés au préalable par un tribunal, ou option B, à défaut les contrats étaient nuls.

<sup>300</sup> Terme que nous traduirons par « substitut ».

texte propose de mêler droit des contrats et droit de la famille, dans le but de protéger les enfants nés dans le cadre de la procréation assistée. Dans les deux cas, la proposition essaie de faire en sorte que l'enfant ait deux parents. Elle prévoit également une étude du domicile des futurs parents et de la mère porteuse ordonnée par le tribunal, et dispose que les parties doivent répondre à certaines normes pour que le contrat soit valable, comme l'agrément dans la procédure d'adoption. En ce qui concerne la protection des intérêts privés, la proposition prévoit des dispositions qui protègent la mère porteuse de l'exploitation. Un avocat doit représenter la mère porteuse, et des mesures doivent également être mises en place pour la protéger contre la pression ou la fraude de la part des parents intentionnels. Le texte exige que la mère porteuse ait déjà eu un enfant, afin qu'elle connaisse l'impact émotionnel d'un tel engagement. L'*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* règle également la question des échanges d'argent et exige que les parents commanditaires payent les frais liés aux soins de santé pour la mère porteuse jusqu'à la naissance de l'enfant, ainsi que les frais d'avocat. Enfin, il faut que l'accord ne soit pas contraire aux intérêts des parties au contrat<sup>301</sup>.

Mais, l'*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act* n'a pas rencontré beaucoup de succès. En 2000, le *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* l'a remplacé par l'*Uniform Parentage Act*, qui se situe davantage dans l'optique de l'option A, selon laquelle les contrats de maternité pour autrui sont valables et exécutoires, à condition qu'ils soient au préalable approuvés par un tribunal. Il décrit la mère porteuse comme la «mère gestationnelle», un terme qui reconnaît son rôle dans cette procédure sans pour autant lui donner le statut juridique de mère.

L'*American Bar Association* a proposé le *Model Assisted Reproductive Technologies Act*. Le *Model Assisted Reproductive Technologies Act*, tout comme l'*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act*, propose deux solutions pour les contrats de maternité de substitution, à la différence que dans ce texte les deux propositions reconnaissent que le contrat est valable. Selon la première, les contrats ne sont valables que si le tribunal délivre une ordonnance de validation après avoir enquêté sur la famille intentionnelle. L'enquête sera menée au domicile des futurs parents, et aura pour objectif que les parties aient conclu l'accord volontairement et librement. La Cour devra également s'assurer que la contrepartie versée à la mère porteuse est raisonnable.<sup>302</sup>

---

<sup>301</sup> “Substantially detrimental to the interest of any of the affected individuals”.

<sup>302</sup> V. *MARTA* Section 702.

Enfin une ordonnance valide le contrat. Le couple intentionnel est réputé être les parents de l'enfant et la mère porteuse est réputée avoir renoncé à tous ses droits parentaux<sup>303</sup>. La seconde proposition prévoit que les contrats de maternité de substitution ne sont valables que s'ils répondent aux exigences énoncées à l'article 703, qui sont plus détaillées que dans la première option<sup>304</sup>. Elle exige également qu'au moins l'un des parents soit le parent génétique de l'enfant. La mère porteuse y est définie comme « le processus par lequel une femme porte et donne naissance à un enfant créé par une fécondation *in vitro* avec les gamètes d'au moins l'un des membres du couple commanditaire ». La mère porteuse n'aura apporté aucune contribution génétique<sup>305</sup>. Le contrat devra répondre aux exigences imposées par *Model Assisted Reproductive Technologies Act*<sup>306</sup>. Et il est également prévu qu'une fois les formalités effectuées, les parents commanditaires deviennent les parents légaux de l'enfant<sup>307</sup>. Mais là aussi, aucun État n'a adopté cette proposition.

Après ces différents échecs l'encadrement de la pratique, et la détermination des parents légaux, furent laissés à la jurisprudence qui trouva la solution dans l'affaire *Johnson c/ Calvert*<sup>308</sup>.

## B. LA DETERMINATION DE LA MERE LEGALE SELON LE CRITERE DE LA VOLONTE

102. Sept ans après l'affaire *Baby M*, la question de la détermination de la mère légale de l'enfant dans le cadre d'une maternité pour autrui, n'était toujours pas réglée. C'est avec l'affaire *Johnson c/ Calvert* que les juges américains ont retenu le critère de la

---

<sup>303</sup> *Id.* Section 701.

<sup>304</sup> *Id.* Section 703.

<sup>305</sup> *Id.* Section 102. « *the process by which a woman attempts to carry and give birth to a child created by in vitro fertilization using the gamete or gametes of at least one of the intended parents and to which the gestational carrier has made no genetic contribution* ».

<sup>306</sup> *Id.* Section 705.

<sup>307</sup> *Id.* Section 706.

<sup>308</sup> *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

volonté comme déterminant, estimant que sans la volonté originelle du couple intentionnel l'enfant ne serait jamais né.

### 1. L'affaire Johnson c/ Calvert

103. Le deuxième cas important de maternité de substitution, est celui qui a établi la théorie de la parentalité par l'intention. L'Affaire *Johnson c/ Calvert*<sup>309</sup> a été rendue en 1993 par la Cour suprême de Californie. C'est la première fois que la justice a reconnu que les parents légaux d'un enfant étaient les personnes qui avaient eu la volonté de l'être dès la conception.

En l'espèce, Madame Calvert n'était pas stérile, mais ne pouvait pas porter d'enfant<sup>310</sup>. Le couple s'était tourné vers la gestation pour autrui et en 1989, Anna Johnson, infirmière dans l'hôpital qui suivait Madame Calvert, proposa ses services comme mère porteuse. Ils signèrent un contrat le 15 janvier 1990, dans lequel les parties stipulaient qu'un embryon devait être conçu à partir des gamètes du couple, puis implanté dans l'utérus de la mère porteuse qui porterait l'enfant et le remettrait au couple intentionnel à la naissance. La mère porteuse acceptait de renoncer à tous ses droits parentaux contre une compensation de trois paiements totalisant 10 000 dollars, et d'une assurance-vie de 200 000 dollars. Or, dans les mois qui suivirent la conception, les relations s'étaient détériorées<sup>311</sup>. La mère porteuse demanda le paiement final au cours de la grossesse, qui n'était contractuellement dû qu'à la naissance, sous peine de ne pas renoncer à ses droits parentaux. Les époux Calvert intentèrent une action en justice afin de faire établir qu'ils étaient les parents légaux de l'enfant. De son côté, Anna Johnson déposa une requête afin d'être reconnue comme la mère de l'enfant. Les demandes furent regroupées, et le tribunal de première instance débouta Anna Johnson. Il décida que les époux Calvert étaient « les père et mère biologiques et naturels » de l'enfant, jugeant ainsi

---

<sup>309</sup> *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993).

<sup>310</sup> Les époux Calvert sont tous les deux les parents biologiques de l'enfant à naître.

<sup>311</sup> 5 Cal. 4<sup>th</sup> 87 (1993) En effet, au cours de la grossesse le couple Calvert apprit que Anna avait à plusieurs reprises donné naissance à des enfants sans vie, ce qu'elle ne leur avait pas signalé. Et de son côté la mère porteuse commençait à se sentir délaissée par le couple, et à avoir des doutes, pensant que le couple n'avait pas fait son maximum pour obtenir la police d'assurance qui n'avait pu leur être accordée, et se sentait délaissée par le couple commanditaire.

le contrat exécutoire. Le jugement fut confirmé par la Cour d'appel, ce qui amena Anna Johnson à former un recours devant la Cour Suprême de Californie.

Madame Johnson fondait son raisonnement sur l'affaire *Michael H. c/ Gérald D*<sup>312</sup>. La mère porteuse espérait donc que la Cour Suprême de Californie ne reconnaîtrait pas les droits parentaux de Monsieur Calvert. Afin d'écartier cet argument, la Cour considéra qu'une société qui protège une femme mariée ne pouvait déceimment pas protéger de la même manière une femme qui porte et accouche d'un enfant à la suite d'une convention de maternité pour autrui. La mère porteuse avait fondé sa requête sur l'invalidité des contrats de mère porteuse, qui selon elle, violaient l'ordre public en raison de l'échange d'argent entre les deux parties au contrat. D'après elle, l'argent était la contre partie de l'adoption et de l'abandon de ses droits parentaux par la mère porteuse avant la naissance de l'enfant, ce qui était anticonstitutionnel. Pour la mère porteuse, cette pratique était une forme d'esclavage<sup>313</sup> et amenait à considérer l'enfant comme une marchandise. Les contrats devaient, en conséquence être déclarés nuls et sans effets, et c'est pourquoi, elle estimait devoir être reconnue comme mère légitime de l'enfant.

La Cour Suprême de Californie dut statuer sur la légalité du contrat de maternité pour autrui, avant de déterminer qui de la mère porteuse ou de la mère intentionnelle était la mère légale de l'enfant. Elle dissocia dans un premier temps la maternité pour autrui de l'adoption, considérant ces deux pratiques complètement différentes, et expliquant que les contrats de maternité pour autrui organisent l'accord avant que l'enfant soit né et avant même sa conception. Grace à cette distinction, il était impossible de retenir l'argumentation du contrat de vente fondée sur l'échange d'argent en contrepartie de l'enfant.

La Cour avait également estimé que la somme d'argent versée à la mère porteuse devait être considérée comme une contrepartie du service qu'elle devait rendre au couple Calvert, et n'avait pas pour vocation d'acheter l'enfant. Les juges se placèrent sur le

---

<sup>312</sup> *Michael H V. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989). En l'espèce l'État avait destitué un père de ses droits parentaux à l'égard de son enfant, qu'il a eu avec une femme mariée et avec qui il n'entretenait pas de relation. La Cour estima que l'enfant était celui du couple dans lequel la mère était engagée.

<sup>313</sup> Ce à quoi, la Cour Suprême a répondu que, si en effet le contrat stipulait que seul le couple commanditaire pouvait décider d'avorter, une autre clause du contrat prévoyait que les deux parties avaient conscience que seule la femme enceinte avait le droit absolu d'avorter ou non du fœtus qu'elle porte.

Concernant les autres arguments apportés par Anna Johnson, la Cour Suprême estimait qu'aucune preuve n'était apportée et avait donc décidé de ne pas invalider le contrat.

terrain contractuel et cherchèrent à déterminer l'intention des parties lors de la signature du contrat. Ainsi, tout en admettant qu'en vertu de l'*Uniform Parentage Act* la filiation découle du lien génétique comme de l'accouchement, la Cour jugea que « *when the two means do not coincide in one woman, she who intended to procreate the child- that is, she who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own- is the natural mother under California law* »<sup>314</sup>.

La Cour Suprême débouta la requérante sur le fondement de la section 7015 du Code civil californien, qui prévoit l'action en constatation de maternité. En effet, si cette faculté est ouverte à toute personne intéressée, elle l'était, *a fortiori*, à Madame Calvert qui avait fourni l'ovule. De plus, selon la section 7004 du Code civil californien, la paternité est établie selon les règles prévues à la section 621 du Code des Preuves qui dispose que la preuve doit être apportée par les résultats de tests sanguins. Et en l'espèce, les tests génétiques avaient démontré que Madame Calvert était bien la mère génétique de l'enfant. Cependant, cette preuve pouvait être contestée puisque l'article 700 du Code civil californien dispose que la relation entre une mère et son enfant est établie par la preuve que cette dernière en a bien accouché. La contradiction de ces deux mesures s'explique tout simplement par le fait qu'à l'époque où ces deux textes ont été promulgués la pratique des mères porteuses n'existait pas, et l'idée que la femme qui accouche d'un enfant n'en soit pas la mère était impensable. La Cour Suprême a donc dû trouver un autre critère afin de déterminer qui, entre la mère porteuse qui a accouché de l'enfant et l'épouse du couple qui est à l'initiative du projet, est la mère légale. Le Code civil ne prévoyant aucune primauté entre ces deux situations n'était d'aucune aide. Aussi pour établir la filiation, la Cour Suprême se plaça au moment de la conception et en conclut qu'à cette date seule la mère biologique avait l'intention d'être la mère de l'enfant.

Afin de déterminer la mère légale, la Cour Suprême s'était donc fondée sur le droit commun des contrats et analysa la cause de la convention qui était, en l'espèce, de procurer un enfant au couple Calvert, et non pas que le couple fournisse un embryon à la mère porteuse. Sans la volonté des époux Calvert l'enfant ne serait jamais né. La Cour conclut donc que la mère légale était celle qui avait eu la volonté d'avoir l'enfant, qui avait l'intention de l'élever, et il s'agissait en l'espèce de Madame Calvert.

---

<sup>314</sup> 5 Cal. 4<sup>th</sup> 500 (1993).

La solution retenue par la Cour Suprême, c'est-à-dire la primauté de la volonté est soutenue par plusieurs Professeurs, dont Madame Maguire Schultz<sup>315</sup>. Les partisans de cette théorie estiment que c'est une chance pour les couples homosexuels et les femmes seules, qui peuvent ainsi avoir un enfant alors que physiquement ils ne pourraient pas. Seul le critère de la volonté doit compter lorsqu'il s'agit de déterminer les parents légaux d'un enfant. Ils ne voient dans cette pratique qu'une méthode supplémentaire assimilable à la procréation médicalement assistée.

104. Afin d'éviter de nouveaux conflits, les tribunaux ont admis que s'ils le souhaitent, les parents commanditaires pouvaient, dans la mesure où ils sont les parents génétiques de l'enfant, obtenir avant la naissance une décision judiciaire leur attribuant la filiation. Ainsi, suivant une procédure à laquelle la mère porteuse et son éventuel conjoint doivent consentir, le couple commanditaire peut demander au tribunal qu'il rende, avant la naissance de l'enfant, une décision selon laquelle, ils sont les parents légaux de l'enfant et ont le droit de lui donner un prénom. Avec cette mesure la mère porteuse et son conjoint n'ont aucun droit, ni responsabilité à l'égard de l'enfant. Grace à cette décision, le nom des parents commanditaires apparaît sur la déclaration de naissance dès l'accouchement. Cette demande n'est possible que dans les cas de gestation pour autrui, c'est-à-dire lorsque la mère porteuse ne partage aucun lien génétique avec l'enfant.

## 2. L'état du droit positif

105. Aujourd'hui, la Californie continue d'appliquer le critère de la volonté. En 1998, dans l'affaire *Mariage de Buzzanca*, la Cour d'appel de Californie a jugé que le père qui avait accepté une convention de maternité de substitution était le père légal des enfants et avait l'obligation de pourvoir à leurs besoins malgré le divorce du couple.

En l'espèce, le mari n'était pas le père génétique de l'enfant. La Cour avait appliqué la jurisprudence constante, en vertu de l'*Uniform Parentage Act* qui légifère les conditions de l'insémination artificielle. Lorsque l'époux consent à la fécondation *in vitro* de sa femme, il est considéré comme le père légal de l'enfant, dans la mesure où la procédure a été engagée et consentie par les deux parents. Le consentement donné par le

---

<sup>315</sup> M. MAGUIRE SHULTZ, *Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy*, 70 CAL. L. Rev. 204 (1982).

mari le rend « directement responsable » de l'existence de l'enfant et entraîne les droits et des devoirs liés à la paternité<sup>316</sup>. La Cour se fonda sur la doctrine de *intent theory* appliquée dans la *Common Law*, qui condamne les actions incohérentes des parents, comme par exemple le fait de consentir à la naissance d'un enfant, pour finalement changer d'avis et renoncer à toutes responsabilités<sup>317</sup>. La Cour avait également constaté que la femme était la mère naturelle de l'enfant. Elle a souligné que l'objectif ici n'était pas de déterminer si les conventions de mères porteuses étaient ou non conformes à l'ordre public l'. Elle avait également ajouté ne pas avoir étudié la validité du contrat pour rendre sa décision.

106. D'autres juridictions ont également jugé que l'accord donné lors de la conclusion d'un contrat de maternité de substitution était assimilable à celui donné pour l'adoption ou la procréation médicalement assistée. Ainsi, dans le Nevada, la loi autorise les contrats de maternité de substitution et dispose que toute personne « identifiée comme un parent visé dans un contrat [de substitution] doit être traitée comme un parent naturel en toutes circonstances »<sup>318</sup>.

De même, dans l'État de l'Arkansas la loi prévoit qu'un enfant né de mère porteuse a pour mère légale la femme du père biologique tant qu'ils sont mariés<sup>319</sup>.

107. L'*intent theory* a été la cible de critiques fondées principalement sur le manque d'importance donnée à la gestation et la génétique dans la détermination de la parenté. En effet, la volonté n'est pas un critère de détermination dans les filiations biologiques<sup>320</sup>. Les commentateurs ont en effet expliqué que s'il était donné un rôle déterminant à la volonté en tant que créateurs d'obligations parentales, il serait plus facile pour les parents d'enfants conçus de manière charnelle d'échapper à leurs responsabilités<sup>321</sup>.

---

<sup>316</sup> “[...] *such behavior carries with it the legal responsibilities of fatherhood and criminal responsibility for nonsupport*”.

<sup>317</sup> 61 Cal. App.4 th 1420, 72 Cal. Rptr 2d 280 (1998).

<sup>318</sup> “*Person identified as an intended parent in a [surrogacy] contract must be treated in law as a natural parent under all circumstances*” Nev. Rev. Stat. 126.045 (2001).

<sup>319</sup> Ark. Code Ann. §9-10-201 (Michie 2002).

<sup>320</sup> Note, « Redefining Motherhood : Determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Arrangements, » 51 *Drake L. Rev.* 605, 624 (2003).

<sup>321</sup> Note, « Redefining Motherhood : Determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Arrangements, », *op. cit.*

108. Cependant, le rôle de la volonté, même s'il a été critiqué, est fondateur en matière de maternité pour autrui. La procédure fondée sur un contrat, bien que relevant du droit de la famille, suit la logique contractuelle dans laquelle la volonté est élément fondateur.

La France, en revanche, essaie de maintenir, malgré une pression de plus en plus forte des partisans de la pratique, le droit de la filiation en dehors de la sphère contractuelle et en dehors de l'hégémonie des volontés individuelles.

## **II. LA PROHIBITION FRANÇAISE DE LA PRATIQUE**

109. Dès 1988, le Conseil d'État s'était prononcé sur les conventions de maternité pour autrui en exposant les principes fondamentaux qui s'y opposent : la loi française interdit expressément tant la gestation que la procréation pour autrui. En 1989, la Cour de cassation avait prononcé la dissolution de l'association Alma mater, qui mettait des couples fertiles en contact avec des mères porteuses. Plusieurs juges du fond, notamment la Cour d'appel de Paris, avaient refusé de se conformer à cette décision. Mais, le 31 mai 1991, sur un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a affirmé, que « 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 ». Trois ans plus tard le législateur a confirmé cette solution par la loi n°94-653 du 29 juillet 1994. Elle énonce plusieurs principes, assortis de sanctions civiles: le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial<sup>322</sup> ; les conventions ayant pour effet de conférer une

---

<sup>322</sup> Article 16-1 du Code civil « Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

valeur patrimoniale, à ses éléments ou à ses produits sont nulles<sup>323</sup> ; toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle<sup>324</sup> ; ces dispositions sont d'ordre public, car elles visent aussi bien à protéger les intéressés que la société<sup>325</sup>.

110. La prohibition française des conventions de maternité de substitution est d'origine prétorienne. À la suite de cette prise de position jurisprudentielle<sup>326</sup>, le législateur a pris des dispositions afin d'interdire la pratique aussi bien de droit civil (A), que de droit pénal (B).

## A. LE DROIT CIVIL

111. Sur le plan civil, les conventions de maternité pour autrui ont été sanctionnées par la Cour de cassation, avant d'être formellement prohibées par la loi de 1994 relative au respect du corps humain.

Dans un arrêt du 13 décembre 1989, la Cour de cassation a jugé pour la première fois que sont nulles, en application de l'article du 1128 code civil, les conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition de parents stériles des fonctions reproductrices d'une mère porteuse et sur l'enfant à naître<sup>327</sup>. Mais c'est la solution adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt de 1991, qui a affirmé l'interdiction de cette pratique, qui fut confirmée par le législateur dans la loi de bioéthique de 1994 relative au respect du corps humain. Ainsi, furent insérés dans le Code civil les articles aux termes desquels le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial<sup>328</sup>; toute convention portant sur la procréation

---

<sup>323</sup> Article 16-5 du Code civil « Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles ».

<sup>324</sup> Article 16-7 du Code civil.

<sup>325</sup> Article 16-9 Code civil « Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public ».

<sup>326</sup> Cf. *Infra* n° 127 et s.

<sup>327</sup> Civ. 1re 13 décembre 1989 n° 88-15.655, *D* 1990 p. 273

<sup>328</sup> Article 16-1 Code civil

ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle<sup>329</sup>, peu importe qu'elle soit conclue à titre onéreux ou gratuit. Ces dispositions sont d'ordre public<sup>330</sup>, car elles visent à protéger aussi bien les intéressés que la société dans son ensemble. Étant d'ordre public, la nullité de la convention de maternité pour autrui est absolue, et ne peut faire l'objet d'une confirmation.

112. Il est interdit d'établir un lien de filiation à l'égard d'un enfant conçu en exécution d'un contrat de gestation pour autrui, que ce soit par adoption simple, adoption plénière ou reconnaissance volontaire. Cette interdiction est absolue même à titre gracieux<sup>331</sup>. Malgré son interdiction, la pratique reste une réalité en France, avec des couples commanditaires qui tentent au détriment de l'avenir juridique de l'enfant, de mettre le juge devant le fait accompli. Ainsi, les parents ont tenté de nombreuses tactiques pour que l'enfant soit reconnu comme le leur par le droit français. Des parents ont tenté d'adopter l'enfant, ce qui a été condamné par l'Assemblée plénière en 1991, tandis que d'autres ont utilisé la possession d'état<sup>332</sup> prévue à l'article 317 du Code civil. La Cour a jugé que la convention portant sur la procréation et la gestation pour le compte d'autrui étant nulle, la possession d'état sur laquelle les demandeurs se fondent pour voir établir un lien de filiation légitime est elle-même viciée. Elle ne peut donc pas permettre l'établissement d'un tel lien.

113. Une fois l'enfant né, le mari reconnaît et recueille l'enfant qui sera élevé par le couple. Quelques mois plus tard, l'homme consent à l'adoption plénière de son enfant par son épouse. L'accouchement dans l'anonymat étant licite, rien ne peut laisser penser qu'il s'agit d'un contrat de maternité pour autrui et donc qu'il y a fraude<sup>333</sup>. Alors qu'en réalité, cela peut être la première étape d'un montage juridique rendu nécessaire car la femme qui accouche est en fait une mère de substitution.

---

<sup>329</sup> Article 16-7 Code civil

<sup>330</sup> Article 16-9 Code civil

<sup>331</sup> R. CHENEDED, « La convention de mère porteuse », *Deffrénois* 2008, n°3, p. 291 ; A. MIRKOVIC, « La maternité pour autrui », *D.* 2008.1044.

<sup>332</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2011, *op. cit.* La Cour a jugé que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une convention de mère porteuse, fût-elle licitement conclue à l'étranger, en raison de sa contrariété à l'ordre public international français.

<sup>333</sup> Versailles, 17 mai 2001, *Gaz. Pal.* 26-28 mai 2002. Somm. 30, *AJ fam.* 2001. 26, *RTD civ.* 2001. 866, obs. J. HAUSER.

Aujourd'hui un autre problème apparaît puisque cette méthode est interdite et sanctionnée par les tribunaux qui sont malgré tout souvent mis devant le « fait accompli » par des parents qui se rendent à l'étranger recourir à une mère porteuse. Cette pratique en elle-même entraîne le détournement d'autres institutions telles que l'adoption ou la reconnaissance de l'enfant né. En effet, il y a un détournement de l'adoption de l'enfant du conjoint<sup>334</sup> qui est utilisée dans le but de créer un lien juridique entre la mère intentionnelle et l'enfant issu de la convention. Mais il se peut également que le père qui n'est pas le père génétique de l'enfant fasse une reconnaissance qui soit fautive. L'adoption plénière de l'enfant par l'épouse est juridiquement plus sûre qu'une reconnaissance souscrite par celle-ci qui est susceptible d'être annulée à la demande de la mère porteuse<sup>335</sup> ou du ministère public<sup>336</sup>, sur le fondement de l'article 336 du code civil<sup>337</sup>. Selon cet article, il pourrait également contester une reconnaissance de complaisance souscrite par le mari, lorsque celui-ci n'est pas le père biologique de l'enfant. Encore faut-il que le ministère public démontre l'existence d'une fraude à la loi<sup>338</sup>.

Pour prouver la fraude à l'adoption, le juge peut ordonner un examen comparé des sangs afin de vérifier si l'adoption n'est pas l'aboutissement d'une convention de maternité pour autrui<sup>339</sup>. Cependant, cette technique ne peut fonctionner que dans l'hypothèse où aucun des parents n'est le parent génétique de l'enfant. Aussi, si l'expertise démontre que l'auteur de la reconnaissance est le parent biologique de l'enfant, faut-il malgré tout prononcer l'adoption. Cette méthode n'est pas adéquate pour lutter contre la fraude à la loi<sup>340</sup>. La fraude peut également être retenue lorsque les deux parents sont génétiquement liés à l'enfant. Ce que le droit français interdit n'est pas l'absence de

---

<sup>334</sup> Article 345-1 Code civil.

<sup>335</sup> V. Paris, 8 nov. 2001, *RTD civ.* 2002. 85, obs. J. HAUSER : La mère de substitution demande et obtient l'annulation de la reconnaissance souscrite par l'épouse.

<sup>336</sup> Pour un ex. : V. Rennes, 4 juill. 2002, *D.* 2002. 2902, note F. GRANET, *Dr. fam.* 2002. Comm. 142, note P. MURAT, *JCP* 2003. I. 101, n° 4, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

<sup>337</sup> Réd. Ord. n° 2005-759, 4 juill. 2005.

<sup>338</sup> Article 336 *in fine* Code civil

<sup>339</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 févr. 1999, *Bull. civ.* I, n° 53, *D.* 1999. 692, note J. MASSIP, 2000. Somm. 170, obs. F. VASSEUR-LAMBRY, et 1999. 201, obs. F. GRANET, *Dr. fam.* 1999. Comm. 50, note P. MURAT ; *JCP* 1999. II. 10117, note I. ARDEEFF, *Deffrénois* 1999. 941, obs. J. MASSIP, *RTD civ.* 1999. 372, obs. J. HAUSER, *RGP* 1999. 668, obs. A. GOUTTENOIRE.

<sup>340</sup> En ce sens, V. I. ARDEEFF, *op. cit.*, p. 1245 ; J. HAUSER, obs. *op. cit.*, n° 204.

lien biologique entre l'enfant et le couple qui l'a commandé, mais la pratique qui consiste à mettre à disposition l'utérus d'une femme, et le fait qu'au terme de la grossesse l'enfant soit abandonné pour être adopté par la femme du couple intentionnel qui sera alors reconnue comme sa mère légale.

## B. LE DROIT PENAL

114. Des sanctions pénales peuvent également être requises, à condition qu'au moins un élément constitutif de la conclusion du contrat de maternité pour autrui ou de la fraude se soit déroulé sur le territoire français.

115. Au regard de la loi pénale, la maternité pour autrui constitue une supposition d'enfant<sup>341</sup>. Elle est réprimée car elle constitue une atteinte à la filiation. Des sanctions sont ainsi prévues à l'égard des auteurs de cette infraction, des intermédiaires et de leurs complices. La supposition d'enfant consiste en effet à attribuer la maternité d'un enfant à une femme qui n'en a pas accouché. L'article 227-13 du code pénal punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende « la substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant », ainsi que leur tentative.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « les délits de simulation et de dissimulation d'enfant, prévus par l'article 227-13 du code pénal [...] constituaient les deux aspects des faits de supposition d'enfant qualifiés par l'article 345 ancien dudit code » car « la supposition impliquait tant la simulation de la naissance par la mère fictive que la dissimulation de la maternité de la mère réelle ».

116. L'article 227-12 du Code pénal réprime la provocation à l'abandon, l'entremise en vue d'adoption et, depuis la loi bioéthique n° 94-653 du 29 juillet 1994

---

<sup>341</sup> Cela sera le cas si la femme reconnaît un enfant qui n'est pas le sien.

Voir sur cette notion, J. HAUSER, « L'enfant au porteur mais pas à la porteuse : du contournement de l'article 16-7 nouveau du code civil », *RTD Civ.* 1996 p. 377 ; A. GOUTTENOIRE, *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, Enfance, n° 28 ; V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La nullité d'une convention de mère porteuse n'interdit pas de prononcer l'adoption plénière de l'enfant », *D* 1991 p. 380.

relative au respect du corps humain, « le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre ».

La provocation à l'abandon est punie de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende. L'entremise en vue de l'adoption, dans un but lucratif, et l'entremise en vue d'une maternité de substitution, en l'absence de but lucratif, sont punies d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, tout comme leur tentative. S'agissant de l'entremise en vue d'une maternité de substitution, ces peines sont doublées lorsque les faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif.

Seuls les intermédiaires peuvent être poursuivis et sanctionnés sur ce fondement, à l'exclusion de la mère de substitution et des parents intentionnels. En revanche, le couple demandeur peut éventuellement tomber sous le coup de la provocation à l'abandon, si la preuve en est rapportée.

117. En ce qui concerne la qualification, la maternité pour autrui est réprimée comme une atteinte à l'état civil de l'enfant et est assimilée à une « supposition d'enfant »<sup>342</sup>, délit passible de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende<sup>343</sup>. Sont considérés comme coauteurs la mère porteuse qui cache son lien de filiation avec l'enfant, et la mère intentionnelle qui le simule, ainsi que le mari de cette dernière qui déclare à l'état civil une fausse filiation<sup>344</sup>. L'infraction de faux en écriture publique, passible de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende, pourra être utilisée alternativement<sup>345</sup>. D'autre part, aux termes de l'article 227-12 du Code

---

<sup>342</sup>F. GRANET, « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des états membres de la CIEC », février 2014, <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>

<sup>343</sup> Article 227-13 du Code pénal « La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ».

<sup>344</sup> F. GRANET, « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des états membres de la CIEC », *op. cit.*

<sup>345</sup> Article 441-4 du Code pénal « Le faux commis dans une écriture publique ou authentique ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

L'usage du faux mentionné à l'alinéa qui précède est puni des mêmes peines.

Les peines sont portées à quinze ans de réclusion criminelle et à 225 000 € d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission ».

pénal, les actes qui permettent de faciliter ou de provoquer cette gestation pour autrui sont également réprimés. Ces infractions constituent des délits passibles, suivant les cas, de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende, ou d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Ces peines concernent les intermédiaires et sont doublées si les faits sont commis dans un but lucratif.

118. Il semblerait donc que les juridictions françaises, aussi bien judiciaires qu'administratives aient grandement inspiré le législateur<sup>346</sup>.

---

<sup>346</sup> Durant la séance nocturne du 10 février 2011 à l'Assemblée nationale, les députés se sont prononcés contre un amendement de l'opposition visant à reconnaître l'efficacité des gestations pour autrui réalisées à l'étranger au nom de l'intérêt de l'enfant. Le ministre du travail, de l'emploi et de la santé, Monsieur Xavier BERTRAND, a en effet expliqué qu'« une intervention du législateur ne serait pas opportune, alors que des affaires de cette nature sont pendantes devant la Cour de cassation et que celle-ci doit, dès le mois de mars, préciser sa jurisprudence à cet égard en se prononçant solennellement sur les conditions de la transcription de l'acte de naissance étranger eu égard à l'ordre public français. Vous voulez vous positionner alors que le droit est mouvant. Je ne pense pas que cela apportera davantage de sécurisation juridique ». Ce à quoi Monsieur Noël MAMERE a répondu : « Oui, c'est vrai, le droit est en mouvement. Oui, c'est vrai, ce n'est pas le législateur, c'est le juge qui fixe le droit ». Il semblerait donc bien que ce soit les juridictions et non le législateur qui « fixe le droit » en matière de conventions de maternité de substitution ce qui semble être une originale répartition des tâches.

## CONCLUSION DE SECTION 1

119. Après une affaire *Baby M* médiatique, le droit américain a pris des mesures afin d'encadrer la pratique des mères porteuses. Mais c'est avec l'affaire *Johnson c/ Calvert* que la volonté a pris toute son importance dans cette filiation, puisque la Cour a estimé que les parents légaux de l'enfant étaient ceux qui en avaient eu l'intention. Cette position s'oppose donc radicalement à la position française pour qui la mère de l'enfant est la femme qui en accouche.

120. Par une interdiction d'ordre public codifiée aux articles 16-7 et 16-9 du Code civil, le droit français prohibe la pratique des mères porteuses. Cette interdiction est d'ailleurs confirmée par la jurisprudence de la Cour de cassation.

On note une évolution dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle a jugé dans un premier temps que l'annulation de reconnaissance ne privait pas les enfants de la filiation reconnue par le droit étranger, et surtout ne les empêchait pas de vivre en France avec les parents d'intention.

Elle a ensuite refusé d'examiner l'argumentation menée au nom de l'intérêt de l'enfant et du droit au respect de sa vie privée et familiale et de la vérité biologique à l'égard du père, en estimant que la fraude du demandeur fait obstacle à l'invocation utile de ces droits fondamentaux.

## **SECTION 2. LE RECOURS AUX MERES**

### **PORTEUSES ETRANGERES**

121. La question de la légalisation de la pratique des mères porteuses ne fait pas l'unanimité. Entre des États qui l'autorisent en l'encadrant, d'autres qui ne réglementent pas la pratique et d'autres encore comme la France qui la prohibe purement et simplement, la tentation est grande pour les couples en mal d'enfants d'aller chercher à l'étranger ce qui leur est interdit par leur propre loi. Cette pratique se rapproche de ce qui a déjà cours en matière de divorce et de ce que certains auteurs<sup>347</sup> appelle du tourisme procréatif. Les couples espèrent qu'il n'y aura aucun obstacle à l'établissement de la filiation. Or si jusqu'à présent la jurisprudence s'est montrée constante et refuse de reconnaître la filiation, rien ne semble décourager ces familles qui continuent de se rendre à l'étranger, notamment aux États-Unis pour avoir recours à une mère porteuse. L'étude du contrôle de régularité par les juridictions françaises sera étudiée lors de la seconde partie, il s'agit seulement ici d'expliquer l'évolution de la jurisprudence française (I).

122. Aussi, pour débouter les demandeurs, les juges se sont fondés pendant longtemps sur la contrariété à l'ordre public international français et notamment sur les principes d'indisponibilité de l'état des personnes, et d'indisponibilité du corps humain, de ces conventions. Et c'est d'ailleurs sur ce fondement que la Cour européenne des Droits de l'Homme s'est prononcée le 26 juin 2014<sup>348</sup> (II).

---

<sup>347</sup> J.-J. LEMOULAND, "Le tourisme procréatif", *Actualité du droit international privé de la famille, Petites affiches*, 28 mars 2001, p. 24 ; H. BOSSE-PLATIERE, « " Le tourisme procréatif " L'enfant hors la loi française », *Informations sociales*, 2006/3 n° 131, p. 88-99.

<sup>348</sup> CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France*, D. 2014. 1797, et les obs., note F. CHENEDE ; *ibid.* 1773, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.* 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *ibid.* 1806, note L. D'AVOUT ; *Dalloz actualité*, 30 juin 2014, obs. T. COUSTET.

## **I. UNE TENDANCE AU *LAW SHOPPING* EN MATIERE DE MATERNITE POUR AUTRUI**

124. La prohibition française de la maternité de substitution incite des personnes à se rendre à l'étranger pour obtenir un enfant. Ainsi, les couples se rendent dans un État qui légalise la pratique. Cette méthode est donc assimilable à un véritable *law shopping*. Mais on peut se demander pourquoi ? Pourquoi, alors que la pratique est interdite et que les différentes tentatives pour contourner cette prohibition ont échoué en droit français, des couples se rendent malgré tout à l'étranger pour bénéficier d'une loi qui leur sera plus favorable (A). La Cour européenne des Droits de l'Homme a d'ailleurs reconnu cette démarche dans le cadre d'une adoption internationale (B).

### **A. LA POSITION FRANÇAISE FACE AU RECOURS AUX MERES PORTEUSES ETRANGERES**

125. En raison du caractère illicite de la convention de maternité de substitution, certains couples se rendent dans les pays qui l'autorisent<sup>349</sup> où même si des agences se sont spécialisées dans la mise en contact des couples intentionnels et des mères porteuses, cette démarche est relativement complexe. En effet, les parents doivent trouver une mère porteuse, se rendre dans le pays d'origine, concevoir l'enfant et ensuite revenir avec lui en France. De la même manière que l'adoption indépendante cette procédure nécessite du temps, mais aussi de l'argent, puisque sans parler du coût de la gestation, il faut se rendre à l'étranger et y rester assez longtemps pour mettre la procédure en place. Mais, l'étape la plus délicate est finalement celle du retour en France avec le refus de la jurisprudence de reconnaître la filiation issue de la maternité pour autrui (1). La Cour européenne des Droits de l'Homme, avant de se prononcer sur les

---

<sup>349</sup> La Gestation pour autrui, Les documents de travail du Sénat, *Série législation comparée*, n° LC 182, janvier 2008, <http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.html>.

affaires *Mennesson et Labassé*<sup>350</sup>, s'était déjà prononcée sur une question relative à l'adoption internationale dans l'arrêt *Wagner*<sup>351</sup> (2).

1. *Le refus de reconnaissance de la filiation issue d'un accord de maternité pour autrui par la jurisprudence française*

126. La pratique de la maternité de substitution fait débat en France. Sa prohibition est d'origine prétorienne puisque c'est par un arrêt du 31 mai 1991 que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position contre cette pratique en jugeant que « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et 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 Cour a retenu dans cette pratique un détournement de l'adoption. Ainsi, tandis que de son côté le Conseil d'État, après avoir fourni un rapport en faveur du maintien de la prohibition des conventions de maternité de substitution, rend deux décisions<sup>352</sup> qui prennent en compte la situation de l'enfant malgré les circonstances entourant sa naissance (a). Par plusieurs arrêts<sup>353</sup> la Cour de cassation a adopté la même

---

<sup>350</sup> *Infra*

<sup>351</sup> CEDH 28 juin 2007, *Wagner*, n° 76240/01, D. 2007. 2700, note F. MARCHADIER ; *ibid.* 2008. 1507, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; Rev. crit. DIP 2007. 807, note P. KINSCH ; RTD civ. 2007. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; Gaz. Pal. 22/03/2008, n° 82, p. 31, note M.-L. NIBOYET ; RJPF 2007, n° 11, note M.-C. LE BOURCICOT ; JDI 2008. 183, comm. L. D'AVOUT ; AJDA 2007. 1918, note J.-F. FLAUSS ; JCP 2010. 70, chron. F. SUDRE.

<sup>352</sup> CE 4 mai 2011, n° 348778, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c/ Morin*, D. 2011. 1347, 1995, obs. A. GOUTTENOIRE, 2012. 308, obs. J.-C. GALLOUX, et 390, obs. F. JAULT-SESEKE ; AJDA 2011. 928 ; AJ fam. 2011. 328, obs. F. MILOUDI ; AJCT 2011. 414, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; RTD civ. 2011. 530, obs. J. HAUSER.

CE 8 juill. 2011, n° 350486, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c/ Simonet*, D. 2012. 390, obs. F. JAULT-SESEKE ; AJDA 2011. 1406 ; AJ fam. 2011. 499, obs. F. MILOUDI.

<sup>353</sup> Un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007 autorise, au nom de « l'intérêt supérieur de l'enfant », la transcription en France des actes de naissance de deux petites filles issues d'une convention de mère porteuse qui désignaient comme parents ceux qui avaient « commandé » l'enfant aux États-Unis, la Cour se prononçant par la même pour l'irréversibilité de l'action du ministère public fondée sur la contrariété à l'ordre public. Cet arrêt fût censuré par la Cour de cassation dans une décision du 17 décembre 2008 au visa de l'article 16-7 du Code civil et 423 du code de procédure civile : rappelant que les

ligne de conduite : la nullité des conventions de maternité de substitution conclues en France et le refus de transcription à l'état civil des filiations issues de ces conventions valablement conclues à l'étranger (b).

a) La position du Conseil d'État

127. Le Conseil d'État a été amené à répondre à la question de savoir s'il fallait ou non reconnaître les filiations établies à l'étranger, et par conséquent procéder ou non à la transcription des actes de naissance, à la suite d'une procédure de gestation pour autrui. Ainsi, moins d'un mois après les trois arrêts rendus par la Cour de cassation le 6 avril 2011<sup>354</sup> qui ont affirmé le refus de reconnaître les effets liés à une gestation pour autrui, le Conseil d'État a jugé que : « considérant [...], la circonstance de la conception de ces enfants par M. A et M. C aurait pour origine un contrat entaché de nullité au regard de l'ordre public français serait, à la supposer établie, sans incidence sur l'obligation, faite à l'administration par les stipulations de l'art. 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant, d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant [...] »<sup>355</sup>. Cette décision permet à un enfant issu d'une procédure de gestation pour autrui de voir sa situation étudiée par l'administration sous couvert du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>356</sup>, malgré les circonstances de sa naissance contraire à l'ordre public français. Cette solution est dans la continuité du rapport que le Conseil d'Etat avait rendu et dans lequel il émettait un avis défavorable à la légalisation de cette pratique peu de temps auparavant<sup>357</sup>.

---

juges du fond avaient constaté que les énonciations de l'acte d'état civil ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui, la Cour a considéré que « le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions ». Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 décembre 2008, n° 07-20.468.

<sup>354</sup> Civ. 1<sup>ère</sup> 6 avr. 2011, n° 09-66.486, n°09-17.130, n°10-19.053, *AJ fam.* 2011. 262, obs. CHÉNÉDÉ ; *ibid.* 265, obs. B. HAFTEL ; *ibid.* 266, interview M. DOMINGO ; *D.* 2011. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET ; *ibid.* 1001, édito. F. Rome ; *ibid.* 1064, entretien X. Labbé ; *ibid.* 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* 1995, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. HAUSER.

<sup>355</sup> CE 4 mai 2011, n° 348778, *op. cit.*

<sup>356</sup> Article 3,1 de la Convention internationale des Droits des l'Enfant « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

<sup>357</sup> Rapport Conseil d'État, « *La révision des lois de bioéthique* », avr. 2009.

128. Dans une décision du 8 juillet 2011<sup>358</sup>, le Conseil d'État a été amené à se prononcé sur une affaire. En l'espèce, le ministre avait demandé au juge des référés du Conseil d'État d'annuler une ordonnance par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Lyon lui avait enjoint de faire bénéficier à deux jumelles indiennes un document de voyage leur permettant d'entrer sur le territoire national dans les meilleurs délais et de le délivrer à la personne ressortissante française habilitée à les accompagner, ici le père. Les deux fillettes étaient vraisemblablement nées d'une mère porteuse, aussi la transcription de leur acte de naissance indien sur les registres de l'état civil français leur avait été refusée, ce qui justifiait l'opposition du ministre à leur entrée sur le territoire français. « En l'absence d'atteinte manifestement illégale aux libertés fondamentales invoquées par M. A., le ministre est fondé à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a fait droit à la demande qui lui était présentée ».

Dans cette affaire, la mère porteuse était également la mère biologique ; donc plus qu'une gestation pour autrui, il s'agissait d'une procréation pour autrui. La filiation à l'égard du père, étant sans équivoque, et la volonté de la mère de déléguer son autorité parentale au père pour que ce dernier élève les enfants communs en France étant libre et éclairée, les actes d'état civil des jumelles ne pouvaient donc être contestés<sup>359</sup>. Aussi, si en l'espèce rien ne prouvait qu'il s'agissait bien d'une convention de mère porteuse, le Conseil d'État a pensé que cette pratique n'était pas contraire à l'intérêt de l'enfant<sup>360</sup>. Le Conseil d'État a enjoint à l'administration de délivrer un document de voyage et non un passeport aux jumelles leur permettant d'entrer sur le territoire national sans pour autant que ces dernières bénéficient des dispositions relatives à la transcription sur les registres de l'état civil et des règles relatives à la nationalité. Par cette décision, il a donc permis

---

<sup>358</sup> CE 8 juill. 2011, n° 350486, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c/ Simonet*, D. 2012. 390, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJDA* 2011. 1406 ; *AJ fam.* 2011. 499, obs. F. MILOUDI.

<sup>359</sup> « Il y a lieu de tenir pour établi que les jeunes Swava Bella et Kalithoa Rose sont les filles de M. A, qui les a reconnues, ainsi que le mentionne leur acte d'état civil indien et que le confirme un test ADN auquel l'intéressé a fait procéder, à la suite de la décision du procureur de la République ; que le ministre ne conteste au demeurant pas ces éléments ; que le ministre ne remet pas non plus en cause l'authenticité ni la portée de l'acte produit au dossier, par lequel Mme C, la mère indienne des jeunes filles dont le premier juge a relevé qu'elle n'était pas socialement en mesure d'assumer une quelconque responsabilité dans la prise en charge de ses enfants, a entendu déléguer à M. A son autorité parentale et exprimer sa volonté qu'elles soient élevées par leur père en France ».

<sup>360</sup> V. en sens contraire, TGI Nantes, 10 févr. 2011, n° 10/06276.

aux jumelles d'entrer sur le territoire sans les faire bénéficier des dispositions relatives à la transcription sur les registres de l'état-civil et des règles relatives à la nationalité.

129. Cette solution est également en accord avec le rapport le Conseil d'État dans lequel il s'était prononcé pour le principe du maintien de la prohibition de la gestation pour autrui, tout en proposant que la situation juridique des enfants nés à l'étranger de telles pratiques soit aménagée, en reconnaissant, par exemple, la filiation paternelle de l'enfant, seulement, à l'égard du père biologique et ensuite d'accorder une délégation d'autorité parentale du père à la mère d'intention.

#### b) La jurisprudence constante de la Cour de cassation

130. En 1989<sup>361</sup>, la première chambre civile de la Cour de cassation a validé la dissolution de l'association « *Alma Mater* », prononcée par les juges du fond en application de l'article 3 de la loi du 1er juillet 1901 relative à la liberté d'association, au motif que « l'objet même de l'association est de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du code civil ».

Les juges du fond ne s'inclinant pas, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation condamna catégoriquement cette pratique en 1991 en affirmant « 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 ». En effet, c'est la première fois que la Cour de cassation se prononça sur ce problème. Cet arrêt a été rendu sur pourvoi dans l'intérêt de la loi<sup>362</sup>. Le pourvoi formé devant la première chambre civile fut renvoyé devant l'Assemblée plénière qui se prononça contre les contrats de maternité de substitution.

---

<sup>361</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 déc. 1989, *D.*1990.273, rapp. J. MASSIP ; *JCP* 1990.II.21526, note A. SERIAUX ; Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991.417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN ; *D.* 1991. *Somm.* 318, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1992. *Somm.* 59, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ ; *JCP* 1991.II.21752, communication J. BERNARD, concl. H. DONTENWILLE, note F. TERRE.

<sup>362</sup> En effet, aux termes de l'article 117 de la loi du 3 juillet 1967, le procureur peut décider d'initier cette procédure, s'il « apprend qu'il a été rendu, en matière civile, une décision contraire aux lois, aux règlements ou aux formes de procéder [...] ».

Certains auteurs, comme Aubert rappelait que les conventions interdites « sont celles par lesquelles une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant. L'indication, qui ne peut être fortuite, aboutit à laisser de côté les conventions de “ simple prêt, ou location d'utérus ”, où la femme porteuse n'est pas, biologiquement, mère de l'enfant à naître »<sup>363</sup>. D'après l'auteur la portée de cette décision se limite aux cas de maternité de substitution et n'inclut pas le cas de simple gestation. Néanmoins, aux vues de la jurisprudence récente et de l'article 16-7 du Code civil il semble que toute forme de maternité pour autrui soit prohibée, y compris la seule gestation.

La Cour de cassation a réaffirmé sa position le 6 avril 2011<sup>364</sup> par trois décisions rendues en Assemblée plénière. Elle a jugé qu'« en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel au droit français, de faire produire, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des art. 16-7 et 16-9 du Code civil ».

En l'espèce, deux couples mariés de nationalité française avaient eu recours à une gestation pour autrui aux États-Unis : les enfants avaient été conçus avec les gamètes du mari et d'une donneuse tierce, la mère porteuse étant simple gestatrice. Les couples ont obtenu, sur le fondement d'un jugement local, un acte d'état civil américain les désignant comme père et mère légaux de l'enfant, mais sa transcription leur fut refusée une fois en France. Le premier arrêt<sup>365</sup> dit *Menesson* concerne directement l'obtention de la transcription de l'acte étranger d'état civil dans les registres français.

Dans son arrêt du 17 décembre 2008<sup>366</sup>, la Chambre civile avait censuré la Cour d'appel de Paris<sup>367</sup> qui avait déclaré irrecevable l'action en annulation de la transcription engagée par le ministère public. Les juges avaient donc prononcé l'annulation de la transcription aux motifs que le jugement californien, fondant les actes d'état civil, était

---

<sup>363</sup> J-L AUBERT, « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance », *D.* 1991, somm. Comm. P.316.

<sup>364</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2011, n°09-66.486, n°09-17.130, n°10-19.053, *D.* 2011.1064, entretien X. LABBEE ; *AJ fam.* 2011.262, obs. F. CHENEDE et B. HAFTEL et interview DOMINGO.

<sup>365</sup> N° S 10-19.053.

<sup>366</sup> Civ. 1e, 17 déc. 2008, n°07-20.468, *D.* 2009. *AJ.* 166, obs. V. EGEA ; *Juris-Data*, n°2008-046272.

<sup>367</sup> CA Paris, 1ère Chambre, Section C, 25 octobre 2007, *RG* 06/00507.

contraire à l'ordre public international dans la mesure où il validait indirectement la convention de gestation pour autrui<sup>368</sup>.

Dans l'affaire *Labassée*<sup>369</sup>, les époux avaient choisi une stratégie différente. À leur retour en France, ils avaient demandé et obtenu du juge des tutelles un acte de notoriété établissant leur possession à l'égard de l'enfant. Ils avaient par la suite demandé la transcription de l'acte sur les registres français, ainsi que l'établissement de la paternité. La Cour d'appel<sup>370</sup> a rejeté ces demandes, jugeant que la possession d'état était viciée, car issue d'une convention de gestation pour autrui illicite.

131. Dans ces deux affaires, la Cour a rejeté le pourvoi sur le fondement du respect à l'ordre public. Dans l'affaire *Mennesson*, ce principe justifie le refus de transcription de l'acte de naissance californien, et dans l'affaire *Labassée*, il « fait obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation en conséquence d'une telle convention ». La Cour a estimé que ce refus de reconnaissance ne portait pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, ni à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3§1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, car elle ne les privait pas des filiations maternelle et paternelle que le droit étranger leur reconnaît, ni ne les empêchait de vivre avec les époux en France<sup>371</sup>.

En introduisant sa décision par les termes « En l'état du droit positif », la Cour réaffirme que c'est au législateur, et non au juge, qu'il appartient de faire évoluer le droit français de la procréation médicalement assistée et avec lui le droit de la filiation. Aussi, les juges ne pouvaient donner une autre solution sans violer les dispositions de l'article 16-7 du Code civil, d'autant plus que cette pratique heurte les principes essentiels du droit français, tel que l'ordre public international, et font donc échec à la reconnaissance des décisions étrangères qui en découlent.

Dans ces arrêts, elle confirme sa position précédente<sup>372</sup> et ajoute que ce principe fait également obstacle aux effets en France d'une possession d'état invoquée pour l'établissement de la filiation si elle a pour origine une telle convention<sup>373</sup>.

---

<sup>368</sup> Sur renvoi, CA Paris, 18 mars 2010, *RG* n° 09/11017.

<sup>369</sup> N° F 09-17.130.

<sup>370</sup> CA Douai, 14 sept. 2009, *RG* n° 07/02201.

<sup>371</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, n° 09-17.130, *Rev. crit. DIP*, 2011 p. 722, obs. P. HAMMJE.

<sup>372</sup> Civ. 1, 17 déc. 2008, *AJ fam.* 2011, p. 262, obs. F. CHENEDE.

132. Dans un arrêt du 13 septembre 2013<sup>374</sup>, la Cour de cassation a retenu la qualification de fraude à la loi pour justifier le refus de transcription pour fraude à la loi. La fraude permettait de s'opposer également à l'établissement de la filiation du père.

En l'espèce, les juges du fond avaient ordonné la transcription de l'acte de naissance sur les registres français d'état civil. Ils estimaient que l'acte répondait aux exigences de l'article 47 du Code civil<sup>375</sup>. Or, comme le rappelle le professeur Chénéde, « la transcription d'un acte d'état civil étranger est toujours conditionnée au respect de l'ordre public français, et à l'absence de fraude à la loi »<sup>376</sup>. L'auteur expliquait également que tous les éléments de la théorie générale de la fraude semblaient réunis, ce qui affectait également la filiation paternelle qui était pourtant biologique. En effet, « les demandeurs ont tenté d'écarter une loi impérative en ayant recours à une gestation pour autrui autorisée en Inde avant de revenir sur le territoire national demander la reconnaissance juridique de la situation constituée à l'étranger ». Si le père est bien le père biologique, la fraude s'étend à l'ensemble et justifie le refus d'établissement du lien de filiation entre le père et l'enfant issu de la gestation pour autrui.

La Haute juridiction a confirmé cette position puisqu'elle a repris mot pour mot la motivation de l'arrêt de 2013, pour justifier sa décision dans une affaire similaire du 19 mars 2014. Selon la Cour « en l'état du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des

---

<sup>373</sup> Dans cette espèce, la transcription de l'acte d'état civil américain de l'enfant sur les registres français ayant été refusée par le consulat, à leur retour en France, les époux ont obtenu du juge des tutelles un acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant légitime à leur égard, dont ils ont demandé en justice la transcription sur les registres des actes d'état civil.

<sup>374</sup> Civ. 1re, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138, *D.* 2013. 2170, obs. I. GALLMEISTER, 2349, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, 2377, avis C. PETIT, 2384, note M. FABRE-MAGNAN, et 2014. 689, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *AJ fam.* 2013. 579, obs. F. CHÉNÉDE, 532, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, et 600, obs. C. RICHARD et F. BERDEAUX-GACOGNE ; *AJCT* 2013. 517, obs. R. MESA ; *Rev. crit. DIP* 2013. 909, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2013. 816, obs. J. HAUSER ; *JCP* 2013. 985, note A. MIRKOVIC ; *Dr. fam.* 2013. Comm. 151, note C. NEIRINCK ; A. GOUTTENOIRE, in *JCP* 2014. Chronique de droit de la famille. Doct. 43 ; *JDI* 2014. Comm. 1, note J. GUILLAUME.

<sup>375</sup> Cf. *Infra* n° 485 et s.

<sup>376</sup> F. CHÉNEDE, obs. Civ. 1, 19 mars 2014, *AJ Fam.* 2014, p. 244.

articles 16-7 et 16-8 du code civil ». La Cour a ajouté que « l'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance qui n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code ; [...] ayant caractérisé la fraude à la loi commise par M.X, la cour d'appel en a exactement déduit que la reconnaissance paternelle devait être annulée ».

Pour autant, une partie de la doctrine ont estimé que la qualification de la fraude n'était pas évidente. Ainsi, pour Monsieur le Professeur Fulchiron<sup>377</sup> et Madame Bidaud-Garon « que l'on refuse de transcrire les actes étrangers au nom des principes essentiels du droit français ou que l'on détruit la filiation de l'enfant au nom de ces mêmes principes (quand bien même cette filiation serait conforme à la vérité biologique, sociale et affective) est discutable en droit et en opportunité »<sup>378</sup>. Les auteurs estiment que les enfants n'ont pas à être privés de leurs droits par la faute des parents, d'autant plus que la fraude des droits fondamentaux de l'enfant ne peut pas être invoquée en l'espèce. D'autant « qu'en droit interne, et plus encore en droit international privé, la sanction de la fraude est des plus discutée, entre nullité et inopposabilité »<sup>379</sup>. Enfin, ils estimaient que les juges ont opéré une confusion lorsqu'ils ont énoncé que « la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public ». La confusion serait non seulement sur le fait de considérer la naissance comme frauduleuse, mais aussi sur les conséquences à attacher à cette fraude. Les auteurs expliquaient encore que « certes, reconnaître la filiation de l'enfant, c'est cautionner le comportement des parents ; mais le lien de filiation que l'on rejette concerne l'enfant tout autant que ses père(s) et/ou mère(s) : un enfant qui, lui, est étranger à la “ fraude ” ».

---

<sup>377</sup> H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « L'enfant de la fraude... » Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse, *D* 2014, p. 905.

<sup>378</sup> Civ. 1re, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et n° 12-30.138, *op. cit.*

<sup>379</sup> En droit interne, V. not. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4e éd., n° 809 s.

En droit international privé, V. not. BATTIFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8e éd., n° 370 s., spéc. n° 375.

La Cour de cassation<sup>380</sup> a opéré un revirement de jurisprudence sur le fondement de l'article 47 du Code civil et 8 de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Si ce dernier article n'est présent qu'au visa et ne se retrouve plus dans les motifs de la Cour de cassation, c'est bien sur la réalité factuelle de la filiation que les juges se sont fondés. La Cour de cassation, sans aucun doute influencée par la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme<sup>381</sup>, limite ainsi les effets de la prohibition en France de la gestation pour autrui, lorsque les mentions de l'acte de naissance correspondent à la réalité, sans pour autant revenir sur le principe même de cette interdiction et sans porter atteinte aux principes fondamentaux du droit des personnes et de la famille.

Si cette solution semble être un moindre mal eu égard au statut de l'enfant et du père biologique, le refus de reconnaître la filiation, au moins maternelle, se présente comme la dernière sanction envisageable. S'il est regrettable que l'enfant soit également touché par ce refus, ce dernier dispose malgré tout d'un acte de naissance étranger dans lequel la filiation paternelle est établie.

Monsieur le Professeur Bollée envisage l'opportunité d'une sanction pénale<sup>382</sup>. L'auteur se demande « si l'approche la moins insatisfaisante ne serait pas de s'en remettre au droit pénal »<sup>383</sup>. Il explique que « l'intervention de celui-ci, conçue comme le contrepoids d'une tolérance au plan de l'établissement de la filiation, permettrait en effet

---

<sup>380</sup> Cass., ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002, *D.* 2015. 1438, obs. I. GALLMEISTER, 1481, édito. S. BOLLEE, 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, et 2015 p.1773, note D. SINDRES ; *AJ fam.* 2015. 364, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; A. GOUTTENOIRE, *JCP G*, n° 38, 14 Septembre 2015, 965.

<sup>381</sup> CEDH, 26 juin 2014, aff. C-65192/11, *Mennesson c/ France* et aff. C-65941/11, *Labassée c/ France* : *JurisData* n° 2014-015212 ; *JurisData* n° 2014-015214 ; *Dr. famille* 2014, comm. 128, C. NEIRINCK ; *JCP G* 2014, 877, A. GOUTTENOIRE ; *RJPF* 2014-9/11, note V. DEPADT ; *D.* 2014, p. 1797, note F. CHENEDE ; *D.* 2014, p. 1773, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *D.* 2014, p. 1787, obs. Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2014, p. 1806, note L. D'AVOUT ; *D.* 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *RLDC* 2014/118, n° 5543, obs. C. BRUNETTI-PONS ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER ; *AJF* 2014, p. 96, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RDC* 2015/2, p. 349, note F. BELLIVIER ; *RDSS* 2014, p. 887, note C. BERGOIGNAN ESPER. - *Adde* G. PUPPINCK et C. DE LA HOUGUE, Cour européenne des droits de l'Homme : vers la libéralisation de la GPA : *RLDC* 2014/118, n° 5560.

<sup>382</sup> Cass. 1re civ. 17 déc. 2008, n° 07-20.468, FS-P+B+I, *JDI*, n° 2, Avril 2009, comm. 9, S. BOLLEE.

<sup>383</sup> Sur cette proposition, V. CA Paris, 25 oct. 2007 : *JurisData* n° 2007-344059 ; *RDC* 2008, p. 545, obs. F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE.

de placer le centre de gravité de la sanction sur la tête des parents intentionnels plutôt que sur celle de l'enfant et - cela n'est pas négligeable - de réaffirmer l'interdit. [...] Une chose serait de dire que l'enfant, une fois né, ne doit pas subir les conséquences néfastes de l'infraction commise par ceux qui ont déterminé sa naissance, autre chose serait d'admettre que ceux-ci sont rétrospectivement exemptés de l'obéissance à la loi française qui leur défendait de s'engager dans une telle aventure ». Cependant, comme le soulève l'auteur cela nécessiterait de réformer les textes existants qui ne sont pas adaptés au « tourisme procréatif »<sup>384</sup>.

133. Malgré cette interdiction et la jurisprudence constante de la Cour de cassation hostile à la pratique, on peut se demander pourquoi les couples intentionnels continuent de se rendre à l'étranger, dans l'espoir que le juge une fois devant le fait accompli accepte de retranscrire l'état civil de l'enfant. Or, comme l'écrit Monsieur le Professeur Hauser<sup>385</sup> « reconnaître le fait accompli conduirait, dans bien d'autres domaines, à abandonner tout jugement d'ordre éthique car on trouvera toujours une législation qui permet à peu près tout et des parents qui utiliseront ces législations plus permissives pour se libérer du droit français ».

## 2. La jurisprudence Wagner de la Cour européenne des Droits de l'Homme, un espoir pour les couples français

134. Après plus de onze ans de jurisprudence constante et une législation sans ambiguïté les parents d'enfants issus d'un contrat de maternité pour autrui continuent de demander la retranscription en France de l'état civil de l'enfant né à l'étranger d'une mère porteuse, et donc par voies de conséquences de demander la légalisation des conventions de maternité pour autrui valablement conclues à l'étranger.

Si pour l'instant la situation en droit interne semble figée, les parents avaient sans doute pris espoir avec une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme bien avant que la Cour condamne la France. En effet, cette dernière a condamné à plusieurs reprises un État contractant pour avoir refusé de reconnaître et d'exécuter un

---

<sup>384</sup> V. M. BANDRAC, G. DELAISI de PARSEVAL et V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui » : *D.* 2008.434, n° 6 et s.

<sup>385</sup> J. HAUSER, obs. Paris, 18 mars 2010, *RTD civ.* 2010.317.

jugement étranger d'adoption, et estime que « les raisons prévues par le droit international privé de l'État en cause ne sauraient justifier, objectivement et dans le respect du principe de proportionnalité, cette ingérence dans les droits du requérant »<sup>386</sup>. Même si en l'espèce il s'agissait d'une adoption internationale le raisonnement opérée par la Cour européenne des Droits de l'Homme est tout à fait applicable aux affaires de maternités de substitution.

135. Dans son arrêt *Wagner* du 28 juin 2007<sup>387</sup>, la Cour européenne des Droits de l'Homme a condamné le Luxembourg pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme en raison d'un refus d'*exequatur* d'une décision péruvienne d'adoption par une femme célibataire.

---

<sup>386</sup> CEDH 3 mai 2011, Req. n°56759/08. En l'espèce, un moine grec, évêque de l'Église orthodoxe à Detroit aux États-Unis d'Amérique, y adopte son neveu majeur, lui-même résident aux États-Unis depuis trois ans pour ses études universitaires. Le fils adoptif ajoute le nom de son père adoptif à son propre nom patronymique ; il rentre, au terme de ses études, en Grèce et entretient, pendant 14 ans, des liens qui correspondent à une filiation adoptive avec son oncle, lequel revient lui-même en Grèce deux ans avant son décès. Le moine - autre aspect par lequel il se singularise - laisse une fortune personnelle suffisamment considérable pour que le fils adoptif et les frères et sœurs du défunt se lancent dans une bataille judiciaire sur son partage : le fils adoptif se prétend seul héritier, mais l'une de ses tantes saisit le tribunal d'Athènes pour qu'il soit déclaré que le défunt, en tant que moine, n'avait pas la capacité pour adopter un enfant et qu'en conséquence, le jugement d'adoption américain ne peut être reconnu en Grèce.

La Cour de cassation grecque en formation plénière est saisie du cas. Elle consulte les décisions des conciles du premier millénaire et les traditions sacrées, auxquelles se réfère l'article 3 de la Constitution grecque et auxquelles la Cour de cassation reconnaît des effets civils dans l'ordre juridique grec. Elle en déduit qu'en droit civil, un moine ne peut pas adopter et juge que la reconnaissance d'un jugement étranger prononçant une adoption par un moine orthodoxe « se heurte à l'ordre public international de l'article 33 du Code civil et n'est pas autorisée ». Mais cette invocation d'un ordre public « d'après les conceptions religieuses et morales de l'Église orthodoxe orientale du Christ » ne résiste pas au contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme, qui décide que du fait du refus de reconnaître les effets en Grèce du jugement d'adoption américain, la Grèce a méconnu les droits du requérant - droits substantiels (droit au respect de la vie familiale, droit au respect des biens, droit à la non-discrimination) et droits procéduraux (droit au procès équitable, dont découle un droit à l'exécution internationale des jugements, même obtenus dans un État non contractant).

<sup>387</sup> CEDH 28 juin 2007, *Wagner*, n° 76240/01, D. 2007. 2700, note F. MARCHADIER ; *ibid.* 2008. 1507, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; Rev. crit. *DIP* 2007. 807, note P. KINSCH ; *RTD* civ. 2007. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Gaz. Pal.* 22/03/2008, n° 82, p. 31, note M.-L. NIBOYET ; *RJPF* 2007, n° 11, note M.-C. LE BOURSICOT ; *JDI* 2008. 183, comm. L. D'AVOUT ; *AJDA* 2007. 1918, note J.-F. FLAUSS ; *JCP* 2010. 70, chron. F. SUDRE.

En l'espèce, en droit international privé luxembourgeois, « les conditions requises pour adopter sont régies par la loi nationale du ou des adoptants »<sup>388</sup>. Le droit civil luxembourgeois prévoit deux types d'adoption : l'adoption plénière qui est réservée aux seuls couples mariés<sup>389</sup> et l'adoption simple qui est ouverte aux célibataires, mais qui, comme en France, ne rompt pas les liens de filiation de l'adopté avec sa famille d'origine.

Pendant de nombreuses années la pratique consistait à accepter la transcription des jugements d'adoption étrangers sans exiger d'*exequatur*, ni même procéder à un contrôle incident de ces jugements au regard des conditions légales d'efficacité des jugements étrangers. Plusieurs femmes célibataires avaient pu obtenir la transcription de jugements d'adoption plénière péruviens sur les registres de l'état civil luxembourgeois sans autres formalités, ce qui leur permettait de bénéficier, *de facto*, du statut d'adoptantes au Luxembourg. Or, la pratique de la transcription des jugements péruviens d'adoption plénière sur les registres d'état civil luxembourgeois avait été abrogée sur intervention du Parquet en 1994. Aussi, lorsque le 9 novembre 1996 après un séjour de plusieurs semaines au Pérou, le tribunal péruvien prononça l'adoption d'un enfant au profit de Madame Wagner, celle-ci emmena l'enfant au Luxembourg et se heurta à cette nouvelle pratique, en conséquence de quoi sa demande d'*exequatur* du jugement péruvien fut rejetée.

En 1997, les requérantes intentèrent une procédure civile afin que la décision péruvienne soit déclarée exécutoire au Luxembourg pour permettre notamment l'inscription de l'enfant sur les registres d'état civil et que la fillette puisse acquérir la nationalité luxembourgeoise. Le 2 juin 1999, le tribunal d'arrondissement rejeta la demande d'*exequatur* des requérantes, au motif que le jugement d'adoption péruvien avait été rendu en contradiction de l'article 367 du Code civil luxembourgeois, selon lequel une femme célibataire ne peut pas adopter plénièrement. Les requérantes interjetèrent appel, faisant notamment valoir que le jugement rendu en première instance était incompatible avec l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui prononce le droit au respect de la vie familiale. Mais l'appel des requérantes fut déclaré non fondé par la Cour le 6 juillet 2000 au motif que les juges de première instance avaient décidé que la décision péruvienne était en contradiction avec la loi luxembourgeoise de conflits de lois, qui prévoit que les conditions pour adopter sont

---

<sup>388</sup> Article 370 Code civil luxembourgeois.

<sup>389</sup> Article 367 Code civil luxembourgeois.

régies par la loi nationale de l'adoptant. La cour en a conclu qu'il était superflu d'examiner les autres conditions de *l'exequatur*, dont celle de la conformité à l'ordre public international. La Cour de cassation confirma la solution des juges du fond le 14 juin 2001. Elle estima, d'une part, que la Cour d'appel n'avait plus à répondre au moyen fondé sur l'ordre public, cette question étant devenue sans objet puisqu'ils avaient décidé de ne pas appliquer la loi étrangère. Effectivement, pour refuser *l'exequatur*, la Cour s'était fondée sur une des conditions de l'efficacité des jugements étrangers qui prévoit que le juge étranger doit appliqué la loi qui aurait été applicable si les tribunaux luxembourgeois avaient été directement saisis de la demande, ou du moins une loi qui aurait produit un résultat semblable. Or en l'espèce, l'adoption plénière prononcée au Pérou ne pouvait être reconnue au Luxembourg, puisque la loi n'autorise pas l'adoption plénière d'un enfant par une célibataire. D'autre part, elle avait estimé que les développements relatifs à l'article 8 de la Convention contenus dans l'acte d'appel « de par leur caractère dubitatif, vague et imprécis, ne constituaient pas un moyen exigeant réponse ».

Ainsi, Madame Wagner, agissant en son propre nom et en qualité de représentante légale de l'enfant adopté, forma une requête devant la Cour européenne des droits de l'Homme en reprochant à l'État du Luxembourg d'avoir violé l'article 8 de la Convention européenne qui consacre le droit au respect de la vie familiale qui impliquerait, selon elle, que dans un État contractant, « une situation d'état civil créée légitimement dans un autre État devrait être reconnue de plein droit », et d'avoir méconnu le droit des requérantes à la non-discrimination dans la jouissance d'un droit garanti par l'article 14 de la Convention.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a condamné le Luxembourg pour violation de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme en raison d'un refus *d'exequatur* de la décision. Elle rappelle qu'une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale n'est possible que si elle est « fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché »<sup>390</sup>. Et conclut que

---

<sup>390</sup> De son côté la Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt *Grunkin-Paul* du 14 octobre 2008, a estimé que le refus de reconnaissance d'un nom patronymique en vertu de règles de droit international privé peut constituer une entrave à la liberté de circulation et une violation du droit de l'Union européenne, sauf si l'entrave se fonde sur des considérations objectives et est proportionnée à un objectif légitimement poursuivi. Cette solution pourrait être étendue à l'ensemble du statut personnel. V. CJCE 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *AJ fam.* 2008.481, obs. A. BOICHE ; *AJDA* 2008.2327, chron. E.

« les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention ».

Dans cet arrêt, la Cour met fin aux solutions retenues par l'ancienne Commission qui avait exclu l'applicabilité de la Convention européenne pour les situations nées à l'étranger et qui ne connaissent aucun développement dans ce for. La défense du Luxembourg était fondée sur le raisonnement selon lequel le jugement péruvien d'adoption n'ayant pas reçu l'*exequatur*, la vie familiale se limitait à une simple relation affective entre une femme célibataire et un enfant. Les autorités luxembourgeoises estimaient donc n'avoir commis aucune ingérence, puisqu'elles n'avaient pas entravé le développement de cette relation. Et en effet, hormis le refus d'*exequatur*, les requérantes n'ont pas été empêchées de vivre ensemble, et il semblerait que la vie familiale se détermine par la seule référence à l'ordre juridique requis. Dès lors, à partir du moment où la vie familiale ne s'exprimerait qu'à l'étranger, la Convention européenne serait inapplicable ; tandis que si elle se développe dans l'ordre juridique du for, comme en l'espèce, celui-ci est sanctionnable, puisque seul responsable de sa reconnaissance ou non<sup>391</sup>.

136. Quelques années avant, en 2004 la Cour européenne des Droits de l'Homme avait rendu l'affaire *Hussin* dont le raisonnement fut repris dans l'arrêt *Wagner*. En l'espèce, Mme Monique Hussin, ressortissante belge, était domiciliée avec ses deux enfants en Allemagne, lorsque le service local de la jeunesse, agissant en qualité de curateur des enfants, réussit à obtenir d'un tribunal allemand un jugement déclarant G., ressortissant belge domicilié en Belgique, père naturel de l'un des enfants et le condamnant à payer une pension alimentaire. Le tribunal allemand a retenu sa compétence sur le fondement de l'article 5, 2°, de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, au motif que la convention de Bruxelles était applicable, nonobstant l'exclusion des questions de filiation par l'article 1er, si, comme en l'espèce, la question « est jointe à une demande en pension alimentaire ».

---

BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT; *D.* 2009.845: note F. BOULANGER ; *Rev. crit. DIP* 2009.80, note P. LAGARDE ; *JDI* 2009.203, note L. D'AVOUT.

<sup>391</sup> P. KINSH, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *Rev. crit. DIP* 2007. 807.

Mme Hussin échoua en définitive à obtenir l'*exequatur* partiel du jugement allemand en Belgique. Les juridictions belges<sup>392</sup> ayant retenu que dans la mesure où le jugement avait trait à la déclaration de la paternité de G., la convention de Bruxelles était inapplicable<sup>393</sup> ; s'appliquait, au contraire, une convention belgo-allemande de 1958, au regard de laquelle le tribunal allemand n'était pas compétent pour connaître des prétentions des consorts Hussin contre une personne domiciliée en Belgique. Pour ce qui était du deuxième volet des décisions prises en Allemagne qui concernait la condamnation à une pension alimentaire, il n'était selon le tribunal que « la simple conséquence logique » de la décision allemande relative à la constatation de la paternité de G., si bien que les motifs de refus de l'*exequatur* qui s'appliquaient à la décision de constatation de la paternité s'appliquaient « *ipso facto* en l'espèce ». En définitive, aucune des décisions obtenues en Allemagne par les consorts Hussin ne reçut l'*exequatur* en Belgique.

La Cour européenne des Droits de l'Homme releva qu'il ne lui appartenait pas de juger du bien-fondé de l'interprétation, adoptée en Belgique, de la convention de Bruxelles.

Les consorts Hussin avaient invoqué un moyen selon lequel : en refusant de reconnaître les décisions allemandes, « l'État belge s'[était] immiscé dans l'exercice du droit [des consorts Hussin] au respect de la vie privée et familiale, puisque la suppression des droits qui leur avaient été reconnus dans un autre pays européen [avait] bouleversé leur vie privée et familiale » et avait porté atteinte au respect de leurs biens en violation de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de l'article 1er du protocole n°1.

La Cour jugea que le grief était mal fondé, entraînant ainsi l'irrecevabilité de la requête. Elle avait en effet estimé que : « La Cour reconnaît que le refus d'accorder l'*exequatur* des jugements du tribunal [allemand] a représenté une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants, ainsi qu'une atteinte à leur droit au respect de leurs biens ». Le rapporteur constata néanmoins qu'une ingérence ne signifiait pas nécessairement une violation de la Convention européenne des droits de l'Homme en expliquant qu'il se pouvait, après tout, que l'ingérence soit justifiable. En outre, la Cour rappela que « nul ne saurait se plaindre d'une situation qu'il a lui-même pu contribuer à

---

<sup>392</sup> Civ. 1re, 29 mars 2001, *Rev. trim. de dr. fam.*, 2001, p. 729.

<sup>393</sup> Article 1<sup>er</sup>.

créer ». Or le refus de l'*exequatur* et les préjudices qui en ont résulté, provenaient aux yeux des juridictions belges, du fait que les requérants ne s'étaient pas adressés aux juridictions compétentes, ce qui entraînait le refus de l'*exequatur* aux jugements qu'ils avaient obtenus. « Il ne saurait être fait grief aux autorités belges d'avoir refusé l'exécution des décisions qui leur sont apparues comme n'ayant pas été prises dans le respect des règles de compétence applicables »<sup>394</sup>.

Ainsi, la position de la Cour ouvrit la possibilité d'un contrôle, au regard de la convention, des motifs de refus de l'*exequatur*.

137. Ainsi, l'affaire *Wagner*, comme avant elle l'affaire *Hussin*<sup>395</sup>, démontre qu'une situation constituée à l'étranger est opposable à l'État selon la Convention, indépendamment du point de vue de son ordre juridique. Dans l'affaire *Hussin*, bien que les juridictions belges aient refusé l'*exequatur* aux décisions allemandes octroyant une pension alimentaire à la seconde requérante, les juges européens avaient estimé qu'elle était titulaire d'un bien, au sens de l'article 1er du Protocole n°1, et que l'État belge devait le protéger. Aussi, dans l'affaire *Wagner*, c'est la vie familiale fondée sur un lien d'adoption plénière qui s'imposait aux autorités luxembourgeoises, malgré l'absence d'*exequatur*. La Cour a estimé qu'une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention était née du « statut juridique créé valablement à l'étranger »<sup>396</sup>. C'était la première fois que la Cour exprimait aussi clairement qu'une situation constituée à l'étranger relève de la Convention européenne<sup>397</sup>.

138. La « réalité sociale »<sup>398</sup> de la situation est donc un élément important dans la prise de décision de la Cour. La Cour le définit comme le fait que la mère se

---

<sup>394</sup> P. KINSH, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *op. cit.*

<sup>395</sup> V. CEDH, *Hussin c/ Belgique*, 6 mai 2004, Requête n° 70807/01.

<sup>396</sup> V. §133, CEDH 28 juin 2007, *Wagner*, n° 76240/01.

<sup>397</sup> La Commission avait jusqu'alors refusé une telle position excluant l'applicabilité de la Convention européenne dès lors que la situation née à l'étranger n'avait connu aucun développement dans le for. Ainsi dans l'affaire *B.S.H. et G.S.H.* (V. Comm. CE 15 déc. 1977, *B.S.H. et G.S.H.c/ R.-U.*), la Commission a accordé une importance décisive au fait que la décision d'adoption indienne n'était ni reconnu, ni susceptible de l'être en vertu du droit anglais pour exclure que la relation des requérants s'apparentât à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.

<sup>398</sup> V. §132 et §133, CEDH 28 juin 2007, *Wagner*, n° 76240/01.

« comporte à tous égards comme la mère de la mineure depuis 1996 »<sup>399</sup> ce qui se rapproche de la possession d'état de notre droit. Or cet élément, qui fut critiqué dans l'affaire *Pini et Bertani*<sup>400</sup>, semble assez mince pour être protégé conventionnellement<sup>401</sup>. À l'appui de son argument la Cour nota que cette situation reposait sur un jugement qui avait autorité publique. Ainsi, la décision de justice semblait constituer une base suffisante pour considérer que la situation tombe sous la protection d'une convention<sup>402</sup>. Seul importe le point de vue de l'ordre juridique d'origine, le fondement de la réalité sociale à prendre en compte est celui de l'ordre juridique interne d'origine. Selon cette logique les parents peuvent valablement espérer que toute situation « cristallisée »<sup>403</sup> dans un ordre juridique donné, conserve ses caractères dans tous les ordres juridiques des États parties à la Convention<sup>404</sup>.

139. Plus récemment par un arrêt du 3 mai 2011, la Cour européenne a rendu une décision *Négrépontis-Giannisis c/ Grèce*<sup>405</sup> sur la base des arrêts *Wagner* et *McDonald c/ France* du 29 avril 2008<sup>406</sup>. Elle a de nouveau condamné un État contractant pour avoir refusé de reconnaître et d'exécuter un jugement étranger d'adoption, et a estimé que les raisons prévues par le droit international privé de l'État en question ne

---

<sup>399</sup> V. § 117, CEDH 28 juin 2007, *Wagner, Ibid.*

<sup>400</sup> CEDH 22 juin 2004, *Pini et Bertani c/ Roumanie*, D. 2004. Jur. 3026, note J.-F. RENUCCI et I. BERRO-LEFEVRE ; *ibid.* 2005. 1748, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, s. 147.

<sup>401</sup> F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », D 2007, 2700.

<sup>402</sup> Cette logique avait déjà été adoptée dans l'affaire *Hussin* où la Cour avait jugé qu'une pension alimentaire accordée par les jugements allemands était constitutive d'un bien au sens de la Convention européenne.

<sup>403</sup> P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mél. P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 558.

<sup>404</sup> V., *mutatis mutandis*, A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *RCADI* 2000.101.

<sup>405</sup> Req. n°56759/08.

<sup>406</sup> CEDH, 29 avr. 2008, n°18648/04, D. 2009. 1557, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2008. 830, note P. KINSH ; *RTD Civ.* 2008.646, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JDI*, 2009. 195, note MARCHADIER. Cet arrêt entraîne d'importantes conséquences, puisque le juge de l'*exequatur* doit s'assurer que trois conditions sont remplies : la compétence indirecte du juge étranger fondée sur le rattachement du litige au pays saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi. L'objet principal de cette nouvelle règle est la suppression de l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, comme celui de l'arrêt *Munzer* avait été la suppression de la révision au fond.

justifiait pas une telle ingérence dans les droits du requérant.

Par ces différentes décisions, la Cour a ainsi montré que l'ordre public lui-même est soumis à un contrôle européen dès lors que l'un des droits protégés par la Convention est en cause.

140. Or, jusqu'à présent la Cour de cassation se fondait sur l'ordre public international français pour justifier sa position en matière de maternité de substitution<sup>407</sup>, décision appuyée par la jurisprudence *Cornelissen* du 20 février 2007<sup>408</sup> relative au contrôle des décisions étrangères qui ne reconnaît plus que trois motifs de non-reconnaissance : l'absence de compétence indirecte du juge saisi, la fraude à la loi et celui retenu par la Cour de cassation dans les arrêts portant sur les conventions de maternité de substitution : la non-conformité à l'ordre public international. Cependant, la Cour européenne des Droits de l'Homme peut contraindre les États contractants à reconnaître des situations constituées, sans l'intervention d'une juridiction ou autre instance décisionnelle, en vertu d'une loi autre que celle désignée par les règles de conflit de loi du for.

## B. LA CONDAMNATION DE LA FRANCE PAR LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

141. Saisie le 6 octobre 2011<sup>409</sup> dans le cadre des affaires *Menesson* et *Labassé*, la Cour européenne des Droits de l'Homme a finalement condamné la France le 26 juin 2014<sup>410</sup>.

---

<sup>407</sup> Cass. Civ. 6 avril 2011, *op. cit*

<sup>408</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, *AJ fam.* 2007. 324 ; *D.* 2007. 1115, obs. I. GALLMEISTER, note L. d'AVOUT et S. BOLLEE ; *ibid.* 891, chron. P. CHAUVIN ; *ibid.* 1751, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *Mélanges GAUDEMET-TALLON*, 2008, p. 133 ; *Rev. crit. DIP* 2007. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *JDI* 2007. 1195, note F.-X. TRAIN.

<sup>409</sup> *Menesson c. France* (requête n° 65192/11) et *Labassée c. France* (requête n° 65941/11).

<sup>410</sup> CEDH, 26 juin 2014, *op. cit.* « La “ reconnaissance ” de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Menesson* et *Labassée* », *D* 2014 p. 1806.

La question posée aux juges était de déterminer si la filiation des enfants nés de gestation pour autrui pratiquées à l'étranger peut être inscrite sur les registres français d'état civil. Après avoir refusé de reconnaître la filiation de la mère d'intention au nom du principe d'ordre public d'indisponibilité de l'état des personnes<sup>411</sup>, la Cour de cassation avait suivi cette même logique s'agissant de la filiation du père biologique, et ce, en raison de la fraude à la loi française constituée par le recours à une convention de mère porteuse<sup>412</sup>. Cette position est désormais condamnée, dans les deux arrêts du 26 juin 2014 rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme au nom du respect de l'identité de l'enfant.

En l'espèce, les quatre requérants ont eu recours à la gestation pour autrui aux États-Unis, avec implantation d'embryons dans l'utérus d'une autre femme, issus chacun des gamètes du père biologique. Les juridictions américaines avaient reconnu la filiation des deux parents. De retour en France, ils se sont heurtés au refus de la transcription de l'acte de reconnaissance étranger par l'administration et les tribunaux français. Le 6 avril 2011, la Cour de cassation a confirmé ce refus au nom de la fraude à l'ordre public<sup>413</sup>. Saisie principalement des articles 8 et 14 de la Convention, la Cour européenne des Droits de la Homme condamna la France, sur le volet de l'article 8 portant sur le droit à la vie privée de l'enfant. Elle juge, pour la première fois, qu'il est contraire aux droits de l'Homme de priver un enfant de son identité. Si les États bénéficient d'une ample marge d'appréciation dans les choix liés à la gestation pour autrui, cette variable est réduite en

---

La CEDH a confirmé sa position dans l'arrêt *Paradiso* du 27 janvier 2015 ; CEDH, 2<sup>e</sup> sect. 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, D. 2015. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* 755, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJ fam.* 2015. 165, obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.* 77, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; V. LEFEBVRE, D. *Actualités*, 20 février 2015 ; J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.* 2015. 325.

<sup>411</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, *Dalloz actualité*, 14 avr. 2011, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; D. 2011. 1522, et les obs., note D. BERTHIAU et L. BRUNET ; *ibid.* 1001, édito. F. ROME ; *ibid.* 1064, entretien X. LABBÉE ; *ibid.* 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* 1995, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *ibid.* 2012. 308, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *ibid.* 1033, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *ibid.* 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2011. 262 ; *ibid.* 265, obs. B. HAFTEL ; *ibid.* 266, interview M. DOMINGO ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *Rev. crit. DIP* 2011. 722, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. HAUSER

<sup>412</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, n° 13-50.005, D. 2014. 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *ibid.* 901, avis J.-P. JEAN ; *ibid.* 1059, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.* 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

<sup>413</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, *op. cit.*

matière de filiation<sup>414</sup>. La Cour constate que l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des requérants que constitue le refus des autorités françaises de reconnaître leur lien de filiation est prévu à l'article 8 de Convention européenne des Droits de l'Homme. Les juges ont constaté que « le refus de la France de reconnaître le lien de filiation entre les enfants nés d'une maternité pour autrui à l'étranger et les couples ayant eu recours à cette méthode procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors de France à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et la mère porteuse ».

Concernant les intérêts des requérants, la Cour a estimé qu'ils n'ont pas été particulièrement affectés par la situation. Contrairement au droit des enfants au respect de leur vie privée qui est en revanche touchée d'incertitude juridique. Sur ce point la Cour a jugé que les enfants se trouvent dans une véritable situation d'incertitude juridique. En effet, même si la Cour reconnaît qu'ils ont été identifiés ailleurs comme étant les enfants des couples commanditaires, la France leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que « pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française ». De plus, bien que leur père biologique soit français, les enfants ne sont pas certains de se voir accorder la nationalité française.

Afin de reconnaître la filiation du père, la Cour se fonde sur l'importance de la filiation biologique. Les juges estiment qu'elle est un élément essentiel à l'identité de chacun mais que cela pose de trop grandes difficultés sur le plan juridique pour les enfants, et notamment au moment de la succession de leur père biologique. En effet, la succession sera soumise à une imposition majorée alors qu'ils sont les enfants biologiques du *de cuius*. En effet, l'enfant ne peut hériter de ses parents qu'au titre de légataire.

142. Néanmoins c'est « sous le prisme du retentissement identitaire évident à l'égard de ces enfants que la Cour condamne la France »<sup>415</sup>. La Cour européenne des Droits de l'Homme s'assure ici que les enfants ne soient pas des victimes de la situation, que le Conseil d'État avait qualifié de sorte de « filiation putative », en comparaison avec l'article 201 du Code civil qui reconnaît les effets d'un mariage nul<sup>416</sup>.

---

<sup>414</sup> Pt 97

<sup>415</sup> T. COUSTET, « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *D*, 30 juin 2014.

<sup>416</sup> V. *Étude sur la révision des lois de bioéthique*, Doc. fr., 2009.

Les juges ont également admis qu'en l'absence de consensus en Europe sur la légalisation ou non de la maternité pour autrui, les États devaient bénéficier d'une marge d'appréciation au regard des « délicates interrogations d'ordre éthique »<sup>417</sup>, qui doivent être fonction de l'intérêt de l'enfant en présence.

143. En ce qui concerne le caractère d'ordre public attaché à la nullité de cette pratique, la solution de la Cour européenne des Droits de l'Homme contribue très nettement à relativiser cette notion. Si ses effets sont reconnus en France, on admet qu'une telle convention, même nulle au sens du droit français, demeure néanmoins efficace sur le territoire. Dorénavant les juges doivent s'adapter et le fondement de la fraude semble mis à mal, sauf si les juges admettent que celle-ci n'affecte que la validité de la gestation et non ses effets. Monsieur le Professeur D'Avout estime que « l'exception tirée de la fraude ou de l'ordre public continue à constituer le motif possible d'un refus de coopération aux politiques étrangères et à l'action des autorités publiques étrangères, à condition d'être maniée avec prudence à la lumière des droits fondamentaux »<sup>418</sup>.

144. La Cour a donc jugé que l'État français est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation en refusant de reconnaître la filiation du père biologique envers ses enfants et a ainsi violé l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Par cette décision les juges rappellent que l'intérêt de l'enfant doit primer sur tous les intérêts en jeu. Cependant, si elle impose à la France de reconnaître les effets de la filiation, elle ne reconnaît pas pour autant la pratique. En effet, ces arrêts « n'obligent nullement à la reconnaissance, directe et obligatoire, des rapports de filiation consécutifs à une gestation pour autrui menée à l'étranger. L'exception tirée de la fraude ou de l'ordre public continue à constituer le motif possible d'un refus de coopération aux politiques étrangères et à l'action des autorités publiques étrangères, à condition d'être maniée avec prudence à la lumière des droits fondamentaux. En toute circonstance, l'intérêt de l'enfant à la préservation de son identité et de sa vie privée pourrait obliger désormais les juges français, sollicités à cette fin, à mettre en œuvre leurs règles de conflits de lois, afin que l'enfant ne soit pas privé sans raison suffisante du droit d'établir sa filiation biologique. Ainsi entendue, la jurisprudence de la Cour européenne ne constitue qu'un tempérament à la jurisprudence française, qui peut (et, selon nous,

---

<sup>417</sup> Pt 79

<sup>418</sup> L. D'AVOUT, « La “ reconnaissance ” de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Menesson* et *Labassée* », *D* 2014 p. 1806.

devrait) continuer à proroger, en matière internationale, la volonté claire du législateur, sauf à en tempérer parfois les effets concrets dans l'intérêt de la personne privée de bonne foi (ici : l'enfant, et lui seulement) »<sup>419</sup>.

145. Enfin, si l'on place l'arrêt dans l'évolution jurisprudentielle de la Cour, Monsieur le Professeur D'Avout explique qu'en « apportant de la sorte une réponse autonome, et négative, aux requêtes des parents, les arrêts *Menesson* et *Labassée* restreignent à notre sens considérablement la portée des arrêts antérieurs de la Cour, qui semblaient entériner une obligation *positive* des États d'admettre le fait accompli à l'étranger et de le transformer en situation juridique valable dans l'ordre juridique interne. Cela devrait constituer un point d'assez grande satisfaction pour tous ceux ayant reçu la jurisprudence *Wagner* avec scepticisme. Cette jurisprudence *Wagner*, mise au fondement de la solution des arrêts *Menesson* et *Labassée*, est en réalité tempérée dans une large mesure, pour la double raison de la distinction opérée entre les requérants et de l'absence d'obligation positive de transformation de la famille de fait en une famille de droit. Aux yeux des États, le potentiel de nuisance de l'arrêt *Wagner* devrait désormais être assez largement désactivé »<sup>420</sup>.

## **II. LES DROITS CONSACRES PAR LES CONVENTIONS INTERNATIONALES FACE AUX DROITS NATIONAUX**

146. En matière de droit de la famille et notamment de filiations les conventions internationales consacrent certains droits qui sont parfois en inadéquation avec les droits nationaux, et c'est à la Cour européenne des Droits de l'Homme que revient la charge de faire respecter les dispositions du droit de l'Union européenne (A). Il est donc intéressant de s'intéresser aux législations et jurisprudences des États face à la position de la Cour européenne des Droits de l'Homme (B).

---

<sup>419</sup> L. D'AVOUT, « La “ reconnaissance ” de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Menesson* et *Labassée* », *op. cit.*

<sup>420</sup> *Ibid.*

## A. LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME GARANTE DU RESPECT DES DROITS ISSUS DE CONVENTIONS DE L'UNION EUROPEENNE

147. Dans les arrêts de 2011<sup>421</sup>, les pourvois reprochaient aux juridictions d'appel d'avoir violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant issu de la Convention de New York. Les requérants demandaient aux juges « d'écarter les effets de cette contrariété à l'ordre public », afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie de famille. Ainsi, selon Monsieur le Professeur François Chénéde<sup>422</sup> Le refus de reconnaissance de l'état civil par les juges soulève « la question de l'affrontement au sein même de l'ordre public international des deux logiques - ordre public familial contre intérêt concret de l'enfant », ainsi que la question d'une hiérarchie au sein des valeurs défendues par l'ordre public international. Or, le principe essentiel, spécifique à l'ordre juridique français, doit-il céder devant les normes fondamentales internationales ?

148. L'autre question qui se pose au regard du principe de l'intérêt de l'enfant est de savoir où cet intérêt se situe. Sur ce sujet, il y a un débat entre les partisans d'une appréciation *in abstracto* de cet intérêt et ceux d'une appréciation *in concreto*.

Pour une partie de la doctrine, le respect de l'intérêt nécessite que le droit français reconnaisse la filiation<sup>423</sup>.

Une seconde partie<sup>424</sup>, se placent du point de vue selon lequel la maternité pour autrui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant ou dans celui de la mère porteuse. Ainsi, il serait

---

<sup>421</sup> Cass. Civ. 6 avril 2011, *op. cit.*

<sup>422</sup> F. CHENEDE, « Conventions de mère-porteuse : la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif », *AJ Famille* 2011, p. 262.

<sup>423</sup> H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, Regard prospectif sur les arrêts *Labassée* et *Menesson* de la CEDH du 26 juin 2014 », D. 2014. 1773 ; des mêmes auteurs : « Dans les limbes du droit », D. 2013. 2349.

<sup>424</sup> P. HAMMJE, Maternité pour autrui, possession d'état et état civil, *Rev. crit. DIP* 2011. 722. L'auteur conclut en expliquant que si « la position adoptée par la Cour de cassation dans les présentes décisions ne peut pleinement satisfaire. [...] elle mérite néanmoins d'être approuvée, pour ne pas avoir cédé à la politique du fait accompli. Les droits fondamentaux ne peuvent justifier de conférer un blanc-seing à toute situation créée à l'étranger, du simple fait qu'elle existe valablement, fût-elle en opposition avec les conceptions essentielles du for. Certes, en l'occurrence, le sort des enfants est éminemment regrettable, victimes du comportement frauduleux de leurs parents d'intention qui ont, en toute connaissance en cause,

dans l'intérêt de l'enfant à naître ou né de maintenir la prohibition des maternités de substitution et de refuser toute régularisation de leur situation, sous peine d'inciter au contournement de l'interdiction.

149. Si l'argument apporté par les parties de l'intérêt de l'enfant semblait peu pertinent, celui de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, c'est-à-dire la violation du droit au respect de la vie privée et familiale le semblait davantage. Ce motif fût, d'ailleurs, retenu par l'avocat général pour justifier la cassation dans l'affaire *Menesson*. Comme le souligne le Monsieur François Chénéde<sup>425</sup>, l'arrêt *Wagner* a confirmé que le refus de reconnaissance des liens de famille valablement créés à l'étranger est contraire à l'article 8. D'après la Cour, on ne peut « raisonnablement refuser la reconnaissance de liens familiaux qui préexistaient *de facto* entre les requérants ». Ainsi, la vie familiale protégée au sens de la Convention européenne des Droits de l'Homme pourrait se limiter à une vie familiale « fondée sur le seul critère de l'effectivité de la relation », qui peut être supérieur aux règles de droit de l'État d'accueil si celles-ci risquent de la remettre en cause. Ainsi, « le libre passage des droits issus d'une gestation pour autrui régulièrement menée à l'étranger » s'appliquerait aux enfants ayant toujours vécu avec leurs parents d'intention, et comme dans l'affaire *Wagner*, celle-ci repose sur un lien juridique valablement acquis à l'étranger.

150. Mais ici l'État dans lequel la situation a été créée n'est pas un État européen, et malgré les arguments et notamment celui fondé sur l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, la Cour de cassation a estimé que les enfants n'étant pas dépourvus de vie familiale effective malgré l'absence de reconnaissance de la filiation. Donc en l'espèce, en procédant à une logique inverse de l'ordre public atténué, le droit acquis à l'étranger semble justifier au contraire le jeu de l'ordre public, qui se traduit par une vie familiale *de facto*.

151. Le parallèle avec l'arrêt *Wagner* s'arrête là, puisqu'on constatera que

---

bravé l'interdiction du droit français. Mais il n'appartient pas à la Cour de cassation de s'affranchir de l'article 16-7 du Code civil en autorisant, même indirectement le recours aux mères porteuses, au risque d'inciter les plus fortunés au « tourisme procréatif ». Et au-delà, ne serait-il pas quelque peu paradoxal que les efforts accomplis dans le domaine de l'adoption internationale pour lutter contre une marchandisation des enfants soient remis en cause sur le terrain de la gestation pour autrui au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant ? ».

<sup>425</sup> *Ibid*

contrairement à cette affaire, il n'y a pas seulement une différence entre l'État d'accueil et l'État d'origine de la situation comme cela a été le cas entre le Luxembourg et le Pérou, mais une réelle opposition de fond qui repose non seulement sur des fondements juridiques, mais également sociologiques et moraux de chaque pays, opposition qui justifie, le maintien de la position des juridictions françaises.

C'est pourquoi l'ordre public international français de la famille qui fait office de garde-fou face à une mondialisation, voire une commercialisation du droit de la famille, favorise l'hégémonie des volontés individuelles et ne devrait pas être écarté.

La question mérite d'être posée au regard de la Convention internationale des Droits de l'Enfant dont l'article 3§1 affirme que, dans toute décision qui la concerne, la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, mais aussi par rapport à l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui garantit à l'enfant, comme à tout homme, le droit au respect de sa vie privée et familiale, et, enfin, au regard de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la reconnaissance des situations valablement créées dans un pays membre<sup>426</sup>.

---

<sup>426</sup> Dans un arrêt de grande chambre rendu le 18 mars 2014 (aff. C-167/12, *D.* 2014. 778), la Cour de Justice de l'Union Européenne s'est prononcée sur la question de l'octroi d'un congé de maternité à la mère « commanditaire » dans le cadre d'une gestation pour autrui réalisée au Royaume-Uni, la mère d'intention ayant, en l'espèce, allaité l'enfant dès la naissance. La Cour n'a pas abordé la question même de la gestation pour autrui et n'a rendu qu'une analyse technique des directives européennes en cause. (Dir. n° 92/85/CEE du Conseil, du 19 oct. 1992, concernant la mise en œuvre de mesures qui vise à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (10° Dir. particulière au sens de l'art. 16, § 1, de la Dir. n° 89/391/CEE) et Dir. n° 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juill. 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail). Selon la Cour « l'attribution d'un congé de maternité sur le fondement de l'art. 8 de la Dir. n° 92/85/CEE suppose que la travailleuse en bénéficiant ait été enceinte et ait accouché de l'enfant » (§ 35). Les États membres ne sont donc tenus d'accorder un congé maternité à la mère commanditaire. La directive ne posant toutefois que des normes minimales, elle « n'exclut nullement la faculté pour les États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des mères commanditaires ayant eu un enfant grâce à une convention de mère porteuse, en leur permettant de bénéficier d'un congé de maternité du fait de la naissance de cet enfant » (§ 42). La Cour rejette également les arguments liés à la discrimination fondée sur le sexe (§ 44 s.). En prenant acte des législations nationales qui l'organisent, la Cour de Justice de l'Union Européenne reconnaît implicitement la liberté des États membres de consacrer la maternité pour autrui.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a d'ailleurs favorisé, dans les arrêts *Wagner c/ Luxembourg*<sup>427</sup> et *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*<sup>428</sup>, la protection de la vie familiale de l'enfant, alors qu'elle avait été créée à l'étranger en contrariété avec les règles d'ordre public du for. Position qui fut confirmée dans l'arrêt du 26 juin 2014<sup>429</sup>.

## B. LES LEGISLATIONS ET JURISPRUDENCES DES ÉTATS FACE A LA POSITION DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

152. Madame le Professeur Granet-Lambrechts<sup>430</sup> a fait le bilan des législations européennes qui autorisent (1) prohibent les accords de maternité pour autrui (2). Le *tribunal supremo* espagnol a eu à se prononcer sur les accords de maternité pour autrui conclus à l'étranger en dépit du droit national (3).

### 1. La licéité des conventions de maternité pour autrui

153. En Grèce<sup>431</sup>, la pratique des accords de maternité pour autrui est autorisée et soumise aux dispositions de la loi du 19 décembre 2002<sup>432</sup> codifiée aux articles 1455 à 1460, et qui a modifié les articles 1461 à 1484 relatifs à la filiation. Elle a été également

---

<sup>427</sup> CEDH 28 juin 2007, n° 76240/01, *D.* 2007. 2700, note F. MARCHADIER, et 2008. 1507, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJDA* 2007. 1918, chron. J.-F. FLAUSS ; *Rev. crit. DIP* 2007. 807, note P. KINSCH ; *RTD civ.* 2007. 738, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JDI* 2008. 183, note L. D'AVOUT.

<sup>428</sup> CEDH 3 mai 2011, n° 56759/08, *D.* 2012. 1228, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2011. 817, étude P. KINSCH ; *JDI* 2012. Comm. 7, note A. DIONISI-PEYRUSSE.

<sup>429</sup> CEDH, 26 juin 2014, *op. cit.*

<sup>430</sup> V. sur la situation en Grèce : Trimmings K. et P. Beaumont P., *International Surrogacy arrangements*, Hart publishing, 2013, p. 143 et s. ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens », *AJ Famille* 2014 p. 300.

<sup>431</sup> *Ibid.*

<sup>432</sup> Loi n° 3089/2002 du 19 décembre 2002 sur l'assistance médicale à la procréation humaine.

complétée par la loi du 27 janvier 2005<sup>433</sup>. Toute infraction à cette loi est pénalement sanctionnée par une peine de prison d'au moins deux ans, ainsi qu'une amende de 1 500 euros. Ces peines s'appliquent également aux intermédiaires.

Selon la législation, le couple intentionnel doit être composé d'un homme ou d'une femme marié ou non. Chacun des deux membres du couple doit avoir exprimé son consentement dans un acte écrit notarié. La mère d'intention doit avoir moins de 50 ans et être dans l'incapacité médicale de procréer ou bien exposer l'enfant à naître au risque de transmission d'une maladie grave en cas de procréation naturelle. La mère porteuse doit également avoir moins de 50 ans<sup>434</sup>. La mère d'intention doit préalablement obtenir l'autorisation de recourir à une mère porteuse dans le cadre d'une procédure judiciaire gracieuse, après accord écrit passé avec la mère porteuse ainsi qu'avec son conjoint quand elle est mariée<sup>435</sup>.

Les accords ne peuvent pas être conclus à titre onéreux, puisque toute finalité lucrative est prohibée. Seul le remboursement des frais de grossesse et d'accouchement et éventuellement une indemnisation plafonnée correspondant à ses salaires perdus pendant la grossesse de la mère porteuse peuvent être versés.

Afin d'éviter le « tourisme procréatif »<sup>436</sup>, la loi exige que la mère d'intention et la mère porteuse soient toutes deux domiciliées en Grèce<sup>437</sup>. Ainsi, une femme grecque domiciliée à l'étranger ne peut pas bénéficier d'une convention de mère porteuse en Grèce, mais une étrangère le peut si elle est domiciliée en Grèce. Se pose alors la question de la reconnaissance par les autorités de son État national de l'état civil de l'enfant conçu et né en Grèce dans ces circonstances<sup>438</sup>.

Or, la loi prévoit que la mère d'intention est présumée être la mère légale de l'enfant. Cette présomption est soumise à la production de l'autorisation qui lui avait été délivrée par voie de procédure gracieuse. Elle est inscrite comme telle dans l'acte de naissance de l'enfant dès son inscription dans le registre des naissances par l'officier de

---

<sup>433</sup> Loi n° 3305/2005 du 27 janv. 2005 sur la mise en œuvre des méthodes de reproduction médicalement assistée, entrée en vigueur le 27 février 2005.

<sup>434</sup> Articles 1455 et 1458 Code civil.

<sup>435</sup> Article 121 de la loi d'introduction au code civil, modifié par l'article 4 de la loi n° 3089/2002.

<sup>436</sup> H. BOSSE-PLATIERE, *op. cit.*

<sup>437</sup> Article 8 de la loi n° 3089/2002.

<sup>438</sup> F. GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens », *AJ Famille* 2014 p. 300.

l'état civil<sup>439</sup>, par exception au principe général *mater semper certa est* posé par l'article 1463 du Code civil. La filiation paternelle de l'enfant est aussi inscrite dans son acte de naissance : la paternité du mari de la mère d'intention est présumée selon le droit commun<sup>440</sup> et, en ce qui concerne la paternité du concubin de la mère d'intention, son consentement mentionné dans l'acte écrit notarié vaut reconnaissance volontaire de paternité<sup>441</sup>.

Une action en contestation de la maternité peut être exercée dans les six mois de la naissance par la mère d'intention ou par la gestatrice, si elle prouve qu'elle est la mère biologique.

En ce qui concerne la reconnaissance internationale des actes de l'état civil ou des jugements étrangers relatifs à un enfant né d'une mère porteuse à l'étranger, la loi ne prévoit rien. Ainsi, une première solution serait fondée sur l'article 780 du Code de procédure civile qui dispose que la reconnaissance de plein droit par les autorités grecques d'une décision étrangère gracieuse quand elle a été régulièrement rendue et quand la juridiction étrangère a appliqué la même règle de droit que celle qui aurait été applicable par un juge grec s'il avait été saisi et s'il avait été compétent selon les règles grecques de droit international privé. Une seconde solution serait fondée sur l'article 905 § 4 du Code de procédure civile qui subordonne à l'*exequatur* la reconnaissance en Grèce d'une décision étrangère de nature contentieuse<sup>442</sup>.

154. Au Royaume-Uni<sup>443</sup>, c'est une loi de 1990 modifiée à de nombreuses reprises qui prévoient les règles auxquelles sont soumis les accords de maternité pour autrui<sup>444</sup>.

---

<sup>439</sup> Article 1464 du Code civil.

<sup>440</sup> Article 1465 du Code civil.

<sup>441</sup> Article 1475 du Code civil.

<sup>442</sup> . GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens, » *op. cit.*

<sup>443</sup> V. Les réponses données au questionnaire établi par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye : <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3uk.pdf> ; V aussi, TRIMMINGS K. et P. BEAUMONT P., *International Surrogacy arrangements*, Hart publishing, 2013, p. 367 et s. ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens », *AJ Famille* 2014 p. 300.

<sup>444</sup> Loi du 1<sup>er</sup> novembre 1990 sur la fécondation et l'embryologie humaine (*Human Fertilisation and Embryology Act* 1990), amendée par une loi de 2008 (*Human Fertilisation and Embryology Act* 2008), entrée en vigueur le 6 avril 2009. Ces textes ont été complétés par voie réglementaire et par la loi de 2010

La conclusion d'accords à titre onéreux est interdite, sauf à prévoir le remboursement par les parents d'intention à la mère porteuse de ses frais raisonnables liés à sa grossesse et à son accouchement. Aucune contrainte ne peut être exercée sur la mère porteuse dans le cas où elle refuserait de remettre l'enfant aux parents d'intention, en dépit de l'existence d'un contrat signé par chacune des parties et du paiement par les parents d'intention à la mère porteuse de ses frais de grossesse et d'accouchement.

Dans son acte de naissance initial, l'enfant est enregistré comme né de la mère porteuse conformément à la règle selon laquelle la femme qui accouche est la mère de l'enfant. La filiation est donc établie à l'égard de la mère porteuse. Le conjoint est inscrit comme étant le père légal s'il avait donné son consentement à la convention de maternité pour autrui. Si la mère porteuse n'est pas mariée au moment de la naissance ou si son mari n'avait pas consenti au traitement, l'enfant est inscrit à l'état civil sans père légal. Au terme d'un délai de six semaines après la naissance et avant l'expiration d'un délai de six mois, les parents d'intention peuvent demander l'adoption de l'enfant ou la délivrance d'une décision parentale. Ils ont alors la qualité de parents légaux ce qui entraînera le transfert des droits et des devoirs parentaux. Il faut cependant que l'un des deux parents d'intention au moins possède un lien génétique avec l'enfant et que la mère de substitution et le père légal aient consenti à ce processus. L'enfant sera réenregistré à l'état civil, dans un registre des naissances distinct et tenu par l'officier général de l'état civil<sup>445</sup>. Le couple d'intention sera inscrit en qualité de parents légaux. Seule une courte mention de ce réenregistrement est annotée dans l'acte de naissance d'origine.

La situation d'un enfant né d'une convention passée à l'étranger entre un couple britannique domicilié au Royaume-Uni et une mère porteuse étrangère se fait par appréciation des règles relatives à la filiation et à l'absence de versement à la mère porteuse de sommes excédant les frais raisonnablement engagés par elle. Les parents d'intention peuvent en principe demander une décision parentale<sup>446</sup>, ce qui implique que l'un d'entre eux au moins ait un lien génétique avec l'enfant. Mais s'ils avaient conclu à l'étranger une convention de mère porteuse à titre onéreux, ils devraient, avant de pouvoir obtenir une décision parentale, obtenir une dérogation du tribunal pour verser la

---

sur la fécondation et l'embryologie humaine (*Human Fertilisation and Embryology Act 2010*) entrée en vigueur le 16 avril 2010 et qui permet aux couples de partenaires enregistrés (*Civil Partnership*) et aux couples du même sexe d'avoir recours à une mère porteuse pour réaliser leur projet parental.

<sup>445</sup> « *Registrar General* ».

<sup>446</sup> « *Parental Order* ».

rémunération due à la mère de naissance. Le *Foreign and Commonwealth Office* a adressé des recommandations à ses postes consulaires pour tenir compte du fait que, dans certains États, les parents d'intention peuvent être désignés en qualité de parents légaux dans l'acte de naissance dressé localement ou dans une décision judiciaire rendue avant la naissance en vertu de la loi locale. Les formulaires de demande de passeport et de déclaration de naissance auprès des consulats comportent des questions supplémentaires concernant l'identité des parents légaux dans le cas d'un enfant né d'une mère porteuse.

## 2. La prohibition des conventions de maternité pour autrui

155. Le droit allemand<sup>447</sup> interdit les conventions de maternité pour autrui<sup>448</sup>. Tout accord est frappé de nullité pour cause d'immoralité. De plus, toute personne qui procède à des actes médicaux dans le cadre d'une convention de maternité pour autrui en violation de la loi pourra être condamnée jusqu'à trois ans de prison ou à une amende<sup>449</sup>. En revanche, aucune sanction pénale n'est prévue contre la mère porteuse, ni contre le couple commanditaire.

Selon le principe d'ordre public *mater semper certa est*, la mère porteuse est reconnue comme étant la mère légale de l'enfant<sup>450</sup>. Une adoption par le couple commanditaire est toutefois envisageable s'il est marié.

Une convention de gestation pour autrui est nulle et privée d'effets en droit interne, y compris dans le cas où elle a été conclue et exécutée à l'étranger dans un État dont la législation l'autorise. Ainsi, des instructions ont été adressées aux ambassades et consulats allemands pour leur enjoindre de refuser d'authentifier des actes de naissance étrangers révélant des situations de maternité de substitution. La délivrance d'un visa aux fins d'adoption de l'enfant par des parents d'intention allemands n'est possible que dans les

---

<sup>447</sup> V. les réponses apportées au questionnaire établi par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye : <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3de.pdf> ; V. aussi : TRIMMINGS K. et P. BEAUMONT P., *International Surrogacy arrangements*, Hart publishing, 2013, p. 131 et s. ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens », *AJ Famille* 2014 p. 300.

<sup>448</sup> Loi sur la protection de l'embryon du 13 décembre 1990, entrée en vigueur en 1991, *Gesetz zum Schutz von Embryonen, Embryonenschutzgesetz (EschG)*.

<sup>449</sup> Article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup> ESchG.

<sup>450</sup> Article 1591 BGB.

conditions de l'article 6 de la loi de mise en œuvre de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale<sup>451</sup>, c'est-à-dire si une procédure d'adoption internationale est engagée et si les autorités de l'État d'origine de l'enfant et les autorités allemandes y concourent.

156. En Belgique<sup>452</sup>, l'absence de dispositions<sup>453</sup> autorisant les conventions de maternité pour autrui peut signifier qu'elles sont interdites<sup>454</sup>. Mais, à défaut de prohibition légale expresse, la jurisprudence est variée.

L'établissement légal de la filiation maternelle se fait selon le principe d'ordre public *mater semper certa est*. La mère porteuse est donc reconnue comme étant la mère légale de l'enfant. Une adoption par le couple commanditaire est prononcée par certaines juridictions dans l'intérêt de l'enfant et s'il s'agit bien d'une convention à but non lucratif<sup>455</sup>. Cette solution a même bénéficié à des épouses du même sexe qui ont obtenu, dans son intérêt supérieur, l'adoption d'un enfant né d'une mère porteuse, sœur de l'une des deux femmes et à la fois génitrice et gestatrice, l'embryon ayant été conçu avec un don anonyme de sperme<sup>456</sup>.

À défaut de règles particulières, la reconnaissance par les autorités belges d'un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger ou d'un jugement rendu à l'étranger conformément à la loi locale impose de vérifier pour chacun des parents la conformité des

---

<sup>451</sup> *Gesetz zur Ausführung des Haager Übereinkommens vom 29. mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption.*

(*Adoptionsübereinkommens-Ausführungsgesetz* (AdÜbAG).

<sup>452</sup> V. les réponses données au questionnaire établi par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye : <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3be.pdf> ; V. aussi: TRIMMINGS K. et P. BEAUMONT P., *International Surrogacy arrangements*, Hart publishing, 2013, p. 49 et s. ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens », *AJ Famille* 2014 p. 300.

<sup>453</sup> Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes réglementant les techniques autorisées d'assistance médicale à la procréation.

<sup>454</sup> Article 6 portant sur la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs et l'article 1128 du Code civil portant sur les fonctions reproductrices hors du commerce juridique.

<sup>455</sup> T. jeunesse Turnhout, 4 oct. 2001, *R.W.* 2001, n° 6 du 6 oct. 2001 ; Anvers, 14 janv. 2008, *R.W.*, 2007-2008, n° 42, p. 1774 ; T. jeunesse Bruxelles, 4 juin 1996, *J.L.M.B.* 1996, p. 1182 ; *RD santé* 1997. 124 ; T. jeunesse Bruxelles, 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009/23, p. 1083 ; T. jeunesse Bruxelles, 23 août 2012, *Act. Dr. fam.* 2013/5, p. 99.

<sup>456</sup> T. jeunesse Namur, 7 janv. 2011, *Act. Dr. fam.* 2013/5, p. 96.

données figurant dans l'acte de naissance au droit de l'État dont il a la nationalité au moment de la naissance<sup>457</sup>. Ainsi, quand la femme désignée en qualité de mère légale a la nationalité belge au jour de la naissance, la filiation maternelle constatée dans l'acte de naissance ou le jugement étranger est appréciée au regard de l'article 312 du code civil belge selon lequel la mère légale est la femme qui a accouché de l'enfant. Si l'enfant est attribué à la mère d'intention, l'acte de naissance ou le jugement étranger ne peut pas être reconnu en Belgique, la maternité de substitution étant contraire à l'ordre public. Une décision de refus de reconnaissance par les autorités belges ouvre un recours devant le tribunal de première instance<sup>458</sup>. Toutefois, des décisions de juridictions belges ont reconnu des effets à des actes de naissance ou des jugements étrangers sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant garanti par l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant et par l'article 22 *bis* de la Constitution, au motif ce dernier doit prévaloir sur l'illicéité de la convention de maternité pour autrui.

157. Le droit italien<sup>459</sup> interdit également les conventions de maternité pour autrui selon la loi du 19 février 2004<sup>460</sup>. Ainsi, les conventions conclues dans un pays étranger sont nulles de plein droit. Cependant aucune sanction n'est encourue par la mère porteuse, ni par les parents d'intention.

En revanche, toute personne ayant utilisé des gamètes étrangers<sup>461</sup> au couple bénéficiaire<sup>462</sup> ou ayant contrevenu à la loi n° 40 du 19 février 2004, encourt une sanction administrative de 300 000 à 600 000 euros.

Toute personne impliquée dans des actes de publicité afin de commercialiser des gamètes ou des embryons où la gestation pour autrui encourt de trois mois à deux ans d'emprisonnement et une amende de 600 000 à 1 million d'euros. S'il s'agit de médecin, un retrait de leur agrément peut aussi frapper les établissements de santé dans lesquels les actes auraient été réalisés.

Là encore, la mère porteuse est reconnue comme mère légale de l'enfant selon le principe d'ordre public *mater semper certa est*<sup>463</sup>.

---

<sup>457</sup> Article 62 du code de droit international privé.

<sup>458</sup> Article 23 et 27 CDIP

<sup>459</sup> F. GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens », *AJ Famille* 2014 p. 300.

<sup>460</sup> Loi n° 40 du 19 févr. 2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*.

<sup>461</sup> Article 12 et 12.2 Loi n° 40 du 19 févr. 2004.

<sup>462</sup> Article 12 Loi n° 40 du 19 févr. 2004.

En principe, l'acte de naissance ou le jugement étranger ne peut pas être transcrit dans les registres italiens de l'état civil du fait de sa contrariété aux dispositions d'ordre public des articles 64 et 65 de la loi n° 218/1995 et de l'article 269 Code civil, mais peut l'être sur le fondement de l'intérêt supérieur de l'enfant considéré comme critère d'appréciation de l'ordre public international.

Dans l'hypothèse où l'enfant né d'une mère porteuse à l'étranger aurait été conçu avec le sperme du père d'intention italien, ce dernier pourrait valablement le reconnaître en Italie selon le droit commun et son épouse pourrait en demander l'adoption dans les conditions de la loi n° 184/1983 relative à l'adoption de mineurs dans des cas particuliers. Enfin, dans l'hypothèse où l'enfant n'aurait pas été conçu avec les gamètes des parents d'intention, ils pourraient obtenir en Italie un jugement d'adoption conformément à la loi n° 184/1983 modifiée par la loi n° 149/2001 relative à l'adoption internationale.

158. Les Pays-Bas<sup>464</sup>, interdisent les conventions de maternité pour autrui à but commercial<sup>465</sup>, ces conventions sont nulles. Cependant, la réglementation médicale permet aux établissements de santé habilités de pratiquer une fécondation *in vitro* qui peut être combinée avec une convention de mère porteuse à finalité exclusivement altruiste<sup>466</sup>.

Les intermédiaires s'exposent à des peines d'amende et d'emprisonnement lorsqu'ils ont contribué à la réalisation d'une convention de maternité de substitution à finalité commerciale<sup>467</sup>. Mais les parents d'intention ne peuvent pas être sanctionnés pénalement.

Selon le principe général, l'établissement légal de la filiation maternelle à l'égard de la mère porteuse par application du principe d'ordre public *mater semper certa est*<sup>468</sup>. Le couple intentionnel peut en revanche demander l'adoption de l'enfant.

---

<sup>463</sup> Article 269, al. 3 Code civil.

<sup>464</sup> V. sur ce point les réponses apportées au questionnaire établi par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye : <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3nl.pdf> ; TRIMMINGS K. et P. BEAUMONT P., *International Surrogacy arrangements, op. cit.*, p.273 ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens », *op. cit.*

<sup>465</sup> Article 151 b Code pénal.

<sup>466</sup> *Planningsbesluit in-vitrofertilisatie, Staatcourant* 1998/95, 14-18.

<sup>467</sup> Article 151 b Code pénal.

<sup>468</sup> Article 198 Code civil.

Selon ce principe, une demande de reconnaissance d'un acte de naissance régulièrement dressé à l'étranger ou d'un jugement rendu en conformité de la loi locale, qui mentionnerait les parents d'intention comme parents légaux ne serait pas accordée. Un jugement a néanmoins considéré que l'illicéité en droit interne d'une convention de maternité de substitution conclue en Inde ne peut pas prévaloir sur l'intérêt supérieur de l'enfant, ni sur le droit à la vie privée familiale entre l'enfant et son père d'intention garanti par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, et a ordonné aux autorités néerlandaises de délivrer une autorisation d'entrée de l'enfant en territoire néerlandais.

159. En Pologne<sup>469</sup>, la loi n'interdit pas expressément la pratique. En effet, c'est à la lecture de l'article 61 du Code civil<sup>470</sup> et de l'article 61 qui pose le principe *Mater semper certa est*, que l'on déduit la prohibition.

L'établissement légal de la filiation maternelle à l'égard de la mère porteuse se fait là encore par application du principe d'ordre public *mater semper certa est*.

Dans la mesure où la loi ne prévoit rien, les juridictions statuent sur les demandes *in concreto*.

160. Enfin, en droit suisse<sup>471</sup>, ce sont les articles 119 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999<sup>472</sup> et 31 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998<sup>473</sup> qui prévoient la prohibition expresse de toute forme de maternité de substitution. Ainsi, toute convention de mère porteuse sera nulle.

Une peine d'emprisonnement ou d'amende est encourue par toute personne pratiquant des actes médicaux de procréation assistée dans le cas d'une convention de

---

<sup>469</sup> Pour plus d'informations voir : <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3pl.pdf> ; F. GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens », *op. cit.*

<sup>470</sup> Issu de la loi du 6 novembre 2008, entrée en vigueur le 13 juin 2009 et modifiant le code de la famille et de la tutelle.

<sup>471</sup> Sur ce point voir les réponses apportées au questionnaire établi par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye : <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3ch.pdf> ; F. GRANET-LAMBRECHTS, *ibid.*

<sup>472</sup> Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2000, et par les articles 4.

<sup>473</sup> Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2001.

maternité de substitution, ainsi que par tout intermédiaire. Les parents d'intention en revanche n'encourent pas de sanction pénale<sup>474</sup>.

La mère porteuse est la mère légale de l'enfant en tant que celle qui en a accouché.

La reconnaissance des décisions étrangères relatives à des enfants nés d'un accord de maternité pour autrui étranger relève de la compétence des autorités cantonales de surveillance de l'état civil<sup>475</sup>. À défaut de dispositions spécifiques en droit international privé, elles doivent se référer au droit de la filiation et au principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant. Concernant le lien de filiation établi à l'étranger par une décision dont la reconnaissance est revendiquée par les parents d'intention, l'autorité cantonale doit vérifier l'existence de l'un des critères légaux de rattachement pour pouvoir en reconnaître la validité et les effets. Il faut aussi que cette décision soit conforme aux principes généraux du droit international privé suisse et notamment qu'elle ne soit pas manifestement contraire à l'ordre public suisse. Toutefois, l'intérêt de l'enfant constitue le critère prépondérant d'ordre public. Sur ce point, la règle de droit interne selon laquelle la filiation maternelle de l'enfant est établie de plein droit à l'égard de la femme qui lui a donné naissance<sup>476</sup> n'est pas une règle d'ordre public dans le droit international privé.

Une situation de maternité de substitution réalisée à l'étranger peut malgré tout être jugée manifestement contraire à l'ordre public suisse, et la filiation maternelle à l'égard de la femme commanditaire ne pas être reconnue.

### 3. Le droit espagnol et le consensus de la jurisprudence du tribunal supremo espagnol face aux règles de la Convention européenne des Droits de l'Homme

161. Malgré l'interdiction du droit interne espagnol sur les accords de maternité pour autrui (a), la Haute juridiction a récemment rendu un arrêt qui s'inscrit dans la logique suivie par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les arrêts *Menesson* et *Labassé* du 26 juin 2014<sup>477</sup> (b).

---

<sup>474</sup> Article 31 LPMA.

<sup>475</sup> Article 32, Loi fédérale du 18 décembre 1987 de droit international privé.

<sup>476</sup> Article 252, al. 1 Code civil.

<sup>477</sup> CEDH, 26 juin 2014, *op. cit.*

### a) Le droit espagnol

162. En Espagne<sup>478</sup>, le droit prévoit une prohibition expresse des conventions de maternité pour autrui sur le fondement de la loi du 26 mai 2006<sup>479</sup>. Ainsi, est nul de plein droit tout contrat de mère porteuse. Les praticiens qui ont mis en œuvre une convention de maternité pour autrui<sup>480</sup> peuvent être condamnés à une amende de 10 000 à 1 million d'euros, assortie de la fermeture du centre médical ou des services de procréation médicalement assistée. Ici encore, aucune sanction pénale ne peut être prononcée contre les parents d'intention.

Concernant l'état civil et la filiation maternelle de l'enfant la loi prévoit que l'établissement légal de la filiation maternelle à l'égard de la mère porteuse se fait par application du principe d'ordre public *mater semper certa est*<sup>481</sup>.

Dans l'intérêt des enfants nés à l'étranger d'une convention de gestation pour autrui, une instruction de la direction générale des registres du 5 octobre 2010 permet la transcription d'une décision étrangère, mais la subordonne à des garanties strictes : il faut que les parents d'intention produisent la décision étrangère, qu'elle ait été régulièrement rendue et qu'ils en aient obtenu l'*exequatur* dans les conditions du droit commun. L'officier de l'état civil espagnol doit vérifier la régularité et l'authenticité formelle du jugement étranger, l'équivalence des chefs de compétence internationale de la juridiction étrangère avec ceux prévus dans le droit espagnol, le respect des droits procéduraux des parties à la convention de maternité pour autrui et spécialement des droits de la mère porteuse, mais aussi le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et le caractère définitif de la décision étrangère.

### b) La jurisprudence

---

<sup>478</sup> V. Les réponses données au questionnaire établi par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye : <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3es.pdf>; F. GRANET-LAMBRECHTS, « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens », *op. cit.* ; V. aussi : TRIMMINGS K. et P. BEAUMONT P., *International Surrogacy arrangements*, *op. cit.*, p. 347 et s.

<sup>479</sup> *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida* n° 14/2006 du 26 mai 2006 entrée en vigueur le 28 mai 2006.

<sup>480</sup> Articles 27 et 28 L. 26 mai 2006.

<sup>481</sup> L. 26 mai 2006, art. 10, al. 2.

163. Une solution, afin de maintenir la prohibition des accords de maternité pour autrui tout en évitant la sanction de la Cour européenne des Droits de l'Homme, serait peut-être de copier le raisonnement des juges espagnols.

Dans une décision du 6 février 2014<sup>482</sup>, le *Tribunal supremo* espagnol a eu à traiter de ces questions. Malgré l'interdiction portée par la loi espagnole à l'encontre de la maternité pour autrui, la Direction générale des registres et du notariat avait admis, dans une instruction du 5 octobre 2010<sup>483</sup>, que la filiation des enfants issus des accords de maternité pour autrui pouvait être inscrite sur les registres de l'état civil dès lors qu'un certain nombre de conditions étaient vérifiées<sup>484</sup>.

Dans une affaire relative au refus de transcription sur les registres du consulat d'Espagne à Los Angeles des actes qui rattachaient à ses deux pères mariés en Espagne un enfant né en Californie grâce à une mère porteuse, le *Tribunal supremo* fonde sa décision de refus sur les notions des droits de l'enfant et notamment de l'intérêt supérieur. Les juges estiment qu'invoquer de façon générale l'intérêt supérieur de l'enfant conduirait dans ce type d'affaire à un résultat inacceptable<sup>485</sup>. En effet, même si l'article 3 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant mentionne l'intérêt supérieur de l'enfant comme une considération primordiale, les juges espagnols ont estimé que les intérêts de la société sont en jeu. De même, analysant la conformité du refus de transcription à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme<sup>486</sup> et à celle de la Cour de Justice de l'Union européenne, le *Tribunal supremo* juge que les intérêts protégés par

---

<sup>482</sup> *Sentencia* 6 févr. 2014, n° 835/2013, V. H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « L'enfant de la fraude... », *op cit*, FULCHIRON H., GUILARTE MARTIN-CALERO C., « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille », *op. cit*.

<sup>483</sup> V. A. QUINONES ESCAMEZ, *Rev. crit. DIP* 2011. 183.

<sup>484</sup> Il s'agit de la régularité et l'authenticité formelle de la décision judiciaire étrangère ou de tout autre document qui aura été présenté ; le respect des droits procéduraux des parties, et en particulier ceux de la mère porteuse ; la conformité à l'intérêt supérieur de l'enfant et aux droits de la mère porteuse. Et notamment, devra être vérifié que le consentement de cette dernière a été obtenu librement et volontairement, qu'il n'existe ni erreur, ni dol, ni violence, et qu'elle possède la capacité naturelle suffisante.

<sup>485</sup> « *La invocación indiscriminada del "interés del menor" serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas* ».

<sup>486</sup> L'arrêt contre la France n'avait pas encore été rendu.

l'interdiction de la maternité de substitution sont d'une telle importance qu'ils justifient l'atteinte portée aux droits et libertés du citoyen européen, d'une part, et au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, d'autre part<sup>487</sup>.

À la différence du droit français, le droit espagnol autorise l'établissement de la filiation paternelle biologique d'un enfant né grâce à une gestation pour autrui. Par ailleurs, les juges soulignent que l'adoption pourrait permettre l'intégration ultérieure de l'enfant dans sa famille. C'est pour cette double raison que l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée et familiale apparaît aux yeux des juges espagnols comme étant proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis. Non seulement l'enfant n'est pas privé de ses droits, mais encore sa filiation pourra être établie sur d'autres bases à l'égard de son parent biologique ou de ses parents d'intention. Ce que refuse le *Tribunal supremo*, c'est de consacrer par son inscription sur les registres de l'état civil espagnol la filiation telle qu'établie par des actes étrangers en vertu d'une loi qui admet et organise le recours à la maternité pour autrui.

164. On est donc très loin des positions tranchées de la Cour de cassation française. Ici le *Tribunal supremo* prend en considération l'intérêt de l'enfant et ses droits de l'enfant. Il n'exclut pas le rattachement de l'enfant à ses parents biologiques ou d'intention.

---

<sup>487</sup> « *La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo : (i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional ; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación* ».

## CONCLUSION DE SECTION 2

165. L'interdiction française des accords de maternité pour autrui incite les candidats à se rendre dans des pays étrangers. Ils y concluent alors des conventions qui sont illégales en droit français, et dont les effets ne sont pas reconnus. Si pendant longtemps, les filiations du père biologique et de la mère intentionnelle, issues de ces accords, n'étaient pas retranscrites à l'état civil français, la jurisprudence a admis la reconnaissance de la filiation du père. Ainsi, tandis que la Cour de cassation fondait son refus de transcription sur la contrariété à l'ordre public, et sur la fraude à la loi<sup>488</sup>, elle se fonde dorénavant sur la réalité factuelle et l'article 47 du Code civil afin d'autoriser la transcription de l'acte de naissance de l'enfant au registre d'état civil français.

Cette décision fait suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme qui fut saisie en 2011 pour se prononcer sur la position de la Cour de cassation, a rendu sa décision le 26 juin 2014<sup>489</sup>, dans laquelle elle condamne la France à reconnaître la filiation paternelle des enfants, dans la mesure où il s'agit du père biologique. La Cour ne s'est toutefois pas prononcée sur la filiation vis-à-vis de la mère intentionnelle qui ne sera donc toujours pas reconnue par le droit français.

166. La position de la France est partagée par de nombreux pays européens, comme l'Espagne. Cette dernière a d'ailleurs rendu un arrêt en 2014<sup>490</sup> dans lequel elle prend la même position que les juges européens en reconnaissant la filiation du père biologique, sans pour autant en faire de même vis-à-vis de la filiation maternelle.

---

<sup>488</sup> Cf. *Infra* n° 170

<sup>489</sup> CEDH, 26 juin 2014, *op. cit.*

<sup>490</sup> *Sentencia* 6 févr. 2014, n° 835/2013, V. H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « L'enfant de la fraude... », *D* 2014, p. 905 ; FULCHIRON H., GUILARTE MARTIN-CALERO C., « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille », *Rev. crit. DIP*, 103 (3) 2014.

## CONCLUSION DE CHAPITRE 2

167. La maternité pour autrui est une pratique particulièrement développée aux États-Unis. L'absence de législation fédérale entraîne une grande hétérogénéité entre les États. Ainsi tandis que certains interdisent les accords de procréation pour autrui, d'autres les admettent.

168. En ayant recours à ces filiations que le droit français interdit, les parents se soumettent ensuite à la sanction du droit français qui refuse de reconnaître le lien de filiation tout du moins à l'égard de la mère d'intention, ou de l'homme qui ne fournit pas son matériel génétique dans le cadre d'un couple homosexuel<sup>491</sup>. Si la jurisprudence française, avec ces arrêts de 2011<sup>492</sup> a refusé de retranscrire l'acte de naissance des enfants à l'état civil français, celle-ci a été condamnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme<sup>493</sup>. Elle doit dorénavant reconnaître la filiation des enfants à l'égard du père intentionnel lorsqu'il est le père biologique. Cette position des juges européens ne surprend pas au regard notamment de la jurisprudence *Wagner*<sup>494</sup>, même si après l'arrêt *Harroudj*<sup>495</sup>, un doute était possible.

Cette position est notamment celle adoptée par la jurisprudence espagnole dans un arrêt du 6 février 2014<sup>496</sup>. Elle permet de maintenir l'interdiction de la pratique, qui est partagée par de nombreux pays européens, tout en respectant l'intérêt de l'enfant.

---

<sup>491</sup> Sur le mécanisme de reconnaissance de la filiation, Cf. *Infra* n° 446 et s.

<sup>492</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 31 mai 1991, *op. cit.*

<sup>493</sup> CEDH, 26 juin 2014, *op. cit.*

<sup>494</sup> CEDH 28 juin 2007, n° 76240/01, *D.* 2007. 2700, note F. MARCHADIER, et 2008. 1507, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJDA* 2007. 1918, chron. J.-F. FLAUSS ; *Rev. crit. DIP* 2007. 807, note P. KINSCH ; *RTD civ.* 2007. 738, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *JDI* 2008. 183, note L. D'AVOUT.

<sup>495</sup> Cf. *Infra* n° 465 et s. CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c/ France*, n° 43631/09, *D.* 2012. 2947, note P. HAMMJE ; *AJ fam.* 2012. 546, obs. A. Boiché ; *Rev. crit. DIP* 2013. 146, note S. CORNELOUP ; *RTD civ.* 2012. 705, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *ibid.* 2013. 105, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2012, comm. 187, obs. M. FARGE ; *RJPF* 2012. 11/34 obs. T. GARE ; *JCP* 2012. 1145, obs. G. GONZALEZ.

<sup>496</sup> *Sentencia* 6 févr. 2014, n° 835/2013, V. H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, « L'enfant de la fraude... », *op cit.*

# CONCLUSION DE TITRE I

169. Face à la fermeté du droit français en matière de filiations électives, les candidats se tournent vers l'étranger. Or, en matière d'adoption internationale, comme en matière de maternité pour autrui, les conditions changent d'un pays à l'autre, et de retour en France les filiations créées à l'étranger ne sont pas toujours reconnues.

170. Ainsi, la volonté des candidats les pousse parfois à outrepasser les conditions fixées par le droit qu'il soit national, ou issu de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale<sup>497</sup>. En effet, la volonté des adoptants les fait souvent agir au détriment des conditions imposées par le droit et notamment de la remise d'un consentement libre et éclairé des familles biologiques.

171. Jusqu'alors la Cour de cassation refusait de faire droit aux demandes des requérants qui fraudent intentionnellement la loi en concluant des accords de maternité pour autrui à l'étranger. Ainsi, par une jurisprudence constante d'abord fondée sur la contrariété à l'ordre public international, puis sur la fraude à la loi<sup>498</sup>, les juges ont refusé de reconnaître la filiation créée à l'étranger.

Cependant, la Cour européenne des Droits de l'Homme a, à de nombreuses reprises, condamné les États dans des affaires de filiations électives, dont la France - et plus tard l'Italie dans l'arrêt *Paradiso*<sup>499</sup> - en matière de maternité pour autrui en se fondant sur le droit à la vie de famille prôné par l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, et sur la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>500</sup>.

---

<sup>497</sup> Cf. *Infra* n° 305 et s.

<sup>498</sup> Cf. *Infra* n° 494 et s.

<sup>499</sup> CEDH 27 janv. 2015, *Paradiso c. Italie*, req. n° 25358/12, V. LEFEBVRE, *Dalloz actualités*, 20 fév. 2015.

<sup>500</sup> CEDH, 26 juin 2014, *op. cit.*

**TITRE 2. LA  
CONTRACTUALISATION DES  
FILIACTIONS ÉLECTIVES**



172. Aujourd'hui, les contrats sont partout. En effet, il n'est pas un jour sans que nous concluons une convention, que ce soit pour se nourrir, se vêtir, se procurer des ressources, se loger, s'informer, se distraire, se déplacer, ou même se soigner<sup>501</sup>. Et il semblerait qu'à cette liste déjà bien fournie, il faille ajouter : la possibilité d'avoir des enfants. Pourtant cela pose un problème de taille, le contrat qui se définit comme un accord de volonté destiné à créer des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire, ne peut selon l'article 1128 du Code civil<sup>502</sup> porter sur le corps humain. Si le corps humain se situe hors du champ commercial<sup>503</sup>, l'enfant *a fortiori* ne peut être l'objet d'un contrat. Pourtant, lorsque l'on étudie les conventions passées dans le cadre d'une adoption ou d'une maternité de substitution, on se demande si l'enfant n'est pas l'objet de ces contrats conclus parfois à titre onéreux.

173. Les droits internes<sup>504</sup>, comme le droit international, interdisent la vente d'enfants. En droit international, la Convention relative aux droits de l'enfant de New York de 1990 interdit la vente d'enfant dans son article 35<sup>505</sup>. Le préambule et l'article 1<sup>er</sup> a b de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale de 1993 interdit la vente par l'adoption. Classé sous le chapitre relatif aux conditions des adoptions internationales, l'article 4 c 3 de ce texte constitue une pièce essentielle dans la prévention du trafic<sup>506</sup>. Il énonce que l'adoption ne peut avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine se sont assurées que les consentements des personnes, institutions et autorités requis pour l'adoption n'ont pas été obtenus en

---

<sup>501</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les Obligations*, Précis, Droit privé, 10<sup>e</sup> éd., p. 27.

<sup>502</sup> G. LOISEAU, Typologie des choses hors du commerce, *RTD civ.* 2000. 47.

<sup>503</sup> I. MOINE-DUPUIS, *Les choses hors le commerce*, Thèse Dijon, sous la direction d'Eric LOQUIN, Prix PARISOT, Paris, LGDJ, 1997.

<sup>504</sup> V. les articles 16-7 et 1128 Code civil et le 13<sup>e</sup> Amendement de la Constitution américaine.

<sup>505</sup> « Les États parties prennent toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants à quelque fin que ce soit et sous quelque forme que ce soit ».

<sup>506</sup> « Les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine : [...] que le consentement de la mère, s'il est requis, n'a été donné qu'après la naissance de l'enfant ; et [...] que ce consentement n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte ».

échange d'un paiement ou d'une contrepartie<sup>507</sup>. Ces articles excluent la conclusion de conventions à titre onéreux, quelle que soit la nature de la contrepartie, et dont le but serait d'obtenir le consentement à l'adoption. Ainsi, l'organisme envers lequel s'adressent les candidats à l'adoption ne peut pas conclure avec eux un contrat au terme duquel il les représenterait pour négocier et obtenir le consentement requis, moyennant une contrepartie.

174. Pour les accords de maternité pour autrui, la détermination de la qualification du contrat, et donc de son objet, sont au cœur d'un vif débat. Il semble donc pertinent d'opérer une qualification contractuelle au regard du droit français. En outre, si la maternité pour autrui est pour l'instant interdite et si ces contrats ne sont pas reconnus par le droit français et seraient jugés nuls par les juridictions françaises, des couples français sont confrontés à ce genre d'accords. De plus, dans la mesure où il semble que l'évolution de cette pratique tende à sa légalisation à plus ou moins long terme, il faut poser un regard prospectif sur ce problème et donc étudier leur qualification contractuelle.

Ainsi, si l'on s'intéresse plus particulièrement aux mesures prévues par le droit français, et notamment à la classification des obligations d'après leur objet, il résulte de l'article 1101 du Code civil<sup>508</sup> que les organismes agréés ne peuvent conclure de conventions, dont l'objet serait une obligation de donner un enfant, même à titre gratuit. Si une telle convention venait malgré tout à être conclue, les dispositions de l'article 1128 du Code civil qui protègent « la personne, abstraction juridique définie par ses attributs »<sup>509</sup> permettraient d'obtenir l'annulation de la convention, même si celle-ci était conclue à titre gratuit.

Or, il semblerait que les filiations électives s'appuient de plus en plus sur des contrats, ce qui amène à s'interroger sur les caractères essentiels de ces contrats (Chapitre 1), ainsi que sur leur qualification (Chapitre 2).

---

<sup>507</sup> En revanche, le texte n'interdit pas aux États d'origine de fixer le coût de l'adoption de ces enfants sans famille. Et, les autorités centrales ne sont pas susceptibles de sanction si elles ne prennent pas toutes ces mesures destinées à prévenir les gains matériels indus. Peut-être faudrait-il alors se tourner vers les normes du droit international sur la responsabilité des États ?

<sup>508</sup> A. MORENO, dans ses recherches pour son article « Aspects contractuels de l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 2001. 301, explique avoir pourtant rencontré une clause au terme de laquelle l'organisme s'engage à « confier » un enfant.

<sup>509</sup> M.-A. HERMITTE, « Le corps hors du commerce, hors du marché », in *La philosophie du droit aujourd'hui*, *Arch. phil. droit*, t. 33, Sirey, p. 327.





# CHAPITRE 1. LA DETERMINATION DES CARACTERES ESSENTIELS DES CONTRATS SUPPORT DE FILIATIONS ELECTIVES

175. Eu égard à l'importance laissée à la volonté et au rôle de celle-ci en matière d'adoption et de maternité pour autrui, on peut considérer qu'il y a un échange de consentement et donc un contrat à l'origine des filiations électives. Lorsqu'il s'agit d'une convention de maternité, le principe est copié sur celui du contrat synallagmatique<sup>510</sup>.

Dans le cadre de l'adoption, cette logique est moins flagrante, notamment en France, où les personnes n'échangent pas directement leur volonté. Pour autant, les deux parties consentent l'une à remettre l'enfant, l'autre à la recevoir moyennant parfois dans le cadre de l'adoption internationale une somme d'argent, sorte d'indemnité pour les parents biologiques. Il y a donc une rencontre indirecte entre deux volontés, ce qui est la définition même de la convention, et d'autant plus lorsqu'en droit français les parents ne passent pas par l'Aide sociale à l'enfant ou un organisme autorisé pour l'adoption. L'article 1126 du Code civil dispose que « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'engage à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». Dans ce cas la « chose » représente pour certains auteurs américains l'enfant, pour d'autres les droits parentaux, et pour d'autres encore la prestation fournie par la mère porteuse<sup>511</sup>. Ce dernier argument est repris aux États-Unis afin de contrecarrer la thèse des opposants aux contrats de maternité de substitution qui estiment que nous sommes en présence d'un contrat de vente dont l'objet est l'enfant. Cette dernière théorie est pourtant celle qui se

---

<sup>510</sup> F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, « La vente est un contrat translatif de la propriété d'un bien moyennant une contrepartie monétaire », *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, p. 39.

<sup>511</sup> Cf. *Infra* n° 212 et s.

rapproche le plus de la pratique, dans la mesure où *de facto* l'enfant passe d'une famille à l'autre à l'issue du contrat<sup>512</sup>, en contrepartie d'une somme d'argent. Cependant, la logique de la gestation pour autrui est de faire porter son enfant par une autre femme le temps de la gestation. Nous sommes donc en présence d'une personne qui s'engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'un autre, sans la représenter<sup>513</sup>, ce qui est la définition même du contrat d'entreprise.

Ces contrats qui réglementent les filiations électives sont donc empreints d'une contradiction, ils ne peuvent être conclus à titre onéreux puisque cela s'apparenterait à de la traite d'enfants, mais la pratique nous montre que l'aspect financier est une réalité dans ces procédures et qu'elle va parfois au-delà de la réglementation. Aussi, après avoir constaté le caractère onéreux, tout du moins en pratique, de ces contrats, il faut répondre à la question de la détermination de l'objet du contrat. En effet, si l'argent versé ne compense que les services soit de la mère porteuse, soit de l'intermédiaire, le contrat s'apparente à un contrat de travail et il n'y a alors rien d'illégal. En revanche, s'il s'avère que l'argent est une contrepartie à la remise de l'enfant dans sa nouvelle famille, ou même de la transmission des droits parentaux, il ne s'agit plus d'un contrat de travail, mais d'un contrat de vente ou d'un contrat d'entreprise.

La définition du caractère gratuit ou onéreux de ces contrats (Section 1) est liée à leur objet (Section 2).

---

<sup>512</sup> S. AGACINSKY, *Corps en miettes*, Paris, Flammarion, coll. « Café voltaire », 2009, p. 94. L'auteur estime que le terme de gestation pour autrui est une « *hypocrisie verbale qui contribue avant tout à effacer le fait que c'est un enfant qui est ainsi donné, ni plus ni moins* ».

<sup>513</sup> P. MALAURIE, L. AYNES, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6<sup>ème</sup> édition, n°708.

# SECTION 1. LE CARACTERE ONEREUX OU

## GRATUIT DES CONTRATS

176. Les différentes relations nouées durant la procédure d'adoption ou de maternité pour autrui se matérialisent par un contrat. Ou bien la loi le prévoit et l'encadre, ou bien elle laisse le contrat combler le vide législatif. Il semblerait qu'aujourd'hui, les filiations électives débutent par une rencontre de volontés directe ou indirecte et donc par une convention.

177. Cette nouvelle tendance pose le problème de la contractualisation des filiations électives, mais aussi de leur éventuelle commercialisation, ce qui entraînerait la nullité de ces accords. Aussi, dans la mesure où en pratique les parties transfèrent des sommes d'argent échangées, même en guise de simple remboursement, peut-on se demander s'il s'agit toujours de contrat conclu à titre gratuit ? Un contrat à titre gratuit se définit comme un contrat dans lequel le contractant qui s'engage le fait en vue d'enrichir le patrimoine d'autrui<sup>514</sup>. Tandis que le contrat à titre onéreux s'entend comme un acte intéressé, chacune des parties s'engage en raison de la contrepartie reçue ou attendue de l'autre<sup>515</sup>.

Or le droit français impose la gratuité dans les contrats gravitant autour des filiations électives, sous peine d'être annulés pour contrariété à l'ordre public. Que ce soit en France<sup>516</sup> ou aux États-Unis<sup>517</sup> les deux législations prohibent bien évidemment la

---

<sup>514</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les Obligations, op. cit.*

<sup>515</sup> F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les Obligations, op. cit.*

<sup>516</sup> Article 16-1 du Code civil.

<sup>517</sup> 13<sup>e</sup> Amendement de la Constitution américaine « **Section 1.** *Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime where of the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.*

**Section 2.** *Congress shall have the power to enforce this article by appropriate legislation ».*

(« **Section 1.** *Ni esclavage ni servitude involontaire, si ce n'est en punition d'un crime dont le coupable aura été dûment convaincu, n'existeront aux États-Unis ni dans aucun des lieux soumis à leur juridiction.*

marchandisation des enfants. C'est pourquoi il est important, et ce fût l'objet d'un vif débat que la jurisprudence américaine a tranché pour la maternité de substitution, que l'enfant ne devienne pas l'objet du contrat, et qu'aucune somme d'argent ne soit donnée en échange de l'enfant. Si cette question a été largement abordée pour les conventions de maternité de substitution (II), elle l'a moins été pour les contrats d'adoption, notamment internationale (I).

---

*Section 2. Le Congrès aura le pouvoir de donner effet au présent article par une législation appropriée ».)*

# **I. LE CARACTERE ONEREUX OU GRATUIT DES CONTRATS**

## **DANS LE CADRE DE L'ADOPTION**

178. Dans le cadre de l'adoption nationale, comme dans celui de l'adoption internationale la crainte des autorités est d'assister à une dérive vers la traite des enfants. Pour lutter contre ces pratiques le législateur français a par exemple interdit l'adoption directe des enfants de moins de deux ans<sup>518</sup>. Des mesures ont également été prises aux États-Unis, même s'il est difficile de lutter contre ces dérives pour les *open adoptions*, puisque la procédure veut que les autorités restent relativement à l'écart dans la mesure où les familles s'entendent entre elles. Or, pour les cas d'adoption internationale dans lesquels les futurs parents adoptifs sont contraints d'avoir recours à des intermédiaires, en qui ils sont finalement obligés d'avoir confiance, il en est autrement. En effet, à moins de se rendre personnellement à l'étranger chercher l'enfant, et s'occuper de toute la

---

<sup>518</sup> À cela s'ajoute des dispositions pénales. Ainsi, l'article 227-12 du Code pénal dispose « Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende.

« Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

« Est puni des peines prévues au deuxième alinéa, le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

« La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines ».

Un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation du 22 juillet 1987<sup>518</sup>, prévoit que toute convention ayant pour objet de déterminer la somme à verser en rémunération d'une adoption a une cause illicite et ne peut avoir aucun effet.

Le Code civil interdit également, mais de manière plus spécifique, toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui et estime que cette dernière est nulle. Un arrêt rendu en Assemblée plénière réunie le 31 mai 1991<sup>518</sup> précède l'article 16-7 et prohibait de manière totale la gestation pour autrui.

La position du droit français, quant aux filiations électives, est donc claire et ne laisse aucune place aux arrangements financiers qui « faciliteraient » la remise de consentement de la mère biologique.

procédure sur place, pour ensuite revenir avec l'enfant dans leur pays, les candidats sont contraints d'avoir recours à un intermédiaire qui s'occupera de la procédure et dont ils dépendront totalement. Il n'est donc pas rare de voir ces agences en profiter et réclamer des montants souvent inexpliqués aux familles pour mener à bien l'adoption. Même si le principe veut que ces contrats soient signés à titre gratuit et que les sommes d'argent versées ne soient pas destinées à rémunérer les agences, la limite entre la rémunération et l'indemnisation est parfois faible et obscure. Si dans ce type de conventions le principe est la gratuité (A), en réalité, les sommes d'argent sont souvent difficiles à expliquer<sup>519</sup> (B).

---

<sup>519</sup> Ces échanges d'argent ont lieu aussi bien dans le cadre d'adoptions internationales, que d'adoptions nationales en droit américain : En ce qui concerne les *universal expenses*, elles concernent toutes les personnes qui souhaitent adopter un enfant. Elles incluent les coûts, ainsi que les frais légaux, ainsi que les coûts relatifs à la procédure devant la Cour. En effet dans certains types d'adoption et certains États, la procédure d'adoption doit être finalisée devant le tribunal. Parfois les adoptants doivent même être assistés d'un avocat. Ces dépenses peuvent aller de 500 à 2 000 dollars pour la simple préparation du dossier, et entre 2 500 et 12 000 dollars pour une parution devant le juge.

Quant aux *adoption-specific expenses*, elles s'ajoutent aux *universal expenses*. Elles sont propres à chaque type d'adoption. Ainsi *the foster care adoption* est l'adoption avec les frais les plus bas. Entre \$0 et 2 500 dollars ; *Pour the domestic infant adoption*, cela varie en fonction du type d'agence choisi, ainsi que des circonstances de l'adoption. Les frais peuvent donc aller de 5 000 à 40 000 dollars. Cela inclut les frais d'agences ainsi que les honoraires de l'avocat.

Les frais engagés pour la *licensed private agency adoption* sont du même ordre que ceux d'une *domestic infant adoption*. Toutefois ils ne regroupent pas les mêmes types de frais. Il s'agit ici des frais d'agence, des coûts engendrés par une étude sociale de la famille adoptive, des conseils parentaux prénatals, etc...

*L'independent adoption* engendre principalement des frais d'avocats, ainsi que des frais médicaux pour la mère biologique, ainsi que tous les frais engagés afin de rentrer en contact avec la mère. Ils oscillent entre 8 000 et 40 000 dollars. Et puis il y a bien sûr l'adoption internationale pour laquelle il faut compter entre 7 000 et 30 000 dollars. Les principaux frais étant comptés pour la procédure d'immigration ainsi que les frais juridiques. Leur coût dépend du pays d'origine de l'enfant. Voir : M. C. JASPER, *The Law of Adoption*, Legal Almanac Series, Oceana, p.25 ; voir aussi, Regulation of Private Domestic Adoption Expenses: summary of State Laws, *Child Welfare Information Gateway*, Fév. 2008.

## A. LE PRINCIPE DE GRATUITE

179. Prenons ici le cas de la France en matière d'adoption internationale. Lorsqu'ils sont habilités, les organismes autorisés à l'adoption ne peuvent demander aux adoptants que des sommes correspondant aux frais exposés conformément à un modèle fixé par arrêté du ministère des affaires étrangères<sup>520</sup>. Leur demande ne peut intervenir avant la définition d'un projet de mise en relation<sup>521</sup>, donc avant leur intervention en tant qu'intermédiaire. L'article R. 225-38 4° du Code de l'action sociale et des familles dispose que toute violation de ces règles entraîne un retrait de l'habilitation. D'autre part, les organismes autorisés à l'adoption ne peuvent accepter de dons qu'une fois le jugement d'adoption définitif prononcé, sous peine de retrait de l'autorisation<sup>522</sup>. Le manque de précision de la notion de frais permet d'englober le paiement des services rendus, ce qui diminue fortement l'impact de la solution de la Cour de cassation qui énonçait que « celui qui a servi d'intermédiaire en vue d'une adoption est seulement en droit de réclamer le remboursement de ses frais et débours ; que toute convention ayant pour objet de déterminer la somme qui devra lui être versée en rémunération de ses services a une cause illicite et ne peut avoir aucun effet »<sup>523</sup>. En effet, le principe de gratuité de l'adoption n'a pas empêché l'argent de s'immiscer dans les procédures, notamment dans l'adoption internationale, profitant ainsi du manque de précision de la loi française, mais également du silence des Conventions de New York sur les Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 et de La Haye sur l'adoption internationale du 29 mai 1993<sup>524</sup> qui n'interdisent pas de tirer profit des adoptions, ce qui permet le versement de rémunération au profit des intermédiaires. L'article 32§2 et §3 de la Convention de La Haye précise que seuls peuvent être demandés, et payés, les frais et dépenses, y compris les honoraires raisonnables des personnes qui sont intervenues dans l'adoption et que les dirigeants, administrateurs et employés d'organismes intervenant dans une adoption ne peuvent

---

<sup>520</sup> Art. R. 225-33 4° du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>521</sup> Art. R. 225-41 du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>522</sup> Art. R. 225-31 6° du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>523</sup> Civ. 1re, 22 juill. 1987, *RDSS* 1988.351, note F. MONEGER; *D.* 1988. Jur. 172, note J. MASSIP.

<sup>524</sup> À voir *L'agrément et les organismes agréés en matière d'adoption : principes généraux et guide de bonnes pratiques*, p. 78 sur les coûts de l'adoption internationale. <http://www.hcch.net/upload/adoguide2fr.pdf>

recevoir une rémunération disproportionnée par rapport aux services rendus. Il en résulte, que si le remboursement des frais ne pose aucun problème, la rémunération des intermédiaires ou des dirigeants de l'organisme intermédiaire n'est licite que si elle est jugée raisonnable et proportionnée. Le Code pénal français souffre également de lacune en la matière puisqu'il ne punit que l'entremise à but lucratif<sup>525</sup>, et n'interdit pas que les organismes autorisés à l'adoption réalisent des gains légitimes ou raisonnables<sup>526</sup>, ce dont ils profitent *de facto*.

## B. LA REALITE CONTRACTUELLE DE L'ADOPTION

180. En France (1) comme aux États-Unis (2), la pratique entourant les filiations électives n'est pas aussi transparente que le prévoit la loi.

### 1. La réalité contractuelle de l'adoption internationale en France

181. La réalité contractuelle de l'adoption internationale diffère des dispositions du droit. Ainsi, Madame Moreno<sup>527</sup> explique que d'un point de vue formel, certains documents accordent une grande importance à ce qui est parfois dénommé « engagement financier », or il semble que sur ce point la majorité des contrats soient confus et varie. En effet, le montant global du projet, ainsi que son détail, n'apparaissent pas toujours dans les documents. Dans certains cas le montant global annoncé ne correspond pas au détail fourni. Aussi, est-il quelquefois impossible de déterminer le bénéficiaire de certaines sommes. Certains incluent également dans le coût du projet des frais que d'autres ignorent, ce qui traduit de la liberté accordée aux intermédiaires.

Une caractéristique commune se dégage néanmoins de ces contrats, puisqu'un grand nombre d'entre eux présentent le coût du projet comme « un forfait pour un enfant,

---

<sup>525</sup> Article 227-12 du Code Pénal.

<sup>526</sup> A. PROTHAIS, « Les paradoxes de la pénalisation, Enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *JCP* 1997.I.4055, n°15.

<sup>527</sup> A. MORENO, *op. cit.*

ou une fratrie de deux ou plusieurs enfants ». Selon l'article 10.2° du décret de 1989, ce « forfait » doit être soumis à l'appréciation de la Mission de l'Adoption Internationale. L'arrêté du 23 octobre 2002<sup>528</sup> qui fixe le modèle du décompte des sommes qui sont demandées aux candidats à l'adoption d'un mineur originaire d'un pays étranger par un organisme autorisé et habilité pour l'adoption prévoit trois catégories de frais. La première porte sur la participation aux frais de fonctionnement<sup>529</sup>, la deuxième sur les frais de constitution de dossier des adoptants, variables selon le nombre de pièces exigées par le pays d'origine, et la troisième sur le coût de la procédure locale<sup>530</sup>. Ces sommes sont destinées à l'organisme, mais aussi aux autres intervenants, qui perçoivent des frais administratifs tels que ceux relatifs à la légalisation et à la surlégalisation, à la rémunération du tribunal étranger pour l'obtention de certaines pièces du dossier et à la délivrance du passeport et du visa. D'autres acteurs vont intervenir comme les traducteurs, les avocats et notaires étrangers, les médecins ou organismes médicaux, et les accompagnateurs à l'étranger dont la rémunération est souvent comprise dans ce forfait. Le montant des sommes liées au fonctionnement peut couvrir : une provision pour imprévu, des frais de coordination avec le ou les partenaires étrangers pour l'adoption, une participation aux frais de voyage et de séjour à l'étranger du ou des responsables de l'organisme, les frais de suivi de l'enfant et de déplacements des membres de l'organisme chez les adoptants, etc. Peuvent y être inclus les salaires et charges du personnel rémunéré lorsqu'il n'est pas bénévole<sup>531</sup>.

Il est finalement assez difficile de déterminer la destination des sommes comprises dans ces forfaits, les contrats manquent de clarté sur ce point. Ainsi, il est quasiment impossible de savoir si la somme perçue par l'organisme correspond à des frais qu'il a réellement engagés.

182. Pourtant le décret de 2002 tente de combattre cette opacité et contraint l'organisme autorisé à l'adoption de fournir au ministre des Affaires étrangères « le décompte des sommes demandées aux futurs adoptants selon le modèle fixé par arrêté du

---

<sup>528</sup> Arrêté du 23 octobre 2002 fixant le modèle du décompte des sommes qui seront demandées aux candidats à l'adoption d'un mineur originaire d'un pays étranger par un organisme autorisé et habilité pour l'adoption, JO 31 octobre 2002.

<sup>529</sup> Administration de l'organisme autorisé à l'adoption, suivi de l'adoption,...

<sup>530</sup> Constitution du dossier de l'enfant, procédure judiciaire ou administrative, correspondant local, frais d'entretien de l'enfant.

<sup>531</sup> A. MORENO, *op. cit.*

ministre des Affaires étrangères »<sup>532</sup>, ainsi qu'un bilan prévisionnel de l'année à venir. Il doit également fournir au président du conseil général et au Ministre des Affaires étrangères un document qui expose ses conditions financières de fonctionnement prévues, son projet de budget pour l'exercice en cours, le compte de résultat de l'exercice précédent et le compte d'emploi correspondant aux subventions reçues<sup>533</sup>.

En ce qui concerne les enfants étrangers adoptés sur le territoire français, l'organisme autorisé à l'adoption doit fournir au président du conseil général « le décompte des sommes, correspondant aux frais engagés, qui seront demandées aux futurs adoptants »<sup>534</sup>. Par analogie, on peut penser que les frais seront relatifs à une participation aux frais de fonctionnement, aux frais de constitution de dossier, ainsi qu'aux frais de recueil de l'enfant, la procédure étant gratuite. Certains organismes autorisés à l'adoption répartissent les frais de dossiers et ceux de gestion sur l'ensemble des personnes qui s'adressent à eux tandis que d'autres font supporter aux adoptants les seuls frais réels.

En sus, aucune somme d'argent ne peut être demandée par l'organisme avant la définition du projet de mise en relation des futurs adoptants avec l'enfant<sup>535</sup>. Madame Poisson-Drocourt<sup>536</sup> explique que cette disposition a été prise pour lutter contre la pratique des organismes de facturer des frais de pré-sélection aux postulants à l'adoption alors qu'ils restent libres de refuser le dossier.

183. Il existe également d'autres dispositions d'ordre financier à propos du retrait de la permission de fonctionner. L'autorisation est retirée si « l'organisme sollicite ou accepte des futurs adoptants, pour lui-même ou pour toute autre personne ou association, un don de quelque nature que ce soit ». Cette sanction s'applique « jusqu'à ce que le jugement d'adoption soit devenu définitif ou jusqu'à la transcription du jugement étranger »<sup>537</sup>. Cette disposition, issue du décret de 1989, pose un véritable problème pour les enfants originaires d'un pays étranger : dans la pratique beaucoup de ces pays demandent une donation de mille à mille cinq cents dollars aux institutions de protection

---

<sup>532</sup> V. Article 20, 4°, *op.cit.*

<sup>533</sup> V. Articles 2 et 20 Décret n° 2002-575 du 18 avril 2002 ; JO 25 avril, p. 7383 ; *D.* 2002, Lég. p. 1600.

<sup>534</sup> V. Article 3, 3°, *op.cit.*

<sup>535</sup> V. Article 28, *op. cit.*

<sup>536</sup> E. POISSON-DROCOURT, « Du nouveau en matière d'adoption : le décret n° 2002-575 du 18 avril 2002 », *D* 2003 p. 295.

<sup>537</sup> V. Article 18, 6°, *op. cit.*

de l'enfance de leur pays, ainsi que le paiement d'une taxe d'État du même ordre. Afin de ne pas bloquer les relations avec ces États, qui sont les principaux fournisseurs d'enfants à adopter, la pratique de la Mission de l'adoption internationale est de l'admettre au titre d'une contribution aux frais d'entretien de l'enfant, à condition qu'elle ait lieu après la transcription du jugement étranger afin d'éviter toute influence sur les détenteurs de l'autorité parentale<sup>538</sup>. Aussi, dans la mesure où les autres pays pratiquent cet usage, il était nécessaire pour la France de s'aligner sur cette pratique sous peine de voir tous ses candidats entreprendre des démarches individuelles, où il n'y a alors aucun contrôle des échanges monétaires. Enfin, il est admis que l'organisme autorisé à l'adoption puisse recevoir un don pour lui-même, mais seulement une fois l'adoption devenue définitive<sup>539</sup>.

## 2. La réalité contractuelle de l'adoption aux États-Unis

184. Aux États-Unis, le caractère gratuit des contrats conclus lors des procédures d'adoptions internes laisse également perplexe. La question de la filiation est règlementée par chaque État indépendamment, il n'y a aucune législation fédérale unificatrice. De plus, l'administration ne bénéficie d'aucun monopole contrairement à ce qui est prévu en France. Une vraie concurrence a donc lieu entre administration, agences et intermédiaires, mais également entre les familles à la recherche d'un enfant. On imagine très bien ces familles désespérées, en mal d'enfant prêtes à tout et notamment à payer de grosses sommes, afin d'adopter un enfant.

Les frais recouvrés par les agences et leur régulation ne suivent aucune législation fédérale, là encore, la question est laissée à la discrétion des États. Par exemple trente-deux États<sup>540</sup> autorisent les agences à collecter des frais, à condition qu'ils ne soient pas excessifs et couvrent uniquement les frais de l'adoption ; vingt-cinq États ont prévu un seuil de frais par agences ou par services spécifiques ; tandis que quatorze prévoient

---

<sup>538</sup> E. POISSON-DROCOURT, « Du nouveau en matière d'adoption : le décret n° 2002-575 du 18 avril 2002 », *op. cit.*

<sup>539</sup> V. Article 18, 6° a contrario, *op. cit.*

<sup>540</sup> Ces États sont: Alaska, Arizona, Colorado, Connecticut, Delaware, Floride, Géorgie, Iowa, Kansas, Louisiane, Maine, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Nouveau Mexique, New York, Dakota du Nord, Ohio, Oklahoma, Pennsylvanie, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginie, Washington, West Virginie, et le Wisconsin.

une réduction ou une renonciation aux frais pour les familles adoptives qui répondent à des critères sociaux<sup>541</sup>. Les États du Nevada et du Nouveau Mexique entre autres, remboursent les frais engagés par les familles qui adoptent un enfant qui présente des *special needs*<sup>542</sup>. Une double mesure est prise par la plupart des États. En effet seules les dépenses relatives à la mère et qui ont été en relation avec la grossesse sont remboursables tels que les frais médicaux relatifs à la maternité et aux coûts hospitaliers ainsi que les frais d'avocat. Un état détaillé des sommes doit également être déposé au tribunal. L'État de Californie, oblige même la mère à présenter des demandes écrites et motivées pour chaque demande de remboursement. Ces précautions s'avèrent relativement efficaces, même si dans la pratique la nature des frais remboursés peut être un peu plus diversifiée. La législation de treize États<sup>543</sup> impose, tout comme notre article L. 227-12 du Code pénal, que le remboursement des frais autorisés ne soit pas utilisé pour contraindre les parents par le sang à consentir à l'adoption ou à contracter un contrat de mère porteuse. Ces mesures sont mises en place afin d'éviter toute impression de vente de bébé. Les lois d'une trentaine d'États<sup>544</sup> interdisent à toute personne d'offrir ou d'accepter de la part des parents adoptifs, une somme d'argent en échange d'une demande d'adoption. Un montant maximum de remboursement est prévu par une majorité d'États, tout comme pour les mères porteuses. Les parents biologiques ne doivent tirer aucun bénéfice financier de la situation, cette mesure permet de dissuader les personnes qui ne souhaiteraient pas aller au bout de leurs démarches. La loi prévoit que les frais soumis au remboursement doivent être « *reasonable and customary* »<sup>545</sup>. Pour les placements privés<sup>546</sup> ainsi que les adoptions indépendantes, la Cour est compétente pour revoir tous

---

<sup>541</sup> [https://www.childwelfare.gov/pubs/s\\_cost/s\\_costs.pdf](https://www.childwelfare.gov/pubs/s_cost/s_costs.pdf)

<sup>542</sup> C'est-à-dire des enfants handicapés, issus de minorités ethniques, ou âgés.

<sup>543</sup> Il s'agit des législations de l'Alabama, Arizona, Arkansas, du Colorado, du Delaware, de la Floride, de l'Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, de la Louisiane, du Maryland, Massachusetts, Minnesota, Missouri, Nevada, du Dakota du Nord, de l'Ohio, de l'Oklahoma, de la Pennsylvanie, de la Caroline du Sud, du Dakota du Sud, du Tennessee, Texas, de l'Utah, de la Virginie, de Washington, West Virginia, ainsi que du Wisconsin.

<sup>544</sup> Les États de l'Alabama, de l'Arizona, de Californie, du Delaware, de Floride, de Georgie, de l'Illinois, de l'Indiana, de l'Iowa, du Kansas, de la Louisiane, Maryland, Michigan, Minnesota, Missouri, Montana, de la Caroline du Nord, du Dakota du Nord, de l'Ohio, de l'Oregon, de la Pennsylvanie, de la Caroline du Sud, du Dakota du Sud, du Vermont, de la Virginie, de West Virginie, et du Wisconsin.

<sup>545</sup> Ce qui signifie qu'ils doivent être « raisonnables et habituels ».

<sup>546</sup> Toutes formes d'adoption, en dehors de celles opérées par l'administration, ou par des agences.

les remboursements de frais relatifs à l'adoption. Les *statutes* de cinq États<sup>547</sup> permettent à la Cour d'interdire ou de modifier toute dépense qu'ils jugeraient déraisonnable ou inutile ou, *a fortiori*, qui ne seraient pas prévues par la loi. Les procédures indépendantes qui sont en dehors de toute structure sont donc davantage contrôlées par la loi. Environ sept États, interdisent strictement aux parents adoptifs de rembourser certaines dépenses. Les coûts engendrés par l'éducation, les vacances, ou tout autre gain monétaire au bénéfice des parents par le sang sont prohibés. Seize *statutes*<sup>548</sup> disposent que toutes dépenses qui ne seraient pas expressément permises par la loi, ou reconnues par une Cour comme déraisonnables ne devront pas être payées par les parents adoptifs<sup>549</sup>.

185. Ainsi, si la loi interdit que ces conventions soient conclues à titre onéreux, et met en œuvre des mesures pour lutter contre ces tendances, la pratique nous incite à être plus prudent. En effet, des échanges d'argent moyennant des services et permettant à terme l'obtention d'un enfant sont pratiqués, de la même manière que dans les conventions de maternité pour autrui.

## **II. LE CARACTERE ONEREUX OU GRATUIT DES CONTRATS DE MATERNITE DE SUBSTITUTION**

186. La question d'une commercialisation des filiations électives se pose, peut-être davantage encore au regard de la pratique des accords de maternité pour autrui. Le droit français ne connaît pas encore cette question puisque la pratique est interdite.

Si aux États-Unis les législations s'accordent pour encadrer les flux monétaires qui ont lieu entre les parties de contrats de maternité pour autrui, en les limitant à une

---

<sup>547</sup> Il s'agit des États de l'Alabama, de l'Arizona, du Kansas, du Kentucky, ainsi que du Michigan.

<sup>548</sup> Ces États sont l'Arizona, la Californie, le Delaware, l'État du Kansas, la Louisiane, le Maine, le Missouri, l'État du Nouveau Mexique, de l'Ohio, l'Oklahoma, la Pennsylvanie, la Caroline du Sud, de l'Utah, la Virginie, West Virginia, et l'État du Wisconsin.

<sup>549</sup> [https://www.childwelfare.gov/pubs/s\\_cost/s\\_costs.pdf](https://www.childwelfare.gov/pubs/s_cost/s_costs.pdf)

simple compensation (A), la pratique incite à plus de réserve. Les accords de maternité pour autrui présente une logique mercantile favorisée par la mondialisation (B).

## A. LE PROBLEME DE LA COMPENSATION FINANCIERE

187. La convention de gestation pour autrui est un accord, conclu entre le couple intentionnel et la mère porteuse, par lequel les uns expriment leur nécessité ainsi que leur volonté d'avoir un enfant, et l'autre accepte de se plier à la technique de la procréation médicalement assistée<sup>550</sup>. En échange de ce « service » la mère porteuse percevra des sommes d'argent, dont la nature sera définie plus tard.

De même que pour l'adoption, les contrats de mère porteuse font l'objet d'un encadrement législatif tendant à limiter les abus financiers entre les parties. Les sommes d'argent échangées lors de l'exécution du contrat ne doivent être que des remboursements de frais engagés et non pas une contrepartie à la remise de l'enfant. Or, ici encore, la réglementation des abus va dépendre des *statutes*, puisqu'aucune législation fédérale n'est mise en place, ce que déplore d'ailleurs Madame le Professeur Merchant<sup>551</sup>. De la même manière que pour l'adoption, les frais doivent couvrir les besoins de la mère quant à sa maternité, ils restent à la charge du couple commanditaire, ce qui doit être stipulé au contrat.

La théorie de la « location d'utérus » semble s'appliquer. En effet, dans la réalité des faits, les parents commanditaires sont généralement financièrement stables et prêts à déboursier entre 60 000 et 100 000 dollars. Et puisqu'aucune loi fédérale aux États-Unis ne régleme cette pratique, le contrat, ainsi que certains *statutes*, sont les seuls outils

---

<sup>550</sup> Cf. Annexe 1.

<sup>551</sup> J. MERCHANT, « Une gestation pour autrui “ éthique ” est possible », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, p. 183-189. DOI : 10.3917/tgs.028.0183. « [...] ce qui est en effet critiquable dans la pratique de la gestation pour autrui aux États-Unis, c'est la disparité des lois qui gouverne le recours à la femme porteuse et les modalités de filiation pour les enfants, sans parler des différences importantes de dédommagements pratiqués, le tout dû à l'autonomie législative des États fédérés. Cela crée un paysage national complexe qui instaure *de facto* une inégalité entre les femmes qui s'engagent dans une GPA ».

pour encadrer le processus d'acquisition de l'enfant. Et même s'ils exigent tous la gratuité de la pratique, en l'espèce il en est quelque fois autrement.

188. Depuis l'affaire *Baby M*<sup>552</sup> et l'émoi qu'elle a suscité dans l'opinion publique américaine, les différentes législations ont décidé d'encadrer la pratique<sup>553</sup> et notamment les sommes échangées entre le couple intentionnel et la mère porteuse. Ainsi, les contrats insistent largement sur le fait que la mère porteuse agit en toute liberté, sans aucune pression financière ou émotionnelle et qu'elle agit de son propre chef<sup>554</sup>. Cependant, à partir du moment où il y a entente directe entre les parties, peut-on être certain qu'il n'y a aucune pression, tant financière qu'affective ?

S'ils ne souhaitent pas dépendre d'une agence, les parents intentionnels doivent faire preuve d'une grande prudence lors de la conclusion du contrat de maternité pour autrui, afin que ce dernier s'exécute normalement sans que l'une des parties ne puisse demander l'annulation de la convention. Dans ce type de contrat chacun doit exprimer ses motivations et donner librement son consentement. Doivent également être précisées les modalités de la gestation, les droits mais aussi les obligations de la mère porteuse, ainsi que les engagements du couple intentionnel. Enfin, comme ce contrat est un contrat qui à terme mènera à l'établissement de la filiation et donc le transfert de l'enfant d'une famille à l'autre, les hypothèses d'inexécution du contrat, par chaque partie, doivent être envisagées.

Lorsque les parents commanditaires ont recours à une agence ou un hôpital, le contrat qui les lie n'est pas en lui-même un contrat de maternité pour autrui. Il a pour

---

<sup>552</sup> *Op. cit.*

<sup>553</sup> *Cf. Supra n°101.*

<sup>554</sup> [www.allaboutsurgacy.com/sample\\_contracts/contracts.htm](http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/contracts.htm). “*The Parties to this Agreement represent and warrant that the decision to enter into this Agreement is a fully informed decision, made after careful and unemotional reflection, that they have come forward voluntarily to enter into this Agreement free of any economic or emotional duress, that the consent or permission of no other person is necessary for the performance of this Agreement, and that no Party has any reason to believe that any other Party did not freely and voluntarily execute this Agreement.*”

Autre clause précisant ce principe :

“*The Surrogate further represents that she enters into this Agreement voluntarily, and in the absence of economic or emotional duress of any kind, and that she enters into this Agreement of her own free will*”.

[http://www.allaboutsurgacy.com/sample\\_contracts/contracts.htm](http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/contracts.htm).

vocation de régler les questions relatives aux engagements de chaque partie, les modalités de paiement, la compensation due à la mère porteuse, ainsi que les sommes dues par les candidats à l'agence<sup>555</sup>. Ses clauses résument les points qui ont été convenus, au préalable, entre les parties. Ainsi, sont expliqués le rôle et la responsabilité de l'hôpital ou de l'agence, lorsque les parents commanditaires font appel à leurs services. Le contrat conclut entre ces deux parties n'est pas un substitut au contrat de maternité de substitution qui est conclu entre la mère porteuse et les parents intentionnels, puisque la mère porteuse n'est pas partie à ce contrat. En réalité, le contrat prévoit les engagements de chaque partie, et si cela s'avère nécessaire permet au couple commanditaire d'engager la responsabilité de l'hôpital ou de l'agence pour toutes ses décisions relatives au programme de maternité pour autrui. Ce contrat est souvent à titre onéreux.

189. Un autre pan financier de ces accords est important, il s'agit des assurances souscrites par les parties au contrat de maternité pour autrui<sup>556</sup> : l'assurance médicale et l'assurance-vie. En ce qui concerne l'assurance-vie, les parents intentionnels contractent une assurance-vie au nom de la mère porteuse. Le capital sera versé à la personne de son choix, dans l'hypothèse où la mère porteuse décèderait des suites de la grossesse. Une assurance médicale est également souscrite en faveur de la mère porteuse. Si le couple intentionnel refuse de payer cette assurance, cela doit être stipulé au contrat.

De leur côté, en cas d'échec, les parents intentionnels recevront également une compensation leur permettant de recommencer une nouvelle procédure s'ils le souhaitent.

190. Le principe de gratuité des filiations électives énoncé par les droits nationaux ne résiste donc pas à la pratique.

## B. LE CONSTAT D'UNE COMMERCIALISATION DES FILIATIONS ELECTIVES

191. Les filiations électives peuvent être perçues comme un grand marché où il y aurait l'offre et la demande. Le rôle des intermédiaires et des agences favorise l'aspect mercantile de ces filiations, puisque ce sont eux qui retirent en général le plus de profit

---

<sup>555</sup> Cf. Annexe 2.

<sup>556</sup> Cf. Annexe 3.

des accords conclus.

Aussi aux États-Unis, entre tous ces acteurs, avocats, agences privées, intermédiaires, secteur public, la concurrence est rude pour se faire connaître et détenir le meilleur « stock »<sup>557</sup> d'enfants. L'adoption indépendante, de la même manière que pour la maternité pour autrui, pousse les couples souhaitant un enfant à prospecter eux-mêmes, afin de trouver une mère qui souhaite confier son enfant à l'adoption ou contracter un accord en vue d'une maternité pour autrui. La pratique consiste donc à se faire connaître, peu importe son rôle dans la procédure, par le biais de la publicité et du démarchage.

La loi encadre et réglemente ces pratiques, notamment le rôle des intermédiaires afin que ces procédures ne prennent pas de tournure mercantile<sup>558</sup>. Ainsi vingt-neuf États<sup>559</sup> ont une législation qui limite ou encadre l'usage de la publicité dans le cadre de l'adoption.

Seulement deux États interdisent le démarchage<sup>560</sup>, alors que d'autres se limitent à n'autoriser la publicité que pour les offres émanant du secteur public<sup>561</sup>. Par exemple, l'État de l'Utah interdit précisément la publicité émanant des avocats, des médecins, ou de toute autre personne. L'État de Virginie interdit la promotion de toute activité qui est en relation avec l'adoption et notamment la mise en relation des candidats à l'adoption qui souhaiteraient adopter ou faire adopter leur enfant.<sup>562</sup> L'État du Connecticut autorise la publicité seulement si celle-ci émane des parents biologiques ou de parents souhaitant

---

<sup>557</sup> Fl. LAROCHE-GISSEROT, « L'adoption ouverte (*open adoption*) aux États-Unis : règles, pratiques, avenir en Europe », *R.I.D.C.* 4-1998.

<sup>558</sup> [https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws\\_policies/statutes/advertising.pdf](https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/advertising.pdf)

<sup>559</sup> Les États modifient régulièrement leur législation sur ce point. Cette information date d'Avril 2009. A cette date les 29 États sont les suivants: l'Alabama, la Californie, le Connecticut, le Delaware, la Floride, L'État de Géorgie, l'Idaho, l'Illinois, l'Indiana, l'État du Kansas, du Kentucky, la Louisiane, le Maine, le Massachusetts, le Mississippi, du Montana, le Nebraska, le Nevada, du New Hampshire, la Caroline du Nord, le Dakota du Nord, l'Ohio, l'Oklahoma, l'Oregon, du Texas, de l'Utah, l'État de Virginia, Washington, et l'État du Wisconsin.

<sup>560</sup> Les États de l'Alabama et du Kentucky interdisent tout usage de la publicité qu'elle émane du secteur privé comme du secteur public.

<sup>561</sup> Les États de Californie, du Delaware, du Maine, du Massachussets, du Montana, du Nevada, du New Hampshire, du Dakota du Nord, de l'Ohio et du Texas, prohibent toute publicité sauf celle émanant des services sociaux de l'États.

<sup>562</sup> Les *statutes* de la Virginie étendent cette interdiction aux médecins, aux avocats ainsi qu'aux membres du clergé.

adopter un enfant. De plus, douze États permettent la publicité de la part des agences et autres organisations<sup>563</sup>.

Dans les démarches privées ou indépendantes, une personne ou une organisation joue en règle générale le rôle d'intermédiaire afin que les parents par le sang et les futurs parents adoptifs puissent mener à terme le projet qu'il s'agisse de mère porteuse ou d'adoption. L'intermédiaire ou *facilitator* est une personne ou une organisation qui n'est pas homologuée ou licenciée (comme une agence). Son rôle consiste en la recherche de future mère et de couple souhaitant devenir parents et de mettre ces différentes personnes en contact. Afin de s'assurer que les intermédiaires ou un membre de la famille biologique ne profitent financièrement de la situation, une quarantaine d'États encadrent légalement cette profession<sup>564</sup>.

Les intermédiaires qui sont également qualifiés de « *baby brokers* »<sup>565</sup> sont strictement interdits dans deux États, celui du Delaware et celui du Kansas, et interdits de manière plus spécifique dans plusieurs autres. Huit États interdisent cette profession, en dehors du placement d'enfants par les agences licenciées<sup>566</sup>. Le Nebraska limite le placement de l'enfant à une agence ou un membre de la famille biologique de l'enfant. Les États du Minnesota et du Nevada autorisent que ce rôle de *faciliators* ne soit joué que par un parent, le tuteur légal, ou une agence. Le District de Columbia et de New York ne l'autorisent que pour les agences, un tuteur, ou l'un des deux parents pas le sang. L'Arizona et l'Ohio ne le permettent que si l'intermédiaire est une agence ou un avocat.

---

<sup>563</sup> Cela comprend :

- les avocats (L'État de Floride, de l'Indiana et du Mississipi),
- les médecins (Mississipi),
- planning familial (Louisiane),
- les parents biologiques (Illinois et Nebraska),
- les intermédiaires (La Caroline du Nord),
- les futurs parents adoptifs (Illinois et Kansas),
- ainsi que les futurs parents qui ont déjà l'aval des services sociaux. (La Caroline du Nord, l'Oklahoma, l'Oregon, l'État de Washington et du Wisconsin.)

<sup>564</sup> [https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws\\_policies/statutes/advertising.pdf](https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/advertising.pdf)

<sup>565</sup> FI. LAROCHE-GISSEROT *op. cit.*; E. M. LANDES et R. A. POSNER, « The Economics of Baby Shortage », *The Journal of Legal Studies*, janv. 1978, p. 323 ; B. LEMENNICIER, « Le marché du mariage et de la famille », *Libre échange*, PUF 1988, p. 121.

<sup>566</sup> L'État de Géorgie, de l'Illinois, du Massachussets, du Montana, du Nouveau Mexique, du Dakota du Nord, de l'Oregon et du Wisconsin.

Et l'Oklahoma restreint la profession à une agence, un membre de la famille ou un avocat.

D'autres États sans interdire la profession, l'encadrent en limitant notamment les activités ainsi que les compensations perçues par les intermédiaires<sup>567</sup>. Ces derniers ne doivent recevoir aucune indemnité pour avoir placé un enfant. Seul les frais médicaux et légaux peuvent leur être remboursés. Neufs États<sup>568</sup> légifèrent le rôle des *facilitators*, leur activité est très encadrée, puisque les *statutes* précisent qu'ils peuvent exercer leur activité à condition que les informations concernant l'adoption soient écrites par toutes les parties et que les parents adoptifs aient tous les renseignements concernant les antécédents des parents par le sang de l'enfant.

Dans l'État de Floride où les intermédiaires sont souvent des avocats, la loi les oblige à obtenir le consentement de toutes les parties, les demandes, ainsi que les *affidavits*, et les notes d'audiences.

Dans la Caroline du Nord et dans le Vermont, la loi prévoit que les parents biologiques ou le tuteur puissent personnellement sélectionner une famille adoptive ; le rôle de l'intermédiaire s'en trouve alors limité à l'assistanat des parents biologiques dans leur quête de parents adoptifs. Ils aideront également les parents adoptifs à trouver un enfant adoptable répondant à leurs critères.

192. Cependant, malgré les mesures prises au niveau national, dans son ouvrage *The Baby Business*, Madame Spar<sup>569</sup>, décrit comment l'industrie de la fertilité et de l'adoption ne représentent qu'un seul et même marché sur lequel se vend un produit, l'enfant, à des couples qui sont prêts à y consacrer de véritables fortunes.

Les mères porteuses peuvent gagner entre 10 000 et 75 000 dollars, et le prix des ovules varie de 3 000 à 100 000 dollars si la donneuse dispose des bons gènes<sup>570</sup>. De

---

<sup>567</sup> Les États de l'Alabama, du Colorado, du Connecticut, du Kentucky, de la Louisiane, du Maryland, du Mississippi, du Missouri, de la Caroline du Sud, du Dakota du Sud, du Tennessee, du Texas, de l'Utah, de la Virginie et de West Virginie.

<sup>568</sup> Les États de la Californie, de la Floride, de l'Indiana, du Michigan, du New Jersey, de la Caroline du Nord, de la Pennsylvanie, du Vermont et de Washington.

<sup>569</sup> D. L. SPAR, « *Fertility-industrial complex. The Baby business : How money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception* », Boston : Harvard Business School Publishing Corporation, 2006.

<sup>570</sup> Parmi ces critères ont retrouvera : de bons résultats scolaires, une taille au-dessus de la moyenne, ou même des capacités musicales ou athlétiques. Les cliniques fournissent les profils des

récentes études ont permis de démontrer qu'une mère porteuse peut percevoir entre 12 000 et 25 000 dollars par grossesse, la pratique étant généralement de 20 000 dollars<sup>571</sup>. Or le coût total d'une maternité pour autrui est bien plus élevé, puisqu'il varie entre 40 000 et 120 000 dollars, frais légaux inclus. Si au premier abord, ces sommes semblent importantes, elles correspondent en réalité, pour la mère porteuse, à un salaire réel relativement faible. Ceci confirme la théorie de l'exploitation des mères porteuses rémunérées bien en deçà du salaire minimum par les agences de maternité de substitution.

Cependant, le vrai problème n'est pas tant le salaire perçu par la mère porteuse que la pratique elle-même. Quand bien même elle serait gratuite, elle n'en est pas moins morale et légale au regard du droit français. Le contrat serait également nul s'il était une donation ou un legs. Dans la mesure où la cause du contrat est l'enfant, ces contrats sont nuls pour cause illicite, en droit français en tout cas.

193. Au vu des tarifs pratiqués par les cliniques, les couples commanditaires exigent un résultat. Ainsi, les centres mettent tout en œuvre pour proposer le meilleur choix à leurs clients, et mettent au point une véritable politique d'eugénisme. Comme nous l'avons vu, tout est contractuellement prévu si l'enfant naît avec un handicap, ou si un quelconque problème est dépisté pendant la grossesse. En 2004, le *Baylor College of Medicine* a annoncé des mesures pour offrir à ses patients le plus grand panel de tests prénataux disponibles. Là aussi, tout a un coût et il faut compter environ 2 000 dollars pour dépister un fœtus avec une cinquantaine d'indicateurs de retard mental. Les parents commanditaires perçoivent ce traitement de détection moins comme un service médical, que comme une option de l'accouchement. Pire encore, un certain nombre d'entre eux utilisent cette technique de détection prénatale comme une nouvelle forme d'eugénisme privé. Ainsi, ils ont le choix, moyennant un certain prix, de choisir les enfants qu'ils veulent garder et ceux qu'ils souhaitent éviter. Ces tests génétiques sont en train de devenir la routine et se développent rapidement. Que ce soit en dehors ou dans l'utérus de la mère porteuse, les parents veulent connaître les qualités de leurs futurs enfants. Cette logique est la même que celle des contrats d'adoption qui permettent de choisir les

---

donneurs, qui sont constitués de questionnaires exhaustifs, d'entretiens enregistrés, et même des impressions du personnel.

<sup>571</sup> D. L. SPAR, « *Fertility-industrial complex. The Baby business : How money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception* », Boston : Harvard Business School Publishing Corporation, 2006.

caractéristiques de l'enfant que les candidats souhaitent accueillir.

194. Le problème c'est qu'il est dorénavant impossible d'arrêter ou même de réglementer ces techniques d'eugénisme. En effet, les pays sur le sol desquels ces techniques ont cours fournissent de fait des enfants plus sains et plus en accord avec les attentes des parents commanditaires, par rapport aux États où ces processus sont interdits. Ces États ont donc une demande plus importante.

195. Certains auteurs français<sup>572</sup> sont d'ailleurs allés plus loin dans la qualification de ces conventions et ont comparé la pratique des conventions de maternité pour autrui à de l'esclavage, avec la mise en place d'un commerce du corps de la femme. Ainsi, la philosophe Madame Agacinsky dans son ouvrage *Corps en miettes* estime qu'il s'agit d'une forme inédite de servitude<sup>573</sup> et d'abaissement des femmes qui deviennent alors une marchandise. L'auteure va même jusqu'à comparer l'asservissement des mères porteuses à celui des prostituées<sup>574</sup>. Au-delà de l'aspect marchand de la procédure, elle considère la maternité de substitution comme contraire à la dignité humaine et transforme l'humain en moyen au service d'autrui. Et en effet, sans parler d'esclavage, la question de l'exploitation de femmes pauvres par des couples intentionnels riches est souvent soulevée. Les opposants à la pratique remarquent que la différence sociale est toujours la même : un couple relativement aisé demande à une femme d'un niveau social moindre d'être leur mère de substitution<sup>575</sup>. Le fait que la relation soit dans ce sens prouve que l'argent est la motivation première de ces contrats. Si la seule joie de donner un enfant à un couple était la raison essentielle, une femme d'un milieu social élevé pourrait aussi

---

<sup>572</sup> S. AGACINSKY, *Corps en miettes*, éd. Flammarion, 2009 ; R. A POSNER, The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood, *The Journal of contemporary health law and policy* 02/1989; 5:21-31.

<sup>573</sup> L'auteure revient sur la notion de propriété fondée par MARX, qui explique que « *tout ouvrier mène une vie coupée en deux : d'un côté, un labeur qui mobilise son énergie physique et intellectuelle, mais dont il est complètement dessaisi, et de l'autre, sa vie, réduite à presque rien, une vie biologique minimale : " manger, boire et procréer " »*. Or dans le cas des mères porteuses, la femme payée pour être enceinte mange, dort et enfante au service d'autrui. Il n'y a donc plus de dissociation entre les deux aspects de la vie de la femme à savoir son travail et sa vie personnelle.

<sup>574</sup> S. AGACINSKY, *Ibid*, p. 99. « *Elle devient une " ouvrière d'enfant ", comme d'autres sont appelées " ouvrière du sexe " »*.

<sup>575</sup> Par exemple dans l'affaire *Baby M*, Monsieur Whitehead était ouvrier et Madame Whitehead ne travaillait qu'à mi-temps, tandis que Madame Stern était pédiatre et son époux chirurgien.

ressentir le besoin d'être une mère porteuse, ce qui est rarement le cas<sup>576</sup>. C'est pourquoi, des associations telles que l'*Institute of Women and Technology*, réclament une prohibition fédérale de cette pratique lorsqu'elle est faite dans un but lucratif<sup>577</sup>. Il semble cependant que toutes ces affirmations sont à nuancer, puisque les statistiques relatives aux maternités de substitution démontrent que la majorité des femmes qui ont été mères porteuses ne sont pas dans le besoin.

---

<sup>576</sup> Voir L. ALI, "The Curious Lives of Surrogates", March 29, 2008 :

[www.newsweek.com/2008/03/29/the-curious-lives-of-surrogates.html](http://www.newsweek.com/2008/03/29/the-curious-lives-of-surrogates.html),

voir également E. EINHORN, "Military Wives Cashing in a Surrogates", March 20, 2008 : [www.nydailynews.com/news/national/2008/03/31/2008-03-31\\_military\\_wives\\_cashing\\_in\\_a\\_surrogates-2.html](http://www.nydailynews.com/news/national/2008/03/31/2008-03-31_military_wives_cashing_in_a_surrogates-2.html) ;

S. CABALLERO, "Do Military Wives Make Better Surrogate ? Surrogacy Lawyer" (April 2, 2008) : <http://surrogacylawyer.blogpost.com/2008/04/do-military-wives-make-better.html> ;

M. PESCA, "Military Wives Becoming Surrogacy Moms", NPR (July 2, 2008) : [www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=92126438](http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=92126438) ;

S. DONALDSON, "Baby Carriers : Cold cash or Warm Heat ?" ABC News (April 1, 2008) : <http://www.abcnews.go.com/Health/ReproductiveHealth/story?id=4561403&page=1>.

<sup>577</sup> D. PRETORIUS, « *Surrogate Motherhood : A Worldwide View of the Issues* », Springfield, IL : CC Thomas, 1994.

## CONCLUSION DE SECTION 1

197. Le principe qui tend à protéger le corps hors du commerce semble de plus en plus difficile à maintenir en matière de filiations électives. En effet, malgré les dispositions de droits internes visant à encadrer et réduire les échanges monétaires dans le cadre de l'adoption ou des accords de maternité pour autrui, beaucoup d'aspects restent encore obscurs. Aujourd'hui, la contractualisation est omniprésente dans les filiations électives, et entraîne de fait la marchandisation de ces pratiques.

En effet, l'adoption n'est pas épargnée et même si cela concerne plus particulièrement l'adoption internationale, l'*open adoption* aux États-Unis donne également lieu à des échanges d'argent. La solution qui permettrait d'éviter ce glissement du droit de la filiation et du droit des personnes dans la contractualisation, puis dans le commerce serait que ces filiations soient encadrées par les services administratifs étatiques comme l'adoption interne en France, et non plus par des agences agréées par l'État.

La Conférence de La Haye a récemment publié un guide pratique visant à encadrer les dépenses et combler les silences de la Convention de La Haye de 1993, quant aux abus financiers dans le cadre de l'adoption internationale.

198. De même, dans le cadre de la maternité pour autrui, si les États exigent que les accords soient conclus à titre gratuit, la réalité en est toute autre et les remboursements effectués dans le cadre de la grossesse de la mère porteuse sont parfois opaques.

Ainsi, si le principe veut que les filiations électives soient en dehors des contrats et hors du commerce il s'avère qu'en réalité beaucoup de conventions gravitent autour et que ces dernières sont rarement gratuites comme le prévoit la loi.

## SECTION 2. LA DETERMINATION DE

### L'OBJET DU CONTRAT

199. Aux États-Unis, la *Traditional contract law*<sup>578</sup> permet aux individus de contracter librement sans ingérence de l'État<sup>579</sup>. En France, cette liberté est prévue à l'article 1134 du Code civil qui dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi ». Les deux États reconnaissent donc le principe de la liberté contractuelle, tout en permettant aux tribunaux de remettre en cause les conventions, comme le laisse entendre l'alinéa 2 de l'article 1134 du code civil. En effet, la liberté de contracter ne signifie pas pour autant que tous les contrats sont valables<sup>580</sup>, en droit américain un contrat peut être annulé pour défaut de contrepartie<sup>581</sup>

---

<sup>578</sup> " A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty ". Restatement Contracts (1979).

<sup>579</sup> E. FARNSWORTH, "Contracts", 5.1 (1982) (" The principle of freedom of contract rests on the premise that it is in the public interest to accord individuals broad powers to order their affairs through legally enforceable agreements ").

<sup>580</sup> E. FARNSWORTH, "The Past of Promise: An Historical Introduction to Contract", 69 Colum. L. Rev. 576, 591 (1969) ("No legal system devised by man has ever been reckless enough to make all promises enforceable "); COHEN, " The Basis of Contract ", 46 Harv. L. Rev. 553, 573 (1933) (" It is indeed very doubtful whether there are many who would prefer to live in an entirely rigid world in which one would be obliged to keep all one's promises instead of the present more viable system, in which a vaguely fair proportion is sufficient "); *Inman v. Clyde Hall Drilling Co.*, 369 P.2d 498, 500 (Alaska 1962) (" We recognize that " freedom of contract " is a qualified and not an absolute right ").

<sup>581</sup> Voir. *State v. Bryant*, 237 Kan. 47, 697 P.2d 858 (1985); *Sanders v. Arkansas-Missouri Power Co.*, 267 Ark. 1009, 593 S.W.2d 56 (Ct. App. 1980); *Zamore v. Whitter*, 395 A.2d 435 (Me. 1978); *Kirksey v. Kirksey*, 8 Ala. 131 (1845). See also A. CORBIN, *Contract*, 1S6 7 (1963).

ou parce qu'il est jugé illégal<sup>582</sup>. En effet, une Cour peut juger nulle une convention viciée, tant sur le fond que sur la forme<sup>583</sup>.

Enfin, et c'est sur ce point qu'il faut s'attarder, un tribunal peut invalider un contrat s'il le juge contraire à l'ordre public. Aussi, au-delà de respecter les conditions légales de validité d'un contrat, les co-contractants doivent également respecter des principes que la société juge supérieurs et qui peuvent s'opposer à leur liberté contractuelle. La question soulevée par la remise en cause d'un contrat contraire à l'ordre public est donc de savoir si ce dernier, comme sont jugés les contrats de mères porteuses en France, est contraire à l'intérêt général. Aux États-Unis, si le tribunal juge que le contrat viole l'ordre public, il n'est pas nécessaire de déclarer la nullité totale du contrat, il peut décider d'une nullité simplement partielle<sup>584</sup> ou permettre à une partie d'exécuter le contrat, tandis que l'autre ne peut pas l'appliquer<sup>585</sup>. Pour étudier la conformité du contrat à l'ordre public, les juges s'attardent sur son objet. De manière universelle le corps humain se situe en dehors du commerce<sup>586</sup>, aussi tout contrat qui a pour objet un individu ou un organe est nul. Or, tandis que de nombreux opposants à la maternité de substitution assimilent cette pratique à une commercialisation du corps de la mère porteuse et de l'enfant, il est intéressant de déterminer la nature de l'objet des contrats de maternité de substitution.

---

<sup>582</sup> Restatemente Contract §110-50 (1979) ; voir également , *Farmer's State Bank v. Conrardy*, 215 Kan. 334, 524 P.2d 690 (1974); *Harry Rubin & Sons v. Consolidated Pipe Co.*, 396 Pa. 506, 153 A.2d 472 (1959).

<sup>583</sup> Voir : *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965) ; U.C.C. § 2-302(1) (1964).

<sup>584</sup> Cette méthode est notamment appliquée en France dans les relations entre particuliers et professionnels et permet d'annuler les clauses abusives. V. D. MAZEAUD, « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre professionnels*, p.33 et s., sp. P. 41 et F. TERRE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., sp. p. 431.

<sup>585</sup> Comme l'explique le Professeur FARNSWORTH: « [A] court will not necessarily condemn the entire agreement as unenforceable by both parties merely because it offends public policy. A court may hold instead that the agreement can be enforced by one of the parties though it cannot be enforced by the other. Or it may hold that part of the agreement is enforceable, though another part of it is not. It is therefore more accurate to say that the agreement or some part of it is unenforceable by one or both parties than to say that it is 'void' ». E. FARNSWORTH, *Contract*, § 5.1 (1982).

<sup>586</sup> V. sur ce sujet : I. MOINE-DUPUIS, *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997, p. 106.

200. Avant de pouvoir déterminer la qualification des contrats d'adoption et de maternité pour autrui, il est important d'en déterminer l'objet. Ce n'est pas tant les contrats qui lient les candidats aux intermédiaires qui posent un problème en doctrine ; mais davantage la nature des conventions conclues en matière d'*open adoption* (I) et la nature des contrats de maternité pour autrui conclus entre le couple commanditaire et la mère porteuse (II).

## **I. LA DETERMINATION DE L'OBJET DU CONTRAT DANS L'ADOPTION**

201. Tandis que l'adoption en droit français n'est pas assimilable à un contrat (A), il en est autrement de l'*open adoption* (B).

### **A. LE REFUS DE LA CONTRACTUALISATION DE L'ADOPTION EN DROIT FRANÇAIS**

202. Si les contrats sont présents dans l'adoption internationale française, comme ceux qui lient les candidats aux intermédiaires, il est difficile de qualifier l'adoption elle-même de contrat. En effet, le droit français interdit l'échange direct des consentements entre les parties, sauf lorsque l'enfant est âgé de plus de deux ans ou s'il y a un lien de parenté entre l'enfant et l'adoptant. Elles doivent obligatoirement passer par l'intermédiaire d'un organisme agréé à l'adoption ou par l'aide sociale à l'enfance.

Il y a cependant une rencontre indirecte des consentements qui pourrait laisser penser à la conclusion d'un contrat.

Si sous Napoléon l'adoption avait la forme d'un contrat, cette forme fût oubliée et l'adoption devint une institution à part entière fondée sur un acte juridique. La filiation adoptive naît d'un acte juridique, l'adoption, qui crée entre deux personnes un lien juridique de filiation non fondé sur un lien de sang<sup>587</sup>.

En outre, seul le jugement définitif permet de prononcer l'adoption<sup>588</sup>.

---

<sup>587</sup> F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, Précis, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd.

<sup>588</sup> P. MURAT, *L'autonomie de la volonté et le pouvoir du juge dans la formation des liens de famille*, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI, 1991.

## B. L'OBJET DU CONTRAT DANS LE CADRE DE L'OPEN ADOPTION

203. L'*open adoption* est une forme assez souple d'adoption. Les parents biologiques et adoptifs s'entendent directement, comme lors de la conclusion d'un contrat ; à la différence près que pour que l'adoption soit prononcée il faut un jugement. Pour autant on peut se demander ce qui motive les parties. Lorsque les relations sont aussi directes, il est toujours difficile de savoir si les consentements de l'une et l'autre des parties sont bien motivés par l'intérêt de l'enfant. On peut donc se demander si la filiation est l'objet de ce contrat (1).

Preuve de la particularité de cette adoption, les parties peuvent conclure un contrat qui aura ou non force exécutoire, un *open adoption agreement*, afin de déterminer les modalités des contacts entre l'enfant et les membres de sa famille biologique (2).

### 1. La filiation, objet du contrat

204. Dans le cadre d'une *open adoption*, les deux familles peuvent se rencontrer ou n'entretenir que de simples contacts avant ou pendant le processus d'adoption. La législation en vigueur prévoit que le choix, par les parents biologiques, des adoptants, n'est pas réservé à l'*open adoption* et peut exister quelque soit la forme de l'adoption.

Dans l'*open adoption* la procédure est bien moins abstraite qu'elle ne peut l'être pour un couple, ou un parent seul, qui remet son enfant à l'administration, comme c'est le cas en France. En effet, ici, le projet d'adoption est construit par les deux familles ensemble<sup>589</sup>. Cette proximité facilite la prise de conscience de leurs décisions aussi bien pour les parents biologiques que les futurs adoptants.

Le risque principal dans ce type d'adoption est la contrainte exercée par les candidats sur les parents biologiques. Elle peut être psychologique, mais aussi financière. Les candidats à l'adoption peuvent être tentés de soudoyer les parents par le sang afin que ces derniers leur confient l'enfant. Cette dérive est cependant très encadrée par les droits des États, qui luttent afin d'éviter toute pression qui vicierait le consentement des parents biologiques. C'est pourquoi seules les dépenses de la mère biologique en relation avec la

---

<sup>589</sup> « *Adoption options* », Child Welfare Information Gateway, Juillet 2010, [www.childwelfare.org](http://www.childwelfare.org).

grossesse et la naissance ainsi que les frais légaux, tels que les honoraires d'avocat et les frais des consultations obligatoires de psychologues ou travailleurs sociaux, peuvent être réglés. De plus, un état détaillé des sommes versées doit être soumis au tribunal.

205. La relation directe entre les deux parties s'apparente donc à un contrat. La question de la détermination de l'objet se pose, d'autant plus dans les cas où il y a un échange d'argent entre les parties, même au titre d'une compensation.

En outre, le seul contentieux envisageable, s'il s'agit d'une *open adoption* par une agence, est le non-respect par l'agence du choix des adoptants effectué par les père et mère<sup>590</sup>. Dans ce cas de figure aucune solution n'est précisément établie. Toutefois certains États<sup>591</sup> ont prévu que la mère retrouverait alors ses droits sur l'enfant. L'agence aurait donc un rôle de mandataire<sup>592</sup>. Il serait conclu en quelque sorte un contrat de mandat entre la famille biologique et l'agence. Les père et mère donnent pouvoir à l'agence, en leur aliénant l'autorité parentale, de régler toutes les modalités administratives et juridiques avec les parents adoptifs qu'ils auront eux-mêmes choisis, sans que l'agence puisse modifier ce choix, sous peine d'être sanctionnée en se voyant retirer les droits qui leurs avaient été transférés par les parents biologiques.

206. Lorsque les consentements sont échangés et notamment lorsque les parents biologiques ont donné leur consentement, alors l'enfant est recueilli par sa famille biologique. Si l'on peut être tenté de penser que l'enfant est l'objet du contrat, il semble au contraire que le véritable objet soit le transfert des droits parentaux et donc de la filiation. En confiant leur enfant à l'adoption, les parents par le sang aliènent les droits parentaux qu'ils détenaient alors. L'enfant n'est plus leur enfant et ne fait plus partie de leur famille. Si l'objet du contrat était l'enfant, cela ne signifierait pas pour autant que les parents adoptifs en auraient la garde et disposeraient de l'autorité parentale. Tandis que si l'on estime que l'objet de ce contrat est le transfert de la filiation, l'enfant et les parents adoptifs auraient alors un lien de filiation légal établi qui n'existerait pas si seul l'enfant était confié à la famille.

---

<sup>590</sup> Fl. LAROCHE-GISSEROT, *op. cit.*

<sup>591</sup> Tel que l'État de Californie.

<sup>592</sup> Cf. *Infra* n° 278.

## 2. The open adoption agreement

207. Les *open adoption agreements* sont des contrats qui permettent de fixer les conditions dans lesquelles les parents biologiques vont maintenir des liens avec l'enfant. Ils peuvent prendre la forme d'une simple entente à l'amiable, ou d'un contrat<sup>593</sup>.

208. C'est une pratique qui est de plus en plus fréquente. Elle s'explique notamment par le fait que les parents biologiques souhaitent rester présents dans la vie de l'enfant et souhaitent conserver leur faculté de faire des choix dans la vie de l'enfant. Il permet aux parents adoptifs de conserver un lien avec le passé de l'enfant.

Cela peut également être un argument pour les parents biologiques dans le choix des candidats à l'adoption. Le nombre d'enfants adoptables est très faible, aussi les parents biologiques ont-ils souvent de nombreux candidats. La conclusion d'un *open adoption agreement* peut donc être un élément décisif dans le choix des parents adoptifs.

L'accord peut être fait à l'amiable ou par écrit sous une forme plus solennelle, comme celle d'un contrat validé par le juge. Celui-ci aura pour objet de préciser le type et la fréquence des contacts entre l'enfant et la famille biologique. Environ vingt-six États ainsi que le District de Columbia avaient des lois en 2011<sup>594</sup> qui autorisaient que ces accords prennent la forme d'un contrat et leur accordent force exécutoire<sup>595</sup>. Les contrats doivent être conclus avant la fin de la procédure d'adoption<sup>596</sup>.

Les rencontres doivent être dans l'intérêt de l'enfant. Si elles ne le sont pas, le tribunal pourra décider d'y mettre un terme.

---

<sup>593</sup> Cf. Annexe 4.

[http://www.fcadoptions.org/files/Sample\\_Open\\_Adoption\\_Agreement.pdf](http://www.fcadoptions.org/files/Sample_Open_Adoption_Agreement.pdf)

<sup>594</sup> [https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws\\_policies/statutes/cooperative.pdf](https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/cooperative.pdf)

<sup>595</sup> Il s'agit des États de l'Alaska, Arizona, Californie, le Connecticut, la Floride, l'Indiana (pour les enfants âgés de plus de 2 ans), Louisiane, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire (Les accords ne sont exécutoires que par rapport aux enfants sous la garde du Ministère de la Santé et des Services sociaux), Nouveau-Mexique, New York, Oklahoma, Oregon, Pennsylvanie, Rhode Island, Texas, Vermont (adoptions beaux-parents seulement), Virginie, Washington, Virginie-Occidentale et le Wisconsin (adoptions beaux-parents et relatifs uniquement)

<sup>596</sup> L'expression « *parties to an adoption* » se réfère généralement aux parents de naissance (ou autre personne qui confie l'enfant à l'adoption) et les parents adoptifs. Il peut également s'agir de l'enfant adoptif en vertu des lois de certains États.

Certains États n'accordent pas la conclusion de ces contrats pour toutes les *open adoptions*. Cela dépend de l'âge de l'enfant et de la nature du contact.

Les États du Connecticut et du Nebraska restreignent ces accords aux enfants qui ont été adoptés par une famille d'accueil. L'État du Wisconsin limite ces accords à l'adoption par des beaux-parents et la famille et l'État de l'Indiana limite ces accords aux enfants âgés de deux ans et plus. Pour les enfants de moins de deux ans, les accords à l'amiable sont autorisés, à condition qu'il n'y ait pas de visite. Et l'État de l'Oklahoma permet des visites post adoption par un parent de sang uniquement lorsque l'enfant a vécu avec lui avant l'adoption<sup>597</sup>.

Certains États admettent que les *open adoption agreements* incluent d'autres membres de la famille qui ont un lien affectif important avec l'enfant, que les parents biologiques, comme les frères et sœurs, les grands-parents ou les oncles et tantes.

La loi de l'État du Minnesota permet à d'anciennes familles d'accueil d'être parties au contrat. Dans les États de Californie, du Minnesota et de l'Oklahoma, lorsque l'affaire concerne un enfant indien, les membres de la tribu de l'enfant figurent parmi les parents de naissance admissibles. Les États de Californie, Floride, Indiana, Louisiane, Maryland, et du Nouveau Mexique prévoient que les frères et sœurs sont systématiquement parties au contrat.

Pour que les contrats aient force exécutoire, ils doivent être approuvés par le tribunal qui a compétence en matière d'adoption. Généralement, toutes les parties doivent être prévues dans l'accord qui stipule par écrit tous les termes de l'accord avant la finalisation de l'adoption. Le tribunal ne peut approuver l'accord que si toutes les parties sont d'accord sur les dispositions, et si le tribunal juge que l'accord est fait dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans les États d'Arizona et de Louisiane, le tribunal doit prendre en compte les désirs de l'enfant s'il est âgé de plus de douze ans. Six États exigent que son consentement soit donné sous la forme d'un écrit lorsqu'il a douze ans ou plus<sup>598</sup>. Dans quatre autres États et le District de Columbia, le consentement doit être obtenu auprès de l'enfant adoptif seulement s'il est âgé de quatorze ans ou plus<sup>599</sup>.

209. Lorsque les parties souhaitent modifier les termes de l'accord ou lorsqu'il

---

<sup>597</sup> [https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws\\_policies/statutes/cooperative.pdf](https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/cooperative.pdf)

<sup>598</sup> Californie, Connecticut, Indiana, Massachusetts, Pennsylvanie, et Rhode Island.

<sup>599</sup> Ce sont les États du New Hampshire, Oregon, Virginie, et le Vermont (qui exige que l'enfant à signer l'accord s'il est âgé de plus de 14 ans).

y a un litige entre les parties, toute demande doit être portée devant le tribunal. Ainsi, toute partie à l'accord peut demander au tribunal de la modification ou l'annulation de l'accord. Le tribunal ne pourra le faire que si les parties y consentent ou si les circonstances ont changé. Là encore la modification doit être faite dans l'intérêt de l'enfant.

Les lois de neuf États ainsi que celle du District de Columbia exigent que les parties règlent le litige à l'amiable sous la forme d'une médiation, avant de saisir le tribunal<sup>600</sup>. Dans les États de Floride et du Maryland, le tribunal peut renvoyer les parties devant un médiateur. Dans le Massachusetts, toute partie qui cherche à faire appliquer un accord peut choisir volontairement la médiation. En aucun cas, les différends sur l'accord peuvent être utilisés comme motif d'annulation de l'adoption ou de l'abandon des droits parentaux<sup>601</sup>.

210. Dans la plupart des États qui prévoient que les accords n'ont pas de force exécutoire, les *statutes* sont silencieux sur les modalités et les conditions de contacts et visites après que l'adoption soit prononcée.

Environ six autres États qui ne reconnaissent pas de force exécutoire abordent pourtant la question dans leurs *statutes*<sup>602</sup>. Ainsi, l'État de Caroline du Nord, tout en prévoyant que ces accords peuvent être conclus par une personne qui a consenti à l'adoption et un parent adoptif éventuel, précise que les contrats ne sont pas exécutoires et ne peuvent pas être une condition au consentement à l'adoption. Les États de l'Ohio, de la Caroline du Sud et du Dakota du Sud précisent expressément que les *open adoption agreements* sont sans engagement et non pas force exécutoire. Enfin, les États du Missouri et du Tennessee laissent les pleins pouvoirs aux parents adoptifs afin de fixer les limites et les conditions de l'accord.

---

<sup>600</sup> Il s'agit des États de l'Arizona, Californie, Connecticut, Louisiane, Minnesota, New Hampshire, Oklahoma, Oregon, et du Texas.

<sup>601</sup> [https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws\\_policies/statutes/cooperative.pdf](https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/cooperative.pdf)

<sup>602</sup> [https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws\\_policies/statutes/cooperative.pdf](https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/cooperative.pdf)

## II. LA DETERMINATION DE L'OBJET DU CONTRAT DE MATERNITE POUR AUTRUI

211. La nature du contrat de maternité pour autrui fait encore aujourd'hui l'objet d'un vif débat. La véritable question est de déterminer l'objet du contrat, ainsi que les obligations essentielles auxquelles s'obligent les parties.

Ainsi, là où certains y reconnaissent un contrat de vente (A), d'autres y voient un contrat de bail (B) ou de prestation de services (C).

### A. LA QUALIFICATION DU CONTRAT DE MERE PORTEUSE EN CONTRAT DE VENTE

212. L'aspect onéreux des conventions de maternité pour autrui pose le problème du contrat de vente. Il est en effet difficile de ne pas faire le parallèle entre les conventions conclues dans la pratique et ce type de contrat. Or, si cette théorie était retenue cela entraînerait la nullité de ces conventions.

Les partisans de la qualification en contrat de vente estiment que ces contrats entraînent le déclin de la dignité des individus. Ils l'assimilent à une réification de l'enfant, mais aussi de la femme qui est alors perçue comme un simple « *incubateur* ». D'après eux, les maternités à but lucratif doivent être prohibées, car elles organisent la commercialisation de l'être humain, ce qui est universellement interdit. Cette analyse a été retenue dans l'affaire *Baby M*<sup>603</sup> par la Cour Suprême du New Jersey qui a donc invalidé la convention. Cette affaire *Baby M* étant la première à soulever de telles interrogations, aucune mesure n'était encore prise en la matière, et ce fut à la Cour Suprême de statuer et de se prononcer pour la première fois sur ce point. Ainsi, le 3 Février 1988, la Cour suprême du New Jersey, présidée par le juge Wilentz Robert, invalida le contrat de maternité de substitution jugé contraire à l'ordre public. Il estima

---

<sup>603</sup> *Baby M, op. cit.*

que l'acte était assimilable à un contrat de vente d'enfant. Sur le point de la validité du contrat, la Cour a répondu qu'elle estimait le contrat illicite dans la mesure où il portait atteinte à la dignité humaine ; principe qui s'oppose à ce qu'un contrat ait pour cause la vente d'un enfant contre une rémunération<sup>604</sup>. L'accord prénatal conclu entre les deux parties était d'ailleurs prohibé par l'État<sup>605</sup>. Le juge renvoya l'affaire devant le tribunal de la famille et accorda en attendant, la garde de l'enfant au couple Stern le couple commanditaire, mais aussi un droit de visite au couple Whitehead<sup>606</sup>, ce que la Cour estima être dans l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>607</sup>.

213. Depuis cette affaire, même si ce n'est plus l'approche retenue par la jurisprudence américaine, une grande partie de la doctrine, comme de l'opinion publique estime qu'une convention de maternité pour autrui est un contrat de vente. Ce que certains auteurs réfutent à l'aide de différentes théories.

Par exemple, Monsieur Laufer estime que le couple intentionnel n'achète pas l'enfant, mais l'œuf et loue l'utérus de la mère<sup>608</sup>. Monsieur Katz suggère de son côté que la somme versée par les parents intentionnels est une contrepartie à toute la procédure, et non pas seulement à l'étape finale du transfert des droits parentaux et de l'enfant. C'est pourquoi explique-t-il on parle de contrat de maternité pour autrui et non pas de contrat de vente d'enfant<sup>609</sup>. Madame Andrews assimile la maternité pour autrui aux autres moyens de lutter contre l'infertilité<sup>610</sup>. D'après elle, les sommes versées à la mère

---

<sup>604</sup> "...to produce or deal with a child for money denigrates human dignity"

<sup>605</sup> 5532A2d 1227, 1245-46 (N.J. 1988).

<sup>606</sup> "Justice for All in the Baby M Case". *New York Times*. 4 février 1988. <http://www.nytimes.com/1988/02/04/opinion/justice-for-all-in-the-baby-m-case.html>. (14 juin 2009). "At a stroke, New Jersey's Supreme Court brought clarity and justice to the Baby M case, which so tormented the nation last spring: Mary Beth Whitehead-Gould retains her rights as a parent. William Stern and his wife retain the right to raise his child. New Jersey acquires a convincing judgment that a 'surrogate parent' contract for money amounts to an illegal bill of sale for a baby". Voir aussi : " In the Case of Baby M ", Kylewood.com. 2007 <http://www.kylewood.com/familylaw/babym.htm>. ( 29 avril 2008).

<sup>607</sup> Cf. *Supra* n°99.

<sup>608</sup> Il applique cette théorie à l'affaire *Baby M*. Voir. W. LAUFER, *Can Surrogacy Co-Exist*, 891-92.

<sup>609</sup> A. KATZ, « Surrogate Motherhood and the Baby Selling Laws », *Columbia Journal of Law and Social Problems* 20 (1986) : 24.

<sup>610</sup> L. ANDREWS, « Control and Compensation : Laws Governing Extracorporeal Generative Materials », *Journal of Medicine and Philosophy* 14 (October 1989) : 541-60, 550.

porteuse sont de la même nature que la rémunération perçue par le médecin qui effectue une fécondation *in vitro*.

Toutefois, ces arguments tombent devant l'étude des contrats de mère porteuse. La plupart des contrats de mère porteuse sont basés sur le résultat, et non pas sur la procédure ou le service rendu par la mère porteuse<sup>611</sup>. En ce qui concerne la théorie qui assimile la mère porteuse au médecin qui procède à une fécondation *in vitro*, d'après ces auteurs, personne ne considère un enfant fruit d'une fécondation *in vitro* comme une marchandise. Ils estiment donc que le même raisonnement doit être appliqué à la maternité de substitution ; cela écarterait la qualification de vente d'enfant. Or, la grande différence entre ces deux méthodes relève de l'idée que le médecin est rémunéré pour son travail et qu'il n'a pas de droits parentaux sur l'enfant, tandis que la mère porteuse en a et les transmet au couple intentionnel à l'issue du contrat. De plus, généralement la majorité des frais, si ce n'est l'intégralité, est versée une fois les droits parentaux transférés au couple commanditaire. Il paraît donc assez difficile de croire que l'argent n'est pas une compensation à la remise de l'enfant ainsi qu'aux droits parentaux.

214. L'autre argument qui semble abonder dans le sens de l'importance de l'argent dans la pratique de ces conventions, provient des conséquences de la limitation des remboursements de frais alloués à la mère porteuse. En effet, ces mesures ont réduit de manière conséquente le nombre de candidates<sup>612</sup>. Cette tendance n'est pas étonnante, puisque des études<sup>613</sup> ont montré qu'une femme décide de devenir mère porteuse pour différentes raisons : cela peut être pour des raisons altruistes, comme le désir d'aider un couple à avoir un enfant, simplement pour le plaisir de donner naissance à un enfant ou pour des raisons financières. Or il semblerait que sans cet aspect financier, les autres raisons soient insuffisantes pour motiver d'éventuelles mères porteuses, surtout si le

---

<sup>611</sup> W. F. MAY suggère que la distinction du Juge Sorkow lors de l'affaire « *Baby M* » entre la procédure et le résultat de la maternité pour autrui « *flies in the face of the facts* ». Il ajoute que « *Let no one doubt that the contract points toward the delivery of a product. And when the mother delivers that child, she must relinquish her rights as its genetic mother, her presumptive rights of custody over an already extant child. It is baby selling* ». Voir : « Surrogate Motherhood and the Marketplace », *Second Opinion* 9 (1987) : 135.

<sup>612</sup> Pour certains auteurs, cette mesure est une atteinte à la liberté de procréer. Voir, K. M. SLY, « Baby-Sitting Consideration : Surrogate Mother's Right to Rent Her Womb for a fee », *Gonzaga Law Review* 18 (1982/83) : 549-51.

<sup>613</sup> M. GUGUCHEVA, « Surrogacy in America », *op. cit.*

couple ne fait pas partie du cercle amical ou familial<sup>614</sup>. Sans en faire une généralité, il ne faut pas oublier que la majorité des mères porteuses est constituée de femmes avec un revenu inférieur à celui du couple intentionnel.

## B. LA QUALIFICATION DU CONTRAT DE MERE PORTEUSE EN CONTRAT DE BAIL

215. Une autre théorie qui se rapproche de celle du contrat de vente tend à considérer les conventions de maternité pour autrui comme des contrats de bail. Le droit français dans son article 1709 du Code civil définit le contrat de bail comme « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ». Ainsi, le bail est caractérisé par deux obligations essentielles, d'une part la jouissance paisible du bien loué, d'autre part le versement d'un loyer. Les frais perçus par la mère porteuse peuvent s'assimiler à un loyer versé en contrepartie de l'utilisation de l'utérus de la mère porteuse. Il paraît difficilement envisageable de retenir le critère de la jouissance. En effet, cela signifierait que les parents commanditaires qui ont le rôle de preneurs puissent user de la chose, qui serait alors l'utérus de la mère porteuse, et seraient titulaires d'un droit exclusif de jouissance à son égard. Or, dans la mesure où les parents n'ont pas la jouissance du corps de la femme, ni même de son utérus, et que la mère porteuse conserve le droit d'avorter au cours de la procédure si elle le souhaite, on ne peut retenir le critère de la jouissance du bien.

En outre, dans les contrats de locations, l'objet de la convention est soit un meuble, soit un immeuble mais jamais une personne et *a fortiori* pas un organe reproducteur. La loi interdit la location, tout comme la vente du corps humain, ce qui explique d'ailleurs pourquoi aux États-Unis la prostitution est interdite. En l'espèce la qualification de contrat de bail est illicite et ne peut pas être retenue.

---

<sup>614</sup> Voir S. B. RAE, « The Ethics of Commercial Surrogate Motherhood, Brave New Families ? », *Praeger Publishers*, 1993, pp. 47 et s.

## C. LA QUALIFICATION DU CONTRAT DE MERE PORTEUSE EN CONTRAT DE PRESTATION DE SERVICE

216. Avec l'arrêt *Calvert*<sup>615</sup>, la jurisprudence a estimé que le contrat de maternité pour autrui était un contrat de service assimilable au contrat de travail. En effet, les défenseurs de la pratique et de cette théorie soutiennent que les frais versés par le couple intentionnel à la mère porteuse ne sont pas là pour acheter l'enfant : ce dernier appartient déjà au mari du couple commanditaire, il ne peut acheter ce qui est déjà sien. L'argent doit donc être perçu comme un dédommagement pour la mère porteuse en contrepartie du service rendu. Ils admettent toutefois qu'il est nécessaire d'encadrer ces arrangements financiers en délimitant les sommes versées et notamment leur destination. Par exemple, ces dernières ne peuvent être versées en compensation des droits parentaux<sup>616</sup>.

217. Ainsi, de nombreux auteurs se sont interrogés sur la nature du contrat liant le couple commanditaire à la mère porteuse. Ainsi, Madame Sly<sup>617</sup> estime qu'interdire les contrats de maternité pour autrui viole le droit constitutionnel des femmes à

---

<sup>615</sup> *Op. cit.*

<sup>616</sup> Ce qui a déjà été admis par la justice à deux reprises : Deux principaux précédents : *In Reimche v. First National Bank of Nevada* (512 F. 2d 187 (1975)), la Cour a confirmé un contrat dans lequel le père et la future mère porteuse s'étaient entendu avant la naissance de l'enfant

De même, *In re Shirk's Estate*, la Cour Suprême du Kansas a exécuté un contrat dans lequel le défunt a accepté de renoncer à un tiers de ses biens en échange du consentement de sa fille pour permettre à sa fille d'être adopté.

Dans l'affaire *Willey v. Lawton* (8. Ill. App. 2d. 344, 132 N.E. 2d 34 (1956)), la Cour d'appel de l'Illinois a jugé qu'était non valable un contrat conclut entre deux parents ayant pour but de faire effacer une dette de pension alimentaire contre le consentement à l'adoption d'un enfant. En l'espèce, une femme a demandé à son ex-mari qui avait du retard dans le paiement de ses pensions alimentaires de donner son consentement à l'adoption de leur enfant par son second mari avec un complément de 5000 \$ en argent comptant en échange de quoi il serait libéré de la pension alimentaire.

Dans ces deux premières affaires, la Cour a autorisé car les co-contractants se connaissaient, ils avaient été mariés. Et l'enfant était déjà né.

<sup>617</sup> K. M. SLY, « Baby-Sitting Consideration : Surrogate Mother's Right to Rent Her Womb for a fee », *op. cit.*

contracter<sup>618</sup>, et soutient que le contrat de maternité pour autrui n'est qu'une forme de « baby-sitting » prénatal<sup>619</sup>. Selon elle, la mère porteuse ne fait que garder l'enfant jusqu'à sa naissance. La rémunération perçue par la mère porteuse, *baby sitter* pendant neuf mois, peut être considérée comme une contrepartie, un salaire, pour avoir pris soin de l'enfant jusqu'à sa naissance. Cette théorie peut être aisément réfutée, puisque le couple commanditaire n'a aucun droit sur l'enfant avant l'accouchement et que la mère porteuse ait donné son consentement. De plus, peut-on vraiment parlé de *baby sitting* ? La mère porteuse fait plus que garder l'enfant, elle assure sa gestation.

218. De manière générale, les partisans des maternités de substitution à but lucratif estiment que ces conventions doivent être qualifiées de contrat de travail, elles doivent être déclarées valables et produire leurs effets. Pour eux, tout travail mérite une rémunération, la mère de substitution a travaillé pendant neuf mois pour le couple contractant, elle mérite donc un salaire. C'est pourquoi les clauses du contrat envisagent la compensation comme contrepartie du travail de la mère de substitution. Cette qualification a été retenue, tout d'abord dans l'affaire des *Associations de mères porteuses contre l'État du Kentucky*<sup>620</sup> puis par l'arrêt *Johnson contre Calvert*<sup>621</sup>.

Le premier arrêt à se prononcer sur la légitimité des contrats de maternités de substitution fut l'affaire de l'*Association des mères porteuses contre l'État du Kentucky* en 1986<sup>622</sup>. Le Ministre de la Justice du Kentucky avait engagé une action afin de faire déclarer nulle cette association qui mettait en relation des couples stériles et des mères de substitution ce qui, selon lui, violait trois lois du Kentucky : celle prohibant l'échange d'argent ou d'autres choses en contrepartie de l'adoption<sup>623</sup> ; celle qui interdisait la renonciation des droits parentaux dans les cinq jours qui suivent la naissance de l'enfant<sup>624</sup> ; et celle qui prévoyait que le consentement à l'adoption n'était valable que s'il était donné moins de cinq jours avant la naissance de l'enfant<sup>625</sup>. La juridiction de

---

<sup>618</sup> *Ibid*, 561-63.

<sup>619</sup> V. S. RAE, *The ethics of commercial surrogate motherhood : brave new families ?*, Wesport, CT : Greenwood publishing, note n°25, 1994.

<sup>620</sup> *Surrogate Parenting Associates v. Commonwealth of Kentucky*, 704 S.W.2d.209 (1986).

<sup>621</sup> *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84 (1993).

<sup>622</sup> *Surrogate Parenting Associates v. Commonwealth of Kentucky*, *op. cit.*

<sup>623</sup> Ky. Rev. Stat. Ann., Sec. 199.590 (2) (1993).

<sup>624</sup> Ky. Rev. Stat. Ann., Sec. 199.601 (2) (1993).

<sup>625</sup> Ky. Rev. Stat. Ann., Sec. 199.500 (5) (1993).

première instance s'était prononcée en faveur de l'Association, ce jugement fut infirmé par la Cour d'appel, elle-même cassée par la Cour Suprême du Kentucky. Cette dernière soutenait que la maternité de substitution n'était pas assimilable à des ventes d'enfants et donc ne violaient pas la législation<sup>626</sup>. Les juges n'ont pas retenu de similitude entre l'activité de l'Association et la vente d'enfants, plaçant ces contrats en dehors du champ d'application de la loi. La théorie des contrats de vente fût donc exclue.

Pour les juges, la maternité pour autrui doit être perçue comme un moyen permettant à une femme stérile d'avoir des enfants comme cela est d'ailleurs permis pour les hommes qui sont stériles et dont le couple fait appel à un donneur, hypothèse dans laquelle une compensation est prévue en échange de ses services. A la suite de cette affaire, une loi adoptée en 1991 interdit les conventions de maternité pour autrui à but lucratif.

219. Quelques années plus tard dans l'affaire *Johnson contre Calvert*<sup>627</sup>, la Cour Suprême de Californie a estimé que la somme versée par les Calvert à Anna Johnson était la contrepartie de son service rendu et non pas de l'achat de l'enfant, le contrat conclu semblait donc être un contrat de travail.

220. Pourtant lorsque l'on étudie un contrat de maternité pour autrui et notamment celui conclu dans l'affaire *Baby M*<sup>628</sup> aucune catégorie jusqu'alors défendue ne semble correspondre. En effet, le contrat stipulait que Madame Witthead percevait 10 000 dollars si l'enfant naissait vivant, et la somme de 1000 dollars si l'enfant naissait sans vie ou si une fausse couche avait lieu avant le quatrième mois. En revanche, elle n'aurait droit à aucune compensation, si cela devait se produire durant les mois précédents<sup>629</sup>. Dans l'optique d'un contrat de travail, si l'argent échangé avait un rôle de compensation pour le service rendu par la mère porteuse, il devrait être versé à la mère de substitution, même dans l'hypothèse où l'enfant serait mort-né<sup>630</sup>, car le service, qui est de porter l'enfant, est le même dans les deux cas. Quant à l'éventualité d'une fausse couche, si la somme est fondée sur le service rendu, alors la mère porteuse devrait

---

<sup>626</sup> KRS 199.590.

<sup>627</sup> Cf. *Supra* n° 105.

<sup>628</sup> 109 N.J. 396,537 A.2d 1227,1988 N.J.77 A.L.R.4th 1

<sup>629</sup> Pour d'avantage de précisions : Cf. Annexe 5.

<http://www.ericgoldman.org/Courses/contracts/babymcontracts.htm> (27/01/2012)

<sup>630</sup> Sauf dans l'hypothèse d'une faute avérée de la mère porteuse.

percevoir une somme au prorata du temps de grossesse. Or, le contrat conclu entre les Stern et les Whitehead prévoyait qu'à défaut de l'exécution de son obligation, cette dernière ne percevrait pas la totalité de l'argent ce qui signifie qu'il ne s'agit pas vraiment d'un contrat de travail. Dans certains contrats, lorsque l'enfant naît prématurément, avant 28 semaines, la mère porteuse perçoit un pourcentage de la somme totale. Tandis que si l'enfant naît après le délai de 28 semaines, la mère porteuse perçoit la totalité de la somme.

Le principal argument des partisans de la théorie du contrat de travail repose sur le lien génétique liant le mari du couple intentionnel et l'enfant. Il ne peut pas s'agir d'un contrat de vente puisque l'enfant a pour père le mari du couple, il est donc inutile qu'il l'achète. Cette théorie pourrait être retenue si la mère porteuse était rémunérée en partie du moins, dans l'hypothèse où la grossesse n'arriverait pas à son terme. Cela prouverait qu'en effet, une partie de la somme compense le service rendu par la mère porteuse.

Monsieur le professeurs Capron et Madame le professeur Radin<sup>631</sup> de l'Université de Droit de Caroline du Sud suggèrent que l'idée selon laquelle l'argent n'est qu'une contrepartie du service rendu est un déguisement à un contrat de vente, dans la mesure où le paiement n'a lieu qu'une fois les droits parentaux transférés et le contrat totalement exécuté. Généralement l'argent est placé sur un compte et versé à la mère porteuse une fois les droits parentaux transmis, et l'enfant adopté par la mère du couple intentionnel.

221. D'autre part, le critère de subordination inhérent au contrat de travail fait défaut dans le cas des accords de maternité pour autrui. En effet, le salarié est soumis au pouvoir de contrôle et de direction de l'employeur. L'état de subordination est la capacité pratique, pour l'employeur, de diriger, de contrôler et de sanctionner le travailleur. Or, dans le cadre d'un contrat de maternité pour autrui, le couple commanditaire n'a aucun pouvoir de direction, de contrôle ou de sanction sur la mère porteuse. En effet, même si cette dernière s'engage à éviter tout abus pour que la grossesse se déroule correctement, aucune mesure n'est prise si ce n'est la rupture du contrat en cas de mauvaise exécution de sa part.

222. Il semblerait donc que les accords de maternité pour autrui ne puissent être

---

<sup>631</sup> A. M. CAPRON, M. J. RADIN, « Choosing Family Law Over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood » in L. Gostin (ed), *Surrogate Motherhood : Politics and Privacy* (Bloomington, Indiana University Press, 1988).

qualifiés ni de contrat de vente, ni de contrat de travail, mais davantage d'un contrat d'entreprise<sup>632</sup>.

---

<sup>632</sup> Cf. *Infra* n° 232.

## **CONCLUSION DE SECTION 2**

223. Moins connu en France, il existe pourtant de nombreux contrats accessoires à la procédure d'adoption. Aux États-Unis en revanche, la logique contractuelle est davantage reconnue et pratiquée en matière d'adoption. Ainsi, dans le cadre de *l'open adoption* les parties sont directement en relation, elles se choisissent, comme lors de la conclusion d'un contrat, et s'entendent sur les modalités de l'après adoption.

Pour autant, ce n'est pas l'enfant qui est l'objet de cette convention, mais bien la filiation qui entraîne le transfert des droits parentaux.

224. La qualification du contrat de maternité pour autrui fait l'objet de nombreuses controverses. La doctrine hésite entre contrat de vente et contrat de travail, or il semble que ni l'une, ni l'autre de ces qualifications ne soit exacte.

Ainsi, on ne peut pas retenir le contrat de vente dans la mesure où ni l'enfant, ni les droits parentaux ne peuvent être l'objet de l'obligation.

De même le contrat de gestation pour autrui, ne peut pas être qualifié de contrat de bail dans la mesure où les preneurs donc les parents intentionnels n'ont aucune jouissance sur le corps de la femme. Le corps humain ne peut pas faire l'objet d'un bail ou d'une vente.

D'autre part, le contrat de travail avancé par certains auteurs doit également être évincé. En effet, si la rémunération sous forme de compensation est présente, il n'y a pas de lien de subordination entre la mère porteuse et le couple intentionnel.

# CONCLUSION DE CHAPITRE 1

225. La source de la filiation élective revêt un aspect conventionnel. Lorsqu'il s'agit d'une convention de maternité, le concept semble copié sur celui du contrat de vente<sup>633</sup> à la différence qu'un jugement sera nécessaire pour clore la procédure.

Dans le cadre de l'adoption, cette logique est moins flagrante, notamment en France, où les personnes n'échangent pas directement leur volonté. Pour autant, les deux parties consentent l'une à remettre l'enfant et l'autre à le recevoir. Lorsque l'enfant est remis directement aux candidats à l'adoption il y a donc une rencontre entre deux volontés, définition même de la convention. L'article 1126 du Code civil dispose que « tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'engage à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». Si dans le cadre de *l'open adoption*, la « chose » semble représenter le transfert de la filiation, en matière de maternité pour autrui la réponse est moins évidente.

Ainsi, l'étude des contrats sur lesquels se fondent les filiations électives tend vers deux conclusions. D'une part, le débat selon lequel les conventions de maternité pour autrui sont soit un contrat de travail, soit un contrat de vente, semble tout à fait contestable. En effet, plusieurs des obligations essentielles de ces contrats ne se retrouvent pas dans la relation qui lie la mère porteuse au couple intentionnel. Une autre qualification est donc à trouver. D'autre part, si les contrats supports des filiations électives sont normalement conclus à titre gratuit, la pratique montre au contraire une tendance à la commercialisation de ces filiations, aussi bien adoptives que dans le cadre d'une maternité pour autrui.

---

<sup>633</sup> F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, « La vente est un contrat translatif de la propriété d'un bien moyennant une contrepartie monétaire », *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 8<sup>e</sup> édition, p. 39.



# CHAPITRE 2. LA QUALIFICATION

## DES CONTRATS SUPPORT DE FILIATIONS

### ELECTIVES

226. La nature des contrats sur lesquels se fondent les filiations électives est difficilement définissable. Malgré les différentes mesures prises par les États afin que le corps humain reste en dehors du commerce<sup>634</sup> et en dehors des contrats, l'étude des pratiques liées aux filiations électives montre que la frontière est très mince.

La tendance serait de penser que les contrats de maternité pour autrui, conclus entre la mère porteuse et le couple commanditaire, ne sont rien d'autres que de simples contrats de vente déguisés. Cependant, certains aspects incitent à surmonter cette première approche. L'étude de la qualification des contrats, qui gravitent autour des filiations électives, au regard du droit français permet de mettre en lumière les obligations de chaque contractant. Il est important que les Français qui se rendent à l'étranger connaissent la nature de leurs engagements, leur étude au regard du droit français semble donc pertinente.

Ainsi, l'examen de l'objet du contrat de maternité pour autrui laisse penser qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise. En effet, si certains points du régime juridique de ce contrat ne peuvent être appliqués aux accords de maternité pour autrui, la cause est la même. Tandis que les contrats conclus dans le cadre de l'adoption entre les candidats et les intermédiaires s'apparentent davantage au contrat de mandat ou de commission.

La qualification des contrats liés aux filiations électives au regard du droit français, permet de déterminer les hypothèses d'engagement de la responsabilité des contractants en cas d'inexécution des obligations essentielles du contrat, dans le cadre des contrats de maternité pour autrui (Section 1) ou des contrats conclus avec les intermédiaires (Section 2).

---

<sup>634</sup> Pour une illustration d'exceptions voir : AGACINSKY S, *Corps en miettes*, Paris, Flammarion, coll. « Café voltaire », 2009, p. 94.



**SECTION 1. L'ENGAGEMENT DE LA**  
**RESPONSABILITE DES PARTIES SOUMIS A LA**  
**QUALIFICATION DES CONTRATS DE MATERNITE**  
**POUR AUTRUI**

227. Il existe deux types de contrats dans les filiations électives. Il y a d'une part l'accord que le couple intentionnel conclut avec la mère porteuse, et puis il y a également les contrats que les candidats à la filiation vont conclure avec les intermédiaires. On retrouve cette dernière forme aussi bien dans les contrats de maternité pour autrui que dans les procédures d'adoption.

228. Le contrat de maternité pour autrui n'étant ni un contrat de vente, ni un contrat de bail, ni un contrat de travail, il faut donc s'interroger sur sa cause objective.

Le couple intentionnel ne recherche pas seulement un enfant, sinon il entamerait une procédure d'adoption. Ce qui l'intéresse, c'est qu'une femme porte son enfant le temps de la gestation. Il semblerait donc que la qualification de contrat d'entreprise soit plus appropriée. Pour autant, à la lecture du régime du contrat d'entreprise on se rend compte que c'est une nouvelle forme de ce contrat qui s'applique, dont la nature de l'obligation influencera la preuve du dommage dans le cadre d'une action en responsabilité.

En outre, la qualification en contrat d'entreprise de la maternité pour autrui fait entrée cette pratique dans la catégorie des services. Il est alors possible de se demander si la maternité pour autrui en tant que contrat de service peut bénéficier de la libre prestation des services.

229. Ainsi, la qualification du contrat de maternité pour autrui (I), permet de déterminer les conditions d'engagement de la responsabilité des contractants (II).

**I. LA QUALIFICATION DU CONTRAT DE MATERNITE POUR  
AUTRUI ENTRE LA MERE PORTEUSE ET LE COUPLE  
INTENTIONNEL,  
UN CONTRAT D'ENTREPRISE**

230. Dans la relation qui lie la mère porteuse au couple intentionnel, il est important que toutes les possibilités soient évoquées dans un contrat. Cet accord va résumer les obligations et devoirs de chacune des parties, ainsi que les sanctions prévues en cas d'inexécution.

Eu égard aux obligations respectives des co-contractants, le contrat d'entreprise semble être la forme contractuelle qui se rapproche le plus des conventions de maternité de substitution.

La qualification classique du contrat d'entreprise bien qu'elle s'applique aux accords de maternité pour autrui, peut-être discutée eu égard à la cause du contrat qui peut en faire un contrat (A). Cette qualification soulève une autre question qui est celle de son entrée dans le champ d'application de la libre prestation des services au sein de l'Union européenne (B).

**A. LA QUALIFICATION DU CONTRAT DE MATERNITE POUR AUTRUI EN  
CONTRAT D'ENTREPRISE**

231. Selon la définition du contrat d'entreprise, « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles »<sup>635</sup>. Il s'agit donc d'un contrat synallagmatique à

---

<sup>635</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, PUF.

titre onéreux dont l'identification pose parfois quelques difficultés<sup>636</sup>. Selon Pothier le louage d'ouvrage est « un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne un certain ouvrage à faire à l'autre, qui s'oblige envers elle de le faire pour un prix convenu ». Cette définition a inspiré l'article 1710 du Code civil<sup>637</sup>. Pour Ripert et Boulanger « le louage d'ouvrage consiste à exécuter un travail pour une personne sans être à son service »<sup>638</sup>. L'article 1787 du Code civil dispose que « lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière ».

Le contrat d'entreprise doit répondre aux conditions de validité imposées par l'article 1108 du Code civil. Il se forme par l'échange des consentements des parties sur le travail à réaliser. L'objet du contrat consiste en la réalisation d'une chose ou la fourniture d'un service<sup>639</sup>.

L'entrepreneur doit exécuter la prestation qui lui a été demandée en respectant les modalités convenues. Il est tenu d'exécuter une prestation. Il est donc débiteur d'une obligation de faire. Dans un contrat de maternité pour autrui, cette obligation est la gestation. Pour ce faire la mère porteuse a préalablement signé un accord dans lequel elle s'engage à respecter certaines conditions et restrictions relatives à son mode de vie<sup>640</sup>.

Lorsque le contrat d'entreprise porte sur une chose, outre l'exécution de la prestation, l'entrepreneur doit également délivrer la chose en respectant les délais convenus. Livraison qui sera représentée par la remise de l'enfant au couple

---

<sup>636</sup> P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. TEYSSIE, Éd. Panthéon 2002 ; Y. Merchiers, *Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique : Mélanges Ph. MALINVAUD*, Litec, 2007, p. 431 s.

<sup>637</sup> POTHIER, *Traité du contrat de louage*, 7<sup>e</sup> partie, « Du louage d'ouvrage », n°392.

<sup>638</sup> G. RIPERT, J. BOULANGER, *Contrats civils*, n° 2062.

<sup>639</sup> J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, LDGJ, 3<sup>e</sup> édition.

<sup>640</sup> « *The Surrogate agrees not to participate in dangerous sports or hazardous activities, and not to knowingly allow herself to be exposed to radiation toxic chemicals or communicable diseases.*

*The Surrogate agrees not to smoke any type of cigarettes, drink alcoholic beverages or excessive caffeinated beverages, or to use any illegal drugs, prescription or non-prescription drugs without the written consent of her physician and/or obstetrician.*

*The Surrogate agrees not to travel outside of the United States of America after the second trimester of the pregnancy, with the exception of the event of an extreme illness or death in the Surrogate's family and only upon the written consent of her physician and/or obstetrician »*  
[http://www.allaboutsurgacy.com/sample\\_contracts/GScontract1.htm](http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm) (août 2014)

commanditaire une fois le délai légal passé. En outre, l'analyse peut être poussée plus loin, car si le matériau appartient à l'entrepreneur le contrat emporte un transfert de propriété. On peut s'interroger sur la compatibilité de ce critère avec la maternité pour autrui. Lorsqu'elle accouche de l'enfant la mère porteuse est la mère légale de l'enfant, sans dire que l'enfant est la propriété de la mère porteuse, elle dispose cependant de droits à son égard que la mère intentionnelle n'a pas. Le contrat prévoit le transfert de ces droits et donc de la filiation. Ainsi, sans parler de transfert de propriété, il existe bien un transfert de droits à l'issu du contrat.

En outre, l'accord préalable sur le montant de la rémunération n'est pas un élément essentiel à la formation du contrat<sup>641</sup>. Si l'on applique cette caractéristique aux contrats de maternité pour autrui, le fait que la compensation ne se fasse que sous la forme de remboursement des frais avancés qu'il est difficile de précisément anticiper, ne semble pas être un obstacle à la qualification.

232. De son côté le maître d'ouvrage a simplement pour obligation de payer le prix de la prestation, et de réceptionner la chose. Or, bien que la réception soit une obligation pour le maître de l'ouvrage, ce dernier peut également la refuser. Mais dans le cas d'un refus injustifié, l'entrepreneur peut demander au juge de prononcer la réception. Les parents intentionnels s'engagent donc à accueillir l'enfant à sa naissance. En règle générale, un article est prévu au contrat afin de préciser cette réception. Ainsi, le couple commanditaire ne pourra pas refuser l'enfant, quand bien même celui-ci serait handicapé.

De plus, dans le contrat d'entreprise la tâche est effectuée de façon indépendante, ce qui la distingue du contrat de travail. En effet le contrat de travail se manifeste par la subordination du salarié qui exécute le travail pour le compte d'autrui, « sous l'autorité d'un employeur, qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et [d'en] sanctionner les manquements »<sup>642</sup>. Tandis que c'est l'indépendance qui caractérise sans doute le mieux l'entrepreneur, travaillant pour son compte. Il exerce un métier, au profit d'un client en principe incompetent, et qui ne se mêlera pas de l'exécution. C'est tout à fait le cas dans un contrat de maternité de substitution, la mère du couple commanditaire ne peut pas porter ou avoir d'enfant, le couple fait donc appel à une mère porteuse qui le peut. Elle est choisie pour sa capacité à porter l'enfant, ce que ne

---

<sup>641</sup> P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil-Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7<sup>ème</sup> édition.

<sup>642</sup> Soc. 13 novembre 1996, n°94-13.187, *Bull. civ.* V, n°386 ; *GADT*, 4<sup>e</sup> éd., 2008, n°1-3 ; *JCP E* 1997. II.911, note J. BATHELEMY.

peut faire la mère intentionnelle. Un second critère est la répartition des risques. En effet, tandis que l'entrepreneur peut voir sa responsabilité engagée et doit assumer les risques, le salarié est à l'abri de tout recours.

233. Le contrat de maternité pour autrui répond donc aux obligations essentielles du contrat d'entreprise.

Bien que parfois proche du contrat de vente, c'est ici le processus qui est l'objet du contrat et non pas le résultat. En effet, s'ils voulaient un enfant ils auraient recours à l'adoption, ce qui importe en l'espèce c'est que l'enfant soit le leur, et donc qu'une tierce personne porte l'enfant le temps de la gestion. Le couple intentionnel cherche une alternative à l'impossibilité de la mère intentionnelle de porter l'enfant. Le processus est donc plus important que le résultat, ce qui justifie que l'on écarte la qualification du contrat de vente.

234. Cependant, si la convention de maternité pour autrui semble réunir les obligations essentielles du contrat d'entreprise. En effet, un couple, qui sera le maître d'ouvrage, commande à un entrepreneur, la mère porteuse, la réalisation d'un ouvrage, qui est ici un enfant. L'objet du contrat est donc bien la réalisation de l'enfant. Si cela avait été l'enfant en lui même, alors les parents auraient pu avoir recours à l'adoption. Dans ce type d'accord, l'objectif pour le maître d'ouvrage est qu'une femme porte l'enfant à la place de la mère intentionnelle. C'est sa faculté de gestation qui est désirée.

235. Pour autant, si l'on retrouve la logique de ce contrat, ainsi que de nombreux éléments il n'en reste pas moins une nouvelle forme eu égard à son objet. De fait, certains aspects du contrat d'entreprise ne coïncident pas avec certains aspects du régime du contrat d'entreprise.

En ce qui concerne l'objet même du contrat, peut-on considérer que la gestation ou la procréation soit un ouvrage ? Selon la définition, la notion d'ouvrage se définit comme « tout travail indépendant ou toute activité qui peut être l'objet d'un contrat d'entreprise »<sup>643</sup>. Cela concerne aussi bien les travaux tels que la peinture, la réparation, que des activités de conseils, de soins, etc. Aussi, dans la mesure où les soins sont considérés comme un ouvrage, peut-on imaginer que cela s'étende à une grossesse. De plus, peut-on dire que la mère porteuse a un rôle actif dans la gestation ? Le processus de grossesse suit son cours et la mère porteuse doit surtout ne rien faire qui nuise à la

---

<sup>643</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, PUF.

gestation de l'enfant. Elle ne doit pas consommer de drogues ou d'alcool ou bien ne pas avoir recours à une interruption volontaire de grossesse. Si l'on estime que la grossesse de la mère porteuse n'est pas un ouvrage alors la qualification du contrat d'entreprise ne peut être retenue. Cependant, dans la mesure où sans la mère porteuse le processus ne pourrait avoir lieu, et eu égard aux contraintes qui lui sont imposées il semble bien que la gestation soit un ouvrage dont la mère porteuse en est l'entrepreneur. Il s'agit cependant d'un contrat d'entreprise mais dont la qualification de l'ouvrage est ici inhabituelle<sup>644</sup>.

236. Une particularité est également à noter quant à l'inexécution du contrat. Dans un contrat d'entreprise classique, le droit prévoit qu'en cas d'inexécution les parties demandent la réparation en nature, l'exécution forcée de la prestation ou encore la réparation par l'allocation de dommages-intérêts. Or, lorsqu'il s'agit d'une grossesse peut-on vraiment demander réparation en nature, ou contraindre la mère porteuse à porter de nouveau un enfant afin de réparer le préjudice subit par la mauvaise exécution de la première convention ? On imagine mal des parents intentionnels demander à un juge de contraindre la mère porteuse à mener la gestation jusqu'à son terme, et encore moins un juge l'autoriser. C'est pourquoi, en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution on privilégiera le versement de dommages-intérêts par la partie débitrice<sup>645</sup>.

## B. LES DANGERS DE L'ASSIMILATION DE LA MATERNITE POUR AUTRUI AUX SERVICES DANS L'UNION EUROPEENNE

237. Le fait que la maternité pour autrui soit qualifiée de contrat de service, et notamment de contrat d'entreprise, pose le problème de la libre prestation des services au sein de l'Union européenne(1), comme ce fut le cas dans l'arrêt *Blood* (2).

---

<sup>644</sup> P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux, op. cit.*, n°5.

<sup>645</sup> Cf. *Infra* n° 250 et s.

## 1. La maternité pour autrui et la libre prestation des services

238. La qualification du contrat de maternité en contrat de services pose la question de la prestation de services au sein de l'Union européenne (a), mais aussi avec des ressortissants étrangers à l'Union européenne (b).

### a) La prestation de services au sein de l'Union européenne

239. Au sein de l'Union européenne se pose le problème de la cohabitation entre les lois de police et la libre prestation des services. Si l'on se réfère à l'article 56 du Traité instituant l'Union européenne « dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation. ». Selon cet article une personne a le droit à être médicalement traitée dans un État membre autre que celui de son domicile, en dépit des différentes prohibitions posées par les lois nationales en présence. Cet article interdit donc les lois de police au sein de l'Union européenne.

La question est de savoir si cette logique peut être appliquée aux cas de maternité pour autrui. Si c'est le cas, la libre circulation des services et des personnes au sein de l'Union européenne peut s'avérer être un argument de choix pour les agences qui souhaitent s'implanter en Europe, puisque les pays qui autorisent la maternité pour autrui bénéficient de la libre circulation des personnes et des services. Selon cette logique l'exercice de ces agences s'étendrait alors à toute l'Union européenne.

240. Le principe de la libre prestation de services permet à un opérateur économique fournissant ses services dans un État membre d'offrir ses services de manière temporaire dans un autre État membre, sans devoir y être établi. Aux termes de l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les activités « sont considérées comme services les prestations fournies contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Les services comprennent notamment:

- a) des activités de caractère industriel,
- b) des activités de caractère commercial,
- c) des activités artisanales,
- d) les activités des professions libérales.

Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans l'État membre où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que cet État impose à ses propres ressortissants ». Il s'agit généralement d'activités de caractère industriel, commercial, artisanales ou d'activités des professions libérales.

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, toute activité faite contre rémunération constitue une prestation de services. Elle a jugé que la nature même de l'activité n'est pas un critère pertinent<sup>646</sup>. En outre, si le paiement de la rémunération est très indirect, il faut démontrer l'existence d'un lien entre l'activité et la rémunération.

Dans plusieurs affaires, la Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à se prononcer sur la question de savoir si certaines activités relevaient de la prestation de service. Elle a ainsi reconnu la nature de prestation de services à la mise à disposition de main-d'œuvre temporaire<sup>647</sup>, ainsi qu'à des soins médicaux<sup>648</sup> même pratiqués dans un établissement hospitalier public, y compris un avortement<sup>649</sup>. L'assimilation de ces activités en tant que prestations de services laisse à penser que la maternité pour autrui en tant qu'aide à la procréation pourrait également y être assimilée, aussi bien dans l'optique d'un soin médical que dans celui d'un contrat de travail.

241. La directive 2006/123/CE définit le prestataire de services comme « toute personne physique ressortissante d'un État membre, ou toute personne morale visée à l'article 48 du traité et établie dans un État membre, qui offre ou fournit un service »<sup>650</sup>. Si l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est clair en ce qui concerne le prestataire de service, il reste silencieux en ce qui concerne le destinataire. La Cour de justice de l'Union européenne n'a pas donné de définition du destinataire

---

<sup>646</sup> CJCE, 3 déc. 1974, *Van Binsbergen, Rec.*, p. 1299.

<sup>647</sup> CJCE, 17 déc. 1981, aff. 279/80, *Webb : Rec. CJCE* 1981, p. 3305.

<sup>648</sup> CJCE, 13 mai 2003, aff. C-385/99, *Müller-Fauré : Rec. CJCE* 2003, I, p. 4509.

<sup>649</sup> CJCE, 4 oct. 1991, *Grogan*, citée supra n° 20 ; CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-368/98, *Vanbraekel : Rec. CJCE* 2001, I, p. 5363 ; CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-157/99, *Smits et Peerbooms : Rec. CJCE* 2001, I, p. 5473 ; *RDUE* 2001, p. 792 ; CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré, op. cit.* ; CJCE, 23 oct. 2003, aff. C-56/01, *Inizan : Rec. CJCE* 2003, I, p. 12403 ; P. MAVRIDIS, Libéralisation des soins de santé en Europe, un premier diagnostic : *RMCUE* 1998, n° 3, p. 145 ; S. VAN RAEPENBUSCH, Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestations de soins, conséquence sociale du marché intérieur : *Cah. dr. eur.* 1998, n° 5-6, p. 683.

<sup>650</sup> Voir Article 4 de la Directive 2006/123/CE.

jusqu'ici<sup>651</sup>. L'article 4, paragraphe 3, de la directive<sup>652</sup> définit le destinataire comme « toute personne physique ressortissante d'un État membre ou qui bénéficie de droits qui lui sont conférés par des actes communautaires, ou toute personne morale visée à l'article 48 du traité et établie dans un État membre, qui, à des fins professionnelles ou non, utilise ou souhaite utiliser un service »<sup>653</sup>. Peuvent donc être considérés comme prestataire et destinataires les parties à une convention de maternité pour autrui, qu'il s'agisse d'une procédure indépendante n'engageant qu'une mère porteuse, ou bien d'une procédure faisant appel à un intermédiaire.

242. En ce qui concerne la rémunération le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que celle-ci peut être très modeste, voire en nature<sup>654</sup>. Elle est versée au prestataire de services en échange de la prestation<sup>655</sup>. Dans le cadre des soins médicaux, la Cour a jugé qu'une intervention en nature n'empêche pas les traitements médicaux d'entrer dans le champ d'application de la libre prestation de services garantie par le traité<sup>656</sup>. Si le remboursement en nature est envisageable qu'en est-il d'une compensation ? Cette dernière peut-elle être considérée comme une rémunération au sens du Traité ? Il semble que oui et si c'est le cas, la maternité pour autrui en tant que prestation de services s'étendrait également aux États qui encadrent la pratique par la mise place de limitations relatives à la rémunération des mères porteuses.

243. Tout l'intérêt est de savoir si les États qui interdisent la maternité pour autrui peuvent se voir imposer cette dernière par l'intermédiaire du principe de libre prestation des services. Or la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé qu'une activité qui fait l'objet d'une réglementation particulièrement stricte et d'un contrôle étroit de la part de l'autorité publique ne conduit pas à remettre en cause leur nature de prestations de services dès lors que cette activité n'est pas totalement interdite<sup>657</sup>. Toutefois, lorsque l'État interdit totalement l'activité, on ne peut invoquer des libertés de circulation et

---

<sup>651</sup> V. CJCE, 14 nov. 1995, aff. C-484/93, *Svensson*, *op. cit.*

<sup>652</sup> Directive 2006/123/CE.

<sup>653</sup> Voir Article 4 de la Directive 2006/123/CE.

<sup>654</sup> CJCE, 5 oct. 1988, *Steymann*, aff. 196/87, *Rec.* 1988, p. 6159 ; CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-281/06, *Jundt* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 12231.

<sup>655</sup> V. dans le domaine de la TVA, l'arrêt *Tolsma*, *CJCE*, 3 mars 1994 : *Rec. CJCE* 1994, I, p. 743 déniait à l'activité de musicien ambulancier la qualification de prestation de services en l'absence d'un tel lien.

<sup>656</sup> CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, *op. cit.*

<sup>657</sup> CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, *op. cit.*, pt 31.

notamment de la libre prestation des services<sup>658</sup>. Ainsi, les pays encadrant la maternité de substitution pourront être concernés par le principe de libre prestation des services, contrairement aux pays, comme la France, qui l'interdisent. Et ce même si l'interdiction totale de l'activité pourtant autorisée dans d'autres États membres constitue une entrave pour le prestataire de services établi dans un État où cette activité est autorisée. Mais cette entrave peut se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général<sup>659</sup> ou par un des motifs visés à l'article 52 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, comme la santé publique<sup>660</sup>. L'interdiction d'ordre public qui touche la maternité pour autrui en France semble entrer dans la définition des raisons impérieuses d'intérêt général, maintenant alors l'interdiction de la pratique malgré son assimilation à une prestation de services.

b) La prestation de service au sein de l'Union européenne avec un ressortissant d'un État tiers

244. En ce qui concerne les relations entre les ressortissants d'États membres et ceux d'États tiers, l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que seuls les ressortissants d'un État membre de l'Union peuvent invoquer la libre prestation des services. Cependant, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne peuvent décider d'étendre le bénéfice le champ d'application de cet article aux prestataires de services ressortissants d'un État tiers et établis à l'intérieur de l'Union.

Cette restriction est également opposable au destinataire puisque, dans un arrêt du 3 octobre 2006<sup>661</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé qu'un destinataire de prestations de services ressortissant d'un État membre ne pouvait pas invoquer la libre prestation des services si le prestataire, établi dans un autre État membre, est ressortissant

---

<sup>658</sup> CJUE, 16 déc. 2010, aff. C-137/09, *Josemans* : *Europe* 2011, comm. 61, note A. RIGAUX, s'agissant d'une réglementation interdisant l'accès aux coffee-shops néerlandais vendant des drogues douces aux ressortissants résidents dans d'autres États membres.

<sup>659</sup> CJCE, 12 déc. 1996, aff. C-3/95, *Reisebüro Broede* : *Rec. CJCE* 1996, I, p. 6511 ; J.-G. HUGLO, « Droit d'établissement et libre prestation de services » *RTDE* 1997, p. 451.

<sup>660</sup> CJCE, 11 juill. 2002, aff. C-294/00, *Gräbner* : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 6515, s'agissant de l'activité de Heilpraktiker ; C. PRIETO, « Liberté d'établissement et de prestation de services », *RTDE* 2003, chron. p. 489.

<sup>661</sup> CJCE, 3 oct. 2006, aff. C-290/04, *FKP Scorpio* : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 9461 ; *Europe* 2006, comm. 368.

d'un État tiers. Cette décision pose une limite à la libre prestation de service qui se limite aux prestataires ressortissants d'un État membre.

Néanmoins, les ressortissants d'États tiers peuvent bénéficier indirectement des libertés communautaires en constituant sur le territoire d'un État membre une société conformément au droit de cet État puisque l'article 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « les sociétés constituées en conformité à la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilés (...) aux personnes physiques ressortissantes des États membres »<sup>662</sup>. Ce sera le cas d'une agence américaine qui s'implante dans un État membre pour bénéficier du faible coût des mères porteuses ou de la faible protection de leurs droits, comme le prévoit certaines législations. L'agence pourra alors s'implanter dans ce pays et jouir de ces avantages, tout en atteignant un public européen et tirer avantage du principe de libre prestation des services.

245. De prime abord, malgré le principe de libre prestation des services, les pays de l'Union européenne qui interdisent la pratique des mères porteuses ne peuvent être contraints de légaliser une filiation issue d'un tel accord. En revanche, eu égard aux dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, un couple intentionnel peut avoir recours à une mère porteuse issu d'un autre État membre et bénéficier du principe de libre prestation des services. Ce qui ne sera toutefois pas le cas dans l'hypothèse où l'une ou l'autre des parties sont basées dans un État tiers à l'Union européenne.

246. Si sur le principe il semblerait que la souveraineté nationale ne soit pas mise en danger, l'étude plus approfondie du rapport entre le principe de libre prestation des services et l'ordre public ou les lois de police avec l'exemple de l'arrêt *Blood* amène à un peu plus de réserve.

---

<sup>662</sup> V. stigmatisant les conséquences de ce libéralisme, Y. LOUSSOUARN, *Le droit d'établissement des sociétés* : RTDE 1990, p. 229.

## 2. La mise en danger des lois de police face à la libre prestation des services

247. L'exemple de la jurisprudence anglaise *Blood*<sup>663</sup> illustre bien la difficulté pour les pays membres de l'Union européenne d'imposer leurs lois de police face à la libre prestation des services. En l'espèce, une épouse, devenue veuve, a obtenu au Royaume-Uni le prélèvement de gamètes sur son époux alors plongé dans le coma puis a sollicité d'une autorité britannique<sup>664</sup> l'autorisation d'exporter le sperme congelé vers la Belgique où une clinique était disposée à procéder à une insémination *post mortem*. Or, l'*Human Fertilisation and Embryology Authority* avait refusé d'autoriser l'exportation des gamètes vers la Belgique. Pourtant la *Court of Appeal* a autorisé la veuve à recourir à une insémination *post mortem* en Belgique, dans des conditions interdites par le droit anglais, sur le fondement de la libre prestation des services.

Ainsi, au regard de cette affaire, à qui l'on ne peut pas accorder la valeur de précédent, il semblerait que l'interdiction française des conventions de maternité pour autrui ne tienne pas face au principe de libre circulation des services. Si cette affaire semble être un arrêt isolé, elle soulève néanmoins une question intéressante sur l'adéquation entre protections de certaines valeurs par les États membres comme l'interdiction de la maternité de substitution, et le principe de libre échange et notamment la libre circulation des services.

De plus dans l'arrêt *Grogan*<sup>665</sup>, la Cour de Justice des Communautés européennes a assimilé l'interruption volontaire de grossesse à un acte médical qui devait être analysé comme une activité de service au sens du droit communautaire. La logique de la Cour pourrait donc s'étendre à la pratique des mères porteuses.

Cela signifie que dans l'hypothèse d'un couple français qui conclut un contrat de maternité pour autrui avec une mère porteuse issue d'un État membre de l'Union européenne et qui autorise la maternité pour autrui, on peut imaginer que le principe de libre circulation des services, mais aussi des personnes pour l'enfant né, s'applique. Et il

---

<sup>663</sup> *Court of Appeal*, 6 février 1997, *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex part Blood* (1997), 2 All ER 687, C.A. ; J-S BERGE, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas Blood », *JCP* 2000, I, 206.

<sup>664</sup> *Human Fertilisation and Embryology Authority*

<sup>665</sup> CJCE, 4 oct. 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. v. Grogan*, Case C-159/90, [1991] E.C.R.4685.

n'est pas certain que le droit français puisse s'imposer devant la Cour de Justice de l'Union européenne.

248. Cela pose le problème du respect des interdictions posées par un État membre, les exigences impératives d'intérêt général<sup>666</sup>. Comme on a pu le constater dans l'affaire *Blood*<sup>667</sup> les limites ont été posées par la jurisprudence de la Cour de justice comme dans son arrêt *Cassis de Dijon*<sup>668</sup>. En l'espèce, le juge communautaire avait estimé que pouvaient constituer des mesures d'effet équivalent interdites par le droit communautaire de la libre circulation des marchandises, des réglementations nationales indistinctement applicables aux produits nationaux et importés. Ces exigences impératives d'intérêt général<sup>669</sup> sont de nature à primer les nécessités de la libre

---

<sup>666</sup> Pour une étude de l'évolution de cette notion voir : B. BERTRAND, Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ?, *Europe*, Janvier 2012, n° 1.

<sup>667</sup> *Court of Appeal*, 6 février 1997, *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex part Blood* (1997), 2 All ER 687, C.A. ; J-S Bergé, « Le droit communautaire dérivé. Le cas Blood », *JCP* 2000, I, 206.

<sup>668</sup> CJCE, 20 févr. 1979, *Rewe c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* [Cassis de Dijon], aff. 120/78, *Rec.* 649.

<sup>669</sup> Elles ne font pas l'objet d'une liste limitative. V. D. SIMON, Rép. Droit europ., *V. Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent*, n° 108 et s. « Dans son arrêt Cassis de Dijon, la Cour indiquait que pouvaient échapper aux interdictions des articles 30 et suivants des mesures nationales justifiées par la protection de la santé publique (V. par ex., CJCE, 31 mars 1982, *Blesgen c/ Belgique*, aff. 75/81, *Rec.* 1211 ; CJCE, 14 juill. 1983, *Sandoz*, aff. 174/82, *Rec.* 2445 ; CJCE, 12 mars 1987, *Commission c/ Allemagne* [Loi de pureté pour la bière], aff. 178/84, *Rec.* 1227), par la loyauté des transactions commerciales (V. par ex., CJCE, 2 mars 1982, *Industrie Diensten Groep c/ Beele*, aff. 6/81, *Rec.* 707 ; CJCE, 22 juin 1982, *Robertson*, aff. 220/81, *Rec.* 2349 ; CJCE, 11 mai 1989, *Procédure pénale c/ Wurmser et autres*, aff. 25/88, *Rec.* 1105 ; CJCE, 15 sept. 1994, *Houtwipper*, aff. C-293/93, *Rec.* I. 4249), l'efficacité des contrôles fiscaux (CJCE, 5 avr. 1984, *Van de Haar et Kaveka de Meern*, aff. jointes 177 et 178/82, *Rec.* 1797) et la protection des consommateurs (V. par ex., CJCE, 14 juill. 1988, 3 *Glocken et autres c/ USL Centro-Sud et autres* [Pâtes alimentaires], aff. 407/85, *Rec.* 4233 ; CJCE, 16 mai 1989, *Buet et autres c/ Ministère public* [Démarchage à domicile], aff. 382/87, *Rec.* 1235. La jurisprudence ultérieure a permis d'identifier une série d'autres exigences impératives, telles que la protection des travailleurs (CJCE, 14 juill. 1981, *Oebel*, aff. 155/80, *Rec.* 1993 ; CJCE, 23 nov. 1989, *Torfaen Borough Council c/ B et Q plc*, aff. C-145/88, *Rec.* 3851 ; CJCE, 28 févr. 1991, *Conforama* [Travail du dimanche], aff. C-312/89, *Rec.* I. 997), la protection de l'environnement (CJCE, 7 févr. 1985, *Procureur de la République c/ ADBHU* [Huiles usagées], aff. 240/83, *Rec.* 531 ; CJCE, 20 sept. 1988, *Commission c/ Danemark*, aff. 302/86, *Rec.* 4607 ; CJCE, 13 déc. 2001, *DaimlerChrysler*, aff. C-324/99, *Rec.* I. 9897), mais aussi la défense de la création cinématographique (CJCE, 11 juill. 1985, *Cinéthèque c/ Fédération nationale des cinémas français*, aff.

circulation des marchandises. Ainsi, après avoir constaté qu'en l'absence de réglementation communautaire, les États membres restaient en principe compétents pour régler la commercialisation des produits sur leur territoire, la Cour admettait que « les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives... ».

Ainsi, à moins que le juge européen y reconnaisse une exigence impérative d'intérêt général, un juge peut très bien décider que l'interdiction posée par la France est contraire au principe de libre prestation des services au sein de l'Union européenne et reconnaître la validité du contrat, mais aussi de la situation juridique issue de la maternité pour autrui. La jurisprudence européenne est venue renforcer ces craintes en définissant de manière assez large les notions de marchandise<sup>670</sup> et services<sup>671</sup>, permettant à la maternité pour autrui de s'inscrire dans ce concept.

---

jointes 60 et 61/84, *Rec.* 2605), la protection et le bon fonctionnement du réseau public de télécommunications (CJCE, 13 déc. 1991, *RTT c/ GB-Inno-BM*, aff. C-18/88, *Rec. I.* 5941, Europe, févr. 1992, n° 45 et 66), la garantie du pluralisme de la presse (CJCE, 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress*, aff. C-368/95, *Rec. I.* 3689) ou encore la sécurité routière (CJCE, 5 oct. 1994, *Van Schaik*, aff. C-55/93, *Rec. I.* 4837 ; CJCE, 12 oct. 2000, *Snellers*, aff. C-314/98, *Rec. I.* 8633). Certaines justifications, qu'on a pu identifier dans des arrêts isolés de la Cour de justice, sont plus incertaines, telles que la lutte contre l'inflation et l'équilibre financier des caisses d'assurance maladie (CJCE, 29 nov. 1983, *Roussel Laboratoria c/ Pays-Bas*, aff. 181/82, *Rec.* 3849 ; CJCE, 7 févr. 1984, *Duphar c/ Pays-Bas*, aff. 238/82, *Rec.* 523 ; CJCE, 28 avr. 1998, *Decker*, aff. C-120/95, *Rec. I.* 1831), ou l'approvisionnement de proximité (CJCE, 13 janv. 2000, *TK-Heimdienst Sass*, aff. C-254/98, *Rec. I.* 151) ».

<sup>670</sup> CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, aff. 7/68. La notion de marchandises s'entend comme les produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, d'être l'objet de transactions commerciales.

<sup>671</sup> CJCE, 11 avril 2000, *Christelle Delière*, aff. 51/96. Constitue une activité économique bénéficiant de la libre prestation de services toute activité professionnelle ou semi-professionnelle dès lors qu'elle consiste en une prestation de services rémunérées et que l'activité est réelle et effective et non pas purement marginale ou accessoire.

## **II. LA RESPONSABILITE DES PARTIES AUX CONTRATS DE MATERNITE DE SUBSTITUTION**

249. Lorsqu'un couple intentionnel n'a pas recours aux services d'une agence, il doit trouver seul la mère porteuse et contracter directement avec elle. La mère porteuse est donc débitrice de l'obligation à laquelle elle s'est engagée à l'égard du couple intentionnel qui est créancier. Les deux parties sont ainsi directement liées contractuellement, contrairement aux hypothèses où les parents intentionnels font appel à un intermédiaire.

Dans la mesure où l'enfant n'est pas encore né, et qu'il est l'objet du contrat, il est impossible d'assortir cette convention d'une obligation de résultat. D'autant plus au regard de l'obligation qui lie la débitrice. La mère porteuse ne peut assurer qu'elle mènera la grossesse à terme. En effet, une seule obligation de moyens peut être retenue à l'égard de la mère porteuse (A), ce qui entraîne des conséquences sur les conditions d'engagement de la responsabilité de la mère porteuse (B).

### A. L'OBLIGATION DE MOYENS DANS LE CONTRAT DE MATERNITE POUR AUTRUI

250. Afin de préciser la nature de la faute contractuelle, la doctrine a proposé une analyse fondée sur la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat<sup>672</sup> inventée par Demogue<sup>673</sup>. Cette distinction se fonde sur le fait que les

---

<sup>672</sup> J. BELLISSANT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001 ; J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. NERSON, LGDJ, 1965 ; C. DAVER, « L'appréhension jurisprudentielle du risque nosocomial dans les établissements de santé à but lucratif : l'évolution vers l'obligation de sécurité-résultat », *LPA* 5-6 oct. 1999 ; P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelle », in *Mél. RIPERT*, t. II, 1950, 101 ; H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936. 1 ; *Rép. civ.*, v<sup>o</sup> *Obligations*, par Y. PICOD, 2009 ; J.-C. SAINT-PAU, « Droit à réparation »,

obligations sont diversifiées, puisque les unes imposent un résultat déterminé au débiteur, tandis que les autres imposent la seule mise en œuvre d'un certain nombre de diligences<sup>674</sup>.

251. Dans le cadre de l'obligation de moyens, « le débiteur ne promet rien d'autre que de mettre au service du créancier les moyens dont il dispose, tous ses moyens, de faire toute diligence et de se comporter avec prudence<sup>675</sup> pour exécuter le contrat, de faire “ de son mieux ”<sup>676</sup>, de mettre “ tous les moyens en œuvre ”<sup>677</sup> ». <sup>678</sup> Cette obligation se trouve dans quatre hypothèses, dont l'obligation de faire relative à une prestation de service et les obligations à titre gratuit. Ainsi, est une obligation de moyens, l'obligation du mandataire envers le mandant<sup>679</sup>. L'intermédiaire se contente d'essayer d'obtenir la promesse d'autrui, il essaye d'obtenir le consentement des parents afin de confier leur enfant à l'adoption et il essaye d'obtenir le consentement d'une femme afin qu'elle devienne mère porteuse. De plus, lorsque l'obligation est à titre gratuit, elle est souvent de moyens<sup>680</sup>. Le droit français<sup>681</sup> estime qu'il est légitime de moins demander à celui qui

---

*J.-Cl. Resp. civ.*, fasc. 171-10 ; Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, *J.-Cl. Civ.*, art. 1136 à 1145, fasc. 20, 30, 40 (2007) ; A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP* 1945. I. 449.

<sup>673</sup> R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Éd. ROUSSEAU et Cie, 1925, n° 1237.

<sup>674</sup> Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., n° 3209 s.

<sup>675</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 déc. 2011, n° 10-23.528, *Bull. civ. I*, n° 219 ; *D.* 2012.539, note M. DEVELAY ; *D.* 2012. 704, obs. Centre de droit et d'économie du sport, Université de Limoges ; *Just et cass.* 2012. 153, rapp. S. CANAS ; *RTD civ.* 2012. 121, obs. P. JOURDAIN.

<sup>676</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 7 mars 1978, n° 76-14.534, *Bull. civ. III*, n° 108.

<sup>677</sup> Com. 4 oct. 1994, n° 92-15.330, *Bull. civ. IV*, n° 276.

<sup>678</sup> Ph. LE TOURNEAU, *Ibid*, n° 3214.

<sup>679</sup> Article 1992 du Code civil « Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion.

Néanmoins, la responsabilité relatives aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire ».

<sup>680</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 nov. 1997, n° 95-12.698, *Bull. civ. I*, n° 107 ; *D.* 1998, Somm. 197, obs. Ph. DELBECQUE ; *RTD civ.* 1998. 116, obs. P. JOURDAIN.

<sup>681</sup> V. *a contrario* l'article 1928 du Code civil « La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur:

1° si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt;

2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt;

s'engage sans contrepartie économique.

252. Dans le cadre d'une obligation de résultat, le débiteur s'engage davantage que dans une obligation de moyens. Il promet au créancier un résultat déterminé et précis. Dans cette relation qui le lie au débiteur, le créancier n'accepte aucun aléa. Cette forme d'obligation est courante. On la retrouve par exemple dans l'obligation de payer, de livrer ou de restituer une chose. En règle générale, l'obligation de résultat se retrouve lorsque que la prestation à effectuer ne présente pas de difficultés ou d'aléa.

253. L'intérêt de la distinction entre les deux types d'obligations réside dans le contenu de la preuve de l'inexécution du contrat. Ainsi, lorsque le débiteur est tenu d'une obligation de résultat, le créancier se contente de prouver l'inexécution matérielle de l'obligation. En revanche, lorsque le débiteur est tenu d'une obligation de moyens, le créancier doit établir « l'inexécution au sens juridique de la notion »<sup>682</sup>. Comme le résume Monsieur Rémy « quelle que soit l'étendue de l'obligation, c'est toujours au créancier qui réclame l'exécution forcée d'établir qu'il n'a pas reçu la prestation promise (C. civ., art. 1315, al. 1<sup>er</sup>) et c'est toujours au débiteur qui se prétend libéré de prouver le fait qui produit l'extinction de son obligation (C. civ., art. 1315, al. 2); simplement, l'objet concret de la preuve à faire par l'un et par l'autre dépend de ce qui a été promis – ce qui rend la preuve plus ou moins difficile pour l'un ou pour l'autre »<sup>683</sup>.

254. La nature de la défaillance de l'entrepreneur est variable selon l'activité en cause. À défaut de précision dans le contrat sur l'intention des parties, l'obligation doit être considérée comme étant de moyens lorsque la prestation est purement intellectuelle, et certainement lorsqu'elle est biologique comme une grossesse.

Si l'entrepreneur a la maîtrise de la chose, alors l'obligation est de résultat. La technique en cause doit être parfaitement connue et maîtrisée, même si elle est complexe. En revanche, elle peut être de résultat atténué, lorsque le débiteur peut s'exonérer en démontrant son absence de faute<sup>684</sup>. Ainsi, si la mère porteuse peut s'engager à respecter ses obligations contractuelles, elle ne peut pas garantir la réussite du contrat. En effet,

---

<sup>3°</sup> si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire;

<sup>4°</sup> s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute ».

<sup>682</sup> Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 3233 ; V. J. BELISSENT, *op. cit.*, n° 638.

<sup>683</sup> Ph. REMY, « La “ responsabilité contractuelle ” : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997. 323.

<sup>684</sup> Versailles, 28 février 1997, *JCP E* 1997. Pan. 494.

dans la mesure où ce contrat est conclu avant la naissance de l'enfant, rien ne peut assurer que l'enfant naîtra. Même s'il est vrai qu'une simple obligation de résultat peut être envisagée par les parties dans la mesure où une interruption volontaire de grossesse peut se produire soit par le fait d'un tiers soit par la force majeure, ce qui n'est plus alors la faute de la mère porteuse. En revanche, l'obligation de la mère porteuse peut certainement être de résultat en ce qui concerne la livraison de l'enfant au couple intentionnel.

255. La mère porteuse doit tout mettre en œuvre pour que la grossesse se déroule correctement et arrive à son terme<sup>685</sup>. Ainsi, lorsque la mère porteuse signe le contrat de maternité pour autrui, elle s'engage à respecter une certaine hygiène de vie qui ne va pas à l'encontre du bien du fœtus. Ce qui peut être rapproché de l'obligation de soins qui est assortie d'une obligation de moyens et non de résultat.

Ainsi tant qu'aucune faute de la mère porteuse ne peut être prouvée, ce qui prendrait la forme d'une défaillance dans ses obligations relatives à ses conditions de vie, sa responsabilité ne peut pas être engagée.

256. En outre, le fait que le contrat envisage l'avortement, ou même le montant perçu par la mère porteuse en cas d'échec de la grossesse<sup>686</sup>, signifie que les parties sont conscientes qu'il ne s'agit pas d'un contrat qui peut faire l'objet d'une obligation de résultat, mais seulement de moyens.

## B. L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE AU SEIN DU CONTRAT DE MATERNITE POUR AUTRUI

257. Lors de la conclusion d'un contrat de maternité de substitution, la volonté des parties doit être clairement exprimée dans l'acte. En règle générale, la mère porteuse consent à porter l'enfant d'un couple auquel elle sera ou non liée génétiquement et qui est, en revanche, obligatoirement lié à au moins l'un des membres du couple intentionnel.

---

<sup>685</sup> Sur ce point les contrats sont souvent très exhaustifs : Cf. Annexe 6.

<sup>686</sup> Cf. Annexe 7.

[http://www.allaboutsurrugacy.com/sample\\_contracts/GScontract1.htm](http://www.allaboutsurrugacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm), (22/03/2011).

Elle consent à tout mettre en œuvre pour que la grossesse se passe bien, mais aussi après la naissance, à confier l'enfant au couple commanditaire. Le couple intentionnel consent quant à lui à établir une filiation à l'égard de l'enfant.

Tant que les deux parties sont fidèles à leurs intentions, ce qui est généralement le cas, la procédure se passe bien. En revanche que se passe-t-il si l'une des parties décide de ne plus respecter le contrat ? Peut-on engager la responsabilité des parties ?

258. Ces questions sont nées après l'affaire *Baby M*<sup>687</sup>, et notamment celle de l'échec de la convention. Le risque que la mère porteuse ou le couple intentionnel change d'avis une fois l'enfant né reste une possibilité ; même si les études montrent que le taux d'échec est très faible<sup>688</sup>.

259. Si en matière de contrat d'entreprise on peut envisager d'engager la responsabilité civile de l'entrepreneur, la voie de l'exécution forcée peut également être choisie. Or en matière d'accords de maternité pour autrui aucune exécution forcée n'est envisageable en cas d'échec de la gestation. On ne peut pas contraindre la mère porteuse à de nouveau s'engager dans une grossesse. Il est impensable de demander l'exécution forcée, assortie d'une astreinte, lorsque l'échec a lieu pendant la grossesse. Cette sanction est donc inadaptée.

En revanche, l'exécution forcée est envisageable lorsque la mère porteuse ou le couple intentionnel refuse de confier ou de recueillir l'enfant après sa naissance. Dans ce cas le juge peut parfaitement demander l'obligation forcée et prévoir le paiement d'astreinte par jour de retard.

D'autres violations contractuelles pourraient être envisagées, comme l'interruption volontaire de la mère porteuse durant la grossesse sans raison médicale ou le consentement des parents intentionnels, le refus de la mère porteuse d'avorter pour raison thérapeutique, le refus de la mère porteuse de ne pas suivre toutes les restrictions imposées durant la grossesse, mais aussi l'impossibilité pour les parents intentionnels de payer tous les frais dûs à la mère porteuse. Si l'une des parties viole la convention, il est parfois dans l'intérêt de tous, et notamment de l'enfant de régler le problème à l'amiable.

---

<sup>687</sup> *In Baby re M*, 537 A.2d 1227 (NJ 1988).

<sup>688</sup> En 2002, sur 15 000 accords de maternité de substitution conclus seuls quatre-vingt huit ont fait l'objet d'un litige, et seulement vingt-trois concernaient une mère porteuse qui change d'avis, contre 65 pour les parents intentionnels qui changeaient d'avis. V. M. GUGUCHEVA, "Surrogacy in America", Council for Responsible Genetics, 2010, [www.councilforresponsiblegenetics.org](http://www.councilforresponsiblegenetics.org).

Cette solution évite que les contractants se retirent entièrement de l'accord et permet au contrat de continuer de s'exécuter.

260. Dans l'hypothèse où l'enfant est biologiquement relié à la mère porteuse et à son conjoint et non au mari du couple intentionnel, le couple intentionnel peut demander la résiliation du contrat, et décider de laisser l'enfant à la mère porteuse puisqu'il n'est biologiquement pas le leurs. Les parents commanditaires peuvent également demander à ne pas avoir à assumer financièrement l'enfant.

En outre, les parties peuvent prévoir au contrat des hypothèses de mauvaise exécution du contrat. Ainsi, si la violation vient de la mère porteuse les parties peuvent indiquer au contrat que le couple intentionnel se dégage de toute responsabilité financière ou juridique à l'égard de l'enfant. Si en revanche la violation vient du couple intentionnel qui pourrait par exemple refuser la garde d'un enfant handicapé, les parties peuvent convenir que le couple intentionnel reste financièrement et juridiquement responsable, même si l'enfant est confié à la mère porteuse. Les parties peuvent également demander à la Cour un partage des responsabilités parentales, auquel cas il sera laissé à cette dernière le rôle de fixer les modalités d'un tel arrangement. Si les parents ne sont pas génétiquement liés à l'enfant, ils peuvent malgré tout demander son adoption à condition que la mère porteuse y consente.

Dans les accords de maternité pour autrui, le contrat est un outil essentiel. Il est important que les intentions de chaque partie soient clairement énoncées afin de protéger au mieux leurs droits. Or, eu égard à la disparité des législations entre les États, une cinquantaine de solutions différentes peuvent être prononcées pour régler ces litiges, ce qui explique que les parties aient tendance à s'orienter vers un État où la législation leur est plus favorable<sup>689</sup>. Mais, il est également important que les parties déterminent clairement dans le contrat leurs volontés respectives et les mesures qui seront prises dans l'hypothèse où l'une des parties viole l'accord. Ils doivent également convenir de l'instance qui réglera le litige<sup>690</sup> en accord avec les mesures législatives déjà prévues et les recours ouverts aux parties le cas échéant.

---

<sup>689</sup> J. MERCHANT, *op. cit.*

<sup>690</sup> Cf. *Infra* n° 306 et s.

## CONCLUSION DE SECTION 1

261. Dans la mesure où les contrats conclus dans le cadre de la maternité pour autrui portent sur l'établissement d'une filiation, leur qualification n'est pas facile. Il est pourtant important de déterminer leur nature juridique afin de comprendre les relations qui unissent les parties, mais aussi les obligations des unes et des autres, et les conséquences de leur inexécution.

Eu égard aux obligations essentielles des accords de maternité pour autrui, la qualification du contrat d'entreprise semble la plus adaptée.

262. Cependant cette qualification de la maternité pour autrui en contrat de service peut mettre en danger les principes protégés par les États. En effet, si les États ont la possibilité, par le recours à l'ordre public et aux lois de police, d'imposer leurs positions à leurs ressortissants, il semblerait que dans la sphère communautaire le principe de libre prestation des services limite « ces outils »<sup>691</sup>.

En effet, à défaut d'établir un ordre public communautaire, la Cour de Justice de l'Union européenne encadre son recours. Ainsi, dans l'hypothèse où cette dernière relève un abus de la part de l'État dans son usage de l'ordre public et notamment une contradiction avec les principes défendus par le droit communautaire, elle peut écarter l'usage de l'ordre public. À moins bien sûr que les juges retiennent dans l'usage de l'ordre public une exigence impérative d'intérêt général.

263. Si jusqu'à présent aucune décision de la Cour de Justice de l'Union européenne n'a confirmée de filiations maternelles issues d'une maternité pour autrui pourtant interdite par la législation du couple intentionnel, l'arrêt *Blood*<sup>692</sup> est la preuve qu'un tel raisonnement est possible. Un juge étranger peut écarter une loi de police étrangère dans le but d'autoriser une situation interdite par cet autre État, par application du principe de libre prestation des services.

---

<sup>691</sup> S. CORNELOUP, « Le non-marchand en droit international privé », in *Droit et marchandisation*, Actes du colloque organisé à Dijon les 18 et 19 mai 2009, Travaux du Credimi, vol. 33, Paris, LexisNexis Litec, 2010, pp. 377-406.

<sup>692</sup> *Op. cit.*

264. Ainsi, la France qui jusqu'à présent se fondait sur l'ordre public et plus récemment sur la fraude pour refuser de légaliser des filiations issues de conventions de maternité de substitution pourrait se voir sanctionner par la Cour de Justice dans l'hypothèse où la mère porteuse serait issue d'un État membre. Cette conclusion nous montre la fragilité des conceptions nationales de ce qui dépend ou non du marchand.

265. De plus, si pour la livraison de l'enfant une obligation de résultat doit être retenue, les parties ne peuvent s'entendre que sur une obligation de moyens pour la mère porteuse en ce qui concerne la gestation. Ainsi, selon que l'inexécution concerne la livraison de l'enfant ou qu'elle concerne la gestation, la responsabilité des parties est plus ou moins facile à engager.

## **SECTION 2. L'ENGAGEMENT DE LA**

### **RESPONSABILITE DES PARTIES SOUMISE A LA**

### **QUALIFICATION DES CONTRATS CONCLUS AVEC**

### **LES INTERMEDIAIRES**

266. Dans le cadre de l'adoption ou de la maternité pour autrui, les parents candidats ou intentionnels ont souvent recours à une agence ou une clinique pour mener à terme leur projet de filiation. Cette entente se matérialise par la conclusion de contrats qu'il est important de qualifier afin de comprendre les engagements de chaque partie. La détermination de ces engagements permet par la suite d'en étudier leur nature. En effet, les parties sont-elles tenues d'une obligation de moyens ou de résultat ? La réponse à cette question n'entraîne pas les mêmes conséquences sur les modalités d'engagement de la responsabilité de l'intermédiaire en cas d'inexécution de sa prestation. En effet, selon qu'il soit tenu d'une obligation de moyens ou de résultat, la preuve sera plus ou moins contraignante à apporter par le couple candidats ou intentionnel.

267. Ainsi, la qualification des contrats conclus avec les intermédiaires (I), permet de déterminer les conditions d'engagement de la responsabilité des contractants (II).

## **I. LA QUALIFICATION DU CONTRAT ENTRE LES INTERMEDIAIRES ET LE COUPLE INTENTIONNEL, UN CONTRAT DE MANDAT**

269. Lorsqu'un parent intentionnel souhaite trouver un enfant, ou une mère porteuse, il fait généralement appel à un professionnel. Ceci présente de nombreux intérêts, puisqu'en plus de gagner du temps dans ses recherches et il bénéficie d'un encadrement et de conseils qui sont primordiaux dans ce type de recherches.

Ici encore l'étude de la relation contractuelle qui se noue entre les parties, va permettre de déterminer les rôles et les responsabilités de chacune des parties au contrat.

La relation qui lie les intermédiaires dans le cadre de l'adoption nationale ou internationale, et dans le cadre de la maternité pour autrui aux parents intentionnels, s'assimile pleinement à un contrat de mandat. En effet l'étude des critères du mandat (A) s'applique pleinement aux conventions conclues dans le cadre des filiations électives et notamment de l'adoption (B).

### A. LA QUALIFICATION DU CONTRAT :

#### ENTRE CONTRAT DE MANDAT ET CONTRAT DE COMMISSION

270. Le contrat qui lie l'intermédiaire à son client, sera qualifié de contrat de mandat lorsqu'il agit au nom de son client (1) ou de contrat de commission lorsqu'il agit en son nom propre (2).

#### 1. Le contrat de mandat

271. Le mandat s'entend comme « l'acte par lequel une personne donne à une

autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom »<sup>693</sup>. Le mandat a pour objet l'accomplissement d'un acte juridique<sup>694</sup>. Ce contrat donne naissance à des obligations à l'égard du mandataire. Son principal effet est de conférer un pouvoir de représentation. Il est un contrat par lequel une personne, le mandant, donne à une autre, le mandataire, le pouvoir d'accomplir en son nom et pour son compte des actes juridiques<sup>695</sup>. Le mandataire n'agit donc pas en son nom, mais au nom du mandant.

272. Le mandataire a deux obligations : exécuter sa mission, qui est son obligation principale et rendre des comptes. Il représente le mandant.

Le mandataire doit exécuter la mission qui lui a été confiée. Selon les pouvoirs qui lui ont été conférés, il a une faculté d'initiative plus ou moins étendue, l'obligeant à procéder au mieux des intérêts du mandant. Il engage sa responsabilité s'il fait un acte qui n'est pas dans les intérêts de son client. De plus, lorsqu'il est professionnel il est tenu d'un devoir de conseil qui aggrave son obligation.

Le mandant n'est lié par les agissements du mandataire que dans la mesure où il agit dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés<sup>696</sup>. Ces pouvoirs sont fixés par le mandataire qui en détermine l'étendue en accord avec le mandant.

Lorsqu'il dépasse les pouvoirs qui lui ont été conférés, le mandant n'est lié que par les actes du mandataire faits dans la limite de ses pouvoirs. Le mandant n'est pas non plus lié si l'acte du mandataire constitue un détournement de pouvoirs. Dans ce cas, le mandataire est jugé responsable, mais l'acte n'est annulé que si la preuve du concert frauduleux entre le mandataire et le tiers est rapportée<sup>697</sup>.

---

<sup>693</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, PUF.

<sup>694</sup> J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux*, Traité de droit civil sous la direction de J. GHESTIN, LDGJ, 3<sup>e</sup> édition ; P.-H. ANTONMATTEI, J. RAYNARD, *Droit civil- Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7<sup>ème</sup> édition ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6<sup>e</sup> édition, n°520 et s.

<sup>695</sup> Article 1984 Code civil : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

<sup>696</sup> Article 1998 alinéa 1 Code civil : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné ».

<sup>697</sup> C'est une position de jurisprudence constante : Req., 14 avril 1908, *DP* 1908.1.344 ; *S.* 1909.I.23 : « L'engagement pris par un mandataire n'oblige le mandant que vis-à-vis de tiers de bonne foi, et le contrat intervenu à la suite d'un concert frauduleux entre le mandataire et le tiers doit être annulé ».

De son côté le mandant doit fournir au mandataire les moyens nécessaires pour exécuter sa mission, le rembourser de ses avances et des frais qu'il a engagés<sup>698</sup>. Il doit également l'exonérer de ses obligations, l'indemniser de ses pertes sauf si elles sont causées par sa faute, et bien entendu lui payer les honoraires convenus. Ces obligations sont, cependant, supplétives de volonté. Ainsi les parties peuvent prévoir que le mandataire supportera ses frais.

273. Dans le cadre d'une adoption ou d'un accord de maternité pour autrui, lorsque les candidats à la filiation font appel aux services d'un intermédiaire, ils concluent un contrat qui confère un pouvoir de représentation à l'intermédiaire moyennant le versement d'honoraires mais aussi le remboursement de certaines dépenses. Le mandataire a pour mission de trouver un enfant ou une mère porteuse qui répond aux attentes des candidats. Il est également tenu à un devoir de conseils à l'égard du couple intentionnel ou candidat à l'adoption.

Dans l'hypothèse où le couple intentionnel viendrait à ne plus avoir confiance en la personne du mandant, il peut rompre le contrat « quand bon lui semble »<sup>699</sup>. Une jurisprudence constante de la Cour de cassation estime même que la révocation peut être demandée à tout moment par les parties, même lorsque le contrat est à durée limitée<sup>700</sup>. La révocation peut être faite par tous moyens. En effet, l'article 2005 du Code civil dispose qu'elle ne produit effet que si elle est portée à la connaissance du mandataire et des tiers. Jusqu'à cette date, le mandant continue à être obligé par les actes du mandataire. La révocation ne donne pas droit à des dommages-intérêts, sauf si la révocation est abusive.

Cependant, la révocabilité du mandat n'est pas d'ordre public et les parties peuvent décider qu'il est irrévocable. La jurisprudence, afin de protéger le mandat, a prévu que l'irrévocabilité ne pouvait être prévue que pour les mandats dont la mission est

---

<sup>698</sup> Article 1999 alinéa 1 du Code civil : « Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis.

S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres ».

<sup>699</sup> Article 2004 du Code civil : « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble, et contraindre, s'il y a lieu, le mandataire à lui remettre, soit l'écrit sous seing privé qui la contient, soit l'original de la procuration, si elle a été délivrée en brevet, soit l'expédition, s'il en a été gardé minute ».

<sup>700</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 avril 1988, *Bull. civ.* III, n°80 ; *D.* 1989.351, n. Ch. ATIAS.

limitée dans le temps. La jurisprudence a également retenu que malgré le dépassement de pouvoirs par le mandataire, le mandant était tenu envers les tiers de bonne foi, lorsque leur erreur a été rendue possible par une faute du mandant.

274. À l'égard des tiers, le mandant est lié comme s'il avait traité lui-même sans avoir employé d'intermédiaire<sup>701</sup>. Il se trouve engagé même par le dol de son mandataire<sup>702</sup>. Il n'est cependant tenu que dans la mesure où le mandataire a eu un consentement sain, et avait le pouvoir de le représenter.

## 2. Le contrat de commission

275. Le contrat de commission est surtout pratiqué en matière commerciale. Tout comme peut l'être le mandat, il est conclu avec un intermédiaire en vue de la conclusion d'un autre contrat<sup>703</sup>.

À la différence du contrat de mandat, le commissionnaire agit en son propre nom et pour le compte du commettant. Il a un pouvoir d'initiative. Il n'est donc ni un mandataire, ni un prête-nom, puisque le commissionnaire est ostensiblement un intermédiaire qui déclare agir en son nom et pour le compte d'autrui dont il ne révèle pas le nom. Ses actes l'engagent personnellement<sup>704</sup>, il est donc débiteur des personnes avec lesquelles il contracte<sup>705</sup>.

---

<sup>701</sup> Article 1998 du Code civil : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné.

Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ».

<sup>702</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 29 avril 1998, *Bull. civ.* III, n°87 ; *RTD civ.* 1998.930, obs. P-Y GAUTIER et 1999.89, obs. J. MESTRE.

<sup>703</sup> Article L. 132-1 du Code de commerce : « Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant.

Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le titre XIII du livre III du code civil ».

<sup>704</sup> Article L. 132-6 du Code de commerce : « Il est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises ».

<sup>705</sup> Cass. com., 7 mai 1962, *Bull. civ.* III, n°240 : « Le commissionnaire, qui agit pour le compte d'un commettant en son propre nom, est personnellement tenu des obligations contractées envers les tiers en cette qualité » ; peu importe qu'il ait pu connaître de l'identité du commettant.

Entre le commettant et le commissionnaire, seront appliquées les règles du mandat<sup>706</sup>. En effet, le Code de commerce dispose que les règles du contrat de mandat doivent être appliquées aux relations entre commettant et le commissionnaire. Les obligations du commissionnaire envers son commettant sont celles d'un mandataire salarié. Mais les règles ne s'appliquent pas à la révocation de la commission.

276. Ainsi, selon que l'intermédiaire agisse en son nom ou au nom du couple commanditaire, les parties sont liées par un contrat de mandat ou un contrat de commission. Pour autant, le changement de qualification ne changera pas le régime applicable, puisque le régime du contrat de commission repose sur le contrat de mandat.

Que ce soit en matière d'adoption, ou dans le cadre de la maternité pour autrui, le rôle des intermédiaires est souvent le même, et correspond tout à fait à ces deux types de contrats.

## B. DANS LE CADRE DES FILIATIONS ELECTIVES, L'EXEMPLE DE L'ADOPTION

277. Afin de définir la nature des contrats conclus dans les procédures d'adoption, il est nécessaire de s'attarder sur l'activité des organismes autorisés à l'adoption ou de l'Agence française de l'adoption. Ces derniers ont pour vocation de servir d'intermédiaires dans l'adoption d'enfants venant de l'étranger ou lorsque les parents peuvent remettre leur enfant à un tel organisme. Concurrément avec la Mission de l'adoption internationale, ils interviennent lorsque des personnes résidant en France souhaitent adopter des enfants résidant dans un pays ayant ratifié la convention de La Haye de 1993. Comme il a déjà été vu les adoptants ont le choix entre une démarche

---

<sup>706</sup> Sur la distinction du contrat de commission et du mandat pour un commissionnaire de transport chargé de remettre des documents au commettant, parallèlement au contrat de transport, v. Com, 14 mai 2008, *Bull. civ.*, IV, n°100 ; M.-P. DUMONT, *L'opération de commission*, thèse, Litec, 2000 préf. J.-M. Mousseron ; P. CHAUVEL, *Rép. com. Dalloz*, V « Commissionnaire », 1999 ; M. PEDAMON, n°621 s ; RIPERT et ROBLLOT, n°2632 s. ; M. VASSEUR, p. 502 s ; Ph. Malaurie, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER n° 538 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELBECQUE, n° 663 s ; *Le contrat de commission, Études de droit commercial*, sous la dir. de J. HAMEL, Dalloz, 1949, F. DERRIDA, *Les obligations du commissionnaire, Études de droit commercial*, sous la dir. de J. HAMEL.

individuelle, dont la Mission de l'adoption internationale ne contrôle que la légalité, et le recours à un organisme autorisé à l'adoption, qui les assiste tout au long de la procédure. Les organismes autorisés à l'adoption sont habilités à participer au choix de l'enfant, à conduire ou suivre la procédure locale et à accompagner les familles après l'arrivée de l'enfant en France. Ils peuvent également servir d'intermédiaires pour l'adoption d'enfants originaires de pays qui ne sont pas parties à la convention de La Haye, avec pour différence que dans ce cas la Mission de l'adoption internationale n'intervient pas.

Les organismes autorisés à l'adoption ont un devoir d'information. Ils aident les candidats à l'adoption à préparer leur projet et à constituer leur dossier, en les informant sur les aspects techniques et juridiques de la procédure d'adoption. Ils ont également pour mission de déterminer, en accord avec les autorités du pays d'origine, les enfants que les candidats pourraient adopter : enfant plus ou moins âgé, enfant typé, fratrie, enfant ayant un handicap réversible ou non. Afin d'assurer la transparence de son action, l'organisme autorisé à l'adoption doit remettre aux futurs adoptants une copie du projet de mise en relation de ceux-ci avec un ou des enfants qui pourraient leur être confiés. Ce document doit comporter huit points : la définition du projet, les limites de responsabilité de l'organisme autorisé à l'adoption, l'exclusivité du dossier, les conditions du voyage, l'obligation de suivi, les éléments financiers, la durée de la convention et les litiges. Bien entendu, les adoptants doivent donner leur accord sur l'enfant qui leur sera effectivement remis après la communication du dossier de l'enfant par l'organisme. Ce dossier comporte notamment toutes les informations médicales dont l'organisme dispose.

Ces organismes ont également un rôle primordial à jouer dans l'acheminement des dossiers des candidats à l'adoption vers des personnes et institutions compétentes pour prononcer l'adoption, mais aussi conduire et suivre la procédure conformément au droit en vigueur qui varie d'autant plus selon que le pays a ou non ratifié la Convention de La Haye de 1993. Pour les pays parties à la Convention, les candidats à l'adoption doivent obligatoirement s'adresser à la Mission de l'adoption internationale ou à un organisme autorisé à l'adoption. Ce dernier doit d'abord s'assurer que les futurs adoptants possèdent l'agrément. Il doit ensuite rédiger un rapport détaillé sur les parents et remettre ce dernier à l'autorité centrale ou l'organisme agréé de l'État d'origine de l'enfant. L'autorité de l'État d'origine et l'organisme autorisé à l'adoption gèrent conjointement le placement de l'enfant auprès des adoptants. Ce dernier doit recueillir l'accord des adoptants sur l'apparement. Et après obtention d'un visa de long séjour en France, l'organisme

autorisé à l'adoption veille avec son homologue étranger à ce que l'enfant arrive vers la France dans de bonnes conditions. Tandis que pour les pays non parties à la convention, le rôle de l'organisme autorisé à l'adoption dépend de l'accord qu'il a conclu avec son représentant local, de ses partenaires étrangers et de la procédure locale. L'organisme autorisé à l'adoption constitue et envoie le dossier, initie et suit la procédure, qui a généralement lieu dans le pays de l'enfant, et parfois se charge même du déplacement de l'enfant lorsque le pays d'origine n'exige pas la présence des adoptants.

Après l'adoption, l'organisme autorisé à l'adoption peut même se charger d'un accompagnement pendant au moins six mois à compter de l'arrivée au foyer de l'enfant et dans tous les cas jusqu'à la prononciation en France de l'adoption ou jusqu'à la transcription du jugement étranger. Cet accompagnement peut être prolongé à la demande ou avec l'accord des adoptants. En effet, certains pays étrangers demandent que le suivi soit prolongé et qu'ils soient tenus au courant. Le Brésil demande par exemple que ce soit pendant trois ans.

278. La mission de ces organismes est de trouver un enfant correspondant au profil dressé par les candidats à l'adoption et de s'assurer que l'adoption se déroule correctement. Or si l'on se réfère à la définition du mandat ou de la commission, c'est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le pouvoir du représentant peut être d'origine conventionnelle. Par ce contrat, le représenté ou mandant donne procuration au représentant ou mandataire de conclure un ou plusieurs actes juridiques en son nom. C'est bien le rôle ici joué par les organismes agréés à l'adoption ainsi que l'Agence nationale de l'adoption.

279. Cette démarche n'est pas exclusive à l'adoption internationale. En effet, aux États-Unis, elle peut également avoir cours pour certaines adoptions internes qui se font par l'intermédiaire d'une agence. Cependant, la logique est ici inversée à celle de l'adoption internationale, puisque ce sont les parents biologiques qui mandatent l'agence de trouver une famille adoptive.

280. Ainsi, dans le cadre d'une adoption par agence, qu'elle soit internationale ou nationale, l'intermédiaire joue un rôle de mandataire. Un véritable contrat de mandat, est conclu entre la famille biologique et l'agence. Par son intermédiaire les père et mère donnent pouvoir à l'agence de régler toutes les modalités administratives et juridiques. Dans le cadre d'une adoption aux États-Unis, les parents biologiques ont eux-mêmes choisi la famille adoptive, l'agence ne peut pas modifier ce choix sous peine d'être

sanctionnée en se voyant retirer les droits parentaux qui lui avaient été transférés. Tandis que dans le cadre d'une adoption internationale, l'agence est liée par les critères définis par les parents sous peine de voir sa responsabilité engagée, comme cela se fait dans tout contrat de mandat.

## **II. LA RESPONSABILITE DES INTERMEDIAIRES**

281. Selon que l'obligation du mandataire soit de moyens ou de résultat (A), la preuve du dommage n'est pas la même pour le mandant. Ainsi, la responsabilité de l'intermédiaire sera plus ou moins facile à engager (B).

### **A. LA NATURE DE L'OBLIGATION A LA CHARGE DE L'INTERMEDIAIRE**

282. Entre obligation de moyens et obligation de résultat, la pratique des contrats d'intermédiaire hésitent. En effet, certains organismes souscrivent moins d'engagements que d'autres. Cette différence peut aller du tout au rien avec par exemple certains organismes qui se chargent de toutes les démarches. Dans de tels cas, l'organisme souscrit une obligation de résultat en s'engageant à confier à la famille candidate un enfant. Ce type de contrat, bien que protecteur des couples adoptants pose un problème quant à ce qu'il sous-entend. Si par ces contrats, les organismes s'engagent à fournir un enfant, alors cela signifie qu'il y a un droit à avoir un enfant, ou tout du moins un droit à l'adoption. Or ce principe n'est pas consacré par le droit positif français<sup>707</sup>. Enfin, ce type

---

<sup>707</sup> Sur l'inexistence du droit à l'enfant, v. A. LAMBOLEY, « L'enfant à tout prix ; Le permis et l'interdit », in *Mél. Christian MOULY*, Litec, 1998, p. 313 et s. : « Le droit et l'enfant », 91<sup>e</sup> congrès des notaires de France, spéc. pp. 21-22 : « Le droit à l'enfant à naître n'existe pas juridiquement : il est malheureusement confondu inconsciemment avec la liberté d'avoir des enfants, elle-même portée par le

d'engagement fait de l'enfant l'objet de l'obligation, ce que le droit positif condamne. Il faut toutefois relativiser cette éventuelle dérive, car en pratique cette clause reste exceptionnelle, la majorité des organismes précise souvent qu'ils ne sont tenus « qu'à une obligation de moyens et non de résultat ». Dans ce cas, il sera difficile, voire impossible, pour les parents de prouver que l'organisme n'a pas fait tout son possible pour qu'un enfant leur soit confié.

Il est, cependant, assez rare que les obligations soient aussi facilement identifiables. La majorité des contrats étant plus complexes, les agences n'édictent pas clairement les obligations auxquelles elles s'engagent. Par exemple, certains contrats classent la fourniture d'informations dans l'article consacré aux « obligations et engagements de l'organisme », ce qui signifie que dès que les parties entrent en relation, l'organisme commence par fournir des informations aux adoptants. Les intermédiaires expliquent aux candidats les législations en vigueur, le déroulement concret de la procédure<sup>708</sup> ainsi que des informations sur les enfants adoptables<sup>709</sup>, et relatives au pays d'origine<sup>710</sup>.

L'agence n'agit pas concrètement au stade de la procédure d'adoption, si ce n'est pour renseigner les candidats. En France, par exemple, l'organisme français doit se faire délivrer le certificat de conformité qu'il communiquera aux adoptants. Au-delà de son engagement d'informations<sup>711</sup>, l'organisme s'occupe généralement de la procédure à

---

désir d'enfant, ou le besoin d'une postérité, "droit à une immortalité charnellement collective, le droit d'Abraham" ». Également sur la question : F. TERRE, « Génétique et sujet de droit », in *Le sujet de droit*, *Arch. phil. droit*, t. 34, S, 1989, p. 161.

<sup>708</sup> V. l'article 17 de la Convention de La Haye.

<sup>709</sup> Âge moyen des enfants confiés, ethnie.

<sup>710</sup> Us et coutumes locales, culture, situation des pays en voie de développement.

<sup>711</sup> Cette obligation d'informations se retrouve également pour les procédures de droit interne.

En France, tout consentement à l'adoption qui n'est pas soumis aux démarches prévues par l'article L. 224-5 du Code de l'action sociale et des familles n'est pas valable. De plus, l'article 1165 du Code de procédure civile dispose que « les personnes habilitées à recevoir un consentement à l'adoption doivent informer celui qui le donne de la possibilité de le rétracter et des modalités de la rétractation ». Le droit français impose à la personne qui reçoit le consentement une obligation d'information. (« Lorsqu'un enfant est recueilli par le service de l'aide sociale à l'enfance dans les cas mentionnés aux 1°, 2°, 3° et 4° de l'article L. 224-4, un procès-verbal est établi.

Il doit être mentionné au procès-verbal que les parents à l'égard de qui la filiation de l'enfant est établie, la mère ou le père de naissance de l'enfant ou la personne qui remet l'enfant ont été informés :

l'étranger, par l'intermédiaire de correspondants locaux. Dans certains cas il accompagne l'enfant en France<sup>712</sup>. Encore une fois la loi est silencieuse sur les prestations que doivent fournir les organismes, permettant à chacun de déterminer librement le degré de son engagement et par la même la nature de son obligation. Ceci entraîne également une grande incertitude quant à l'étendue de la responsabilité qui varie d'un organisme à l'autre. Donc qu'ils souscrivent avec tel ou tel organisme autorisé à l'adoption, les candidats à l'adoption n'auront pas les mêmes droits.

---

1° Des mesures instituées, notamment par l'État, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale pour aider les parents à élever eux-mêmes leurs enfants ;

2° Des dispositions du régime de la tutelle des pupilles de l'État suivant le présent chapitre ;

3° Des délais et conditions suivant lesquels l'enfant pourra être repris par ses père ou mère ;

4° De la possibilité de laisser tous renseignements concernant la santé des père et mère, les origines de l'enfant, les raisons et les circonstances de sa remise au service de l'aide sociale à l'enfance.

De plus, lorsque l'enfant est remis au service par ses père ou mère, selon les 2° ou 3° de l'article L. 224-4, ceux-ci doivent être invités à consentir à son adoption ; le consentement est porté sur le procès-verbal ; celui-ci doit également mentionner que les parents ont été informés des délais et conditions dans lesquels ils peuvent rétracter leur consentement, selon les deuxième et troisième alinéas de l'article 348-3 du *code civil* » envers les père et mère biologiques de l'enfant. Il doit les informer sur les conséquences de l'acte, sur la possibilité de se rétracter ainsi que sur les modalités de rétractation. Le fait que l'information ait été délivrée devra être consigné dans l'acte. Lorsque la mère souhaite accoucher « sous X », ou lorsque des parents remettent leur enfant au service de l'Aide Sociale à l'Enfance, le consentement sera reçu par les autorités. La deuxième option est obligatoire lorsque l'enfant est âgé de moins de deux ans (Exception faite lorsqu'il existe un lien de parenté ou d'alliance entre l'adoptant et l'adopté, et ce jusqu'au 6° degré. Cette adoption ne s'applique pas lorsqu'il existe un tel lien, car il est fort peu probable qu'il puisse y avoir une vente de l'enfant au sein de la même famille). En effet dans une volonté de lutte contre le trafic de nourrisson, la France a prohibé toute remise directe de l'enfant de la part de ses parents biologiques à des parents adoptifs qu'ils auraient eux-mêmes sélectionnée (V. à ce sujet, CA Montpellier, 10 mai 1998, commentée par J. RUBELLIN-DEVICHI, « Adoption », *RTD Civ*, 1990, spéc. 49 et 250 ; Civ. 5 juillet 1973, *D.* 1974, p. 289, note P. RAYNAUD). Ceci permet d'éviter toutes pressions sur la mère biologique. Le rapport ZIMMERMAN de 1966 justifie cette obligation dans le sens où elle permettrait d'éviter « tout marché noir d'enfants, [ainsi que] toute pression sur la mère en détresse » (Rapport ZIMMERMAN, *JO doc. Ass. Nat.* 9 Avril 1966, p. 769 ; V. également à ce sujet, P. RAYNAUD, note *Sous Civ. I*, 5 juillet 1973).

Une telle mesure n'est pas nécessairement prise aux États-Unis. Le principe de l'*open adoption* consiste pour les parties à échanger directement entre elles. Il en est de même pour toutes adoptions individuelles où les personnes ne font pas appel à une agence. Ces pratiques laissent planer le doute quant à d'éventuels arrangements financiers qui seraient *de facto* illégaux.

<sup>712</sup> Cette particularité tient au fait que les adoptants ne se déplacent pas toujours pour aller adopter l'enfant et à la législation locale qui n'exige pas toujours la présence des adoptants.

Il semble cependant que si l'agence n'a qu'une obligation de moyens dans la fourniture d'un enfant à une famille adoptive, elle doit avoir une obligation de résultat dans sa mission de conseil, entraînant ainsi l'engagement immédiat de sa responsabilité en cas de défaut de cette dernière.

## B. L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITE DES CONTRACTANTS DANS UN CONTRAT DE MANDAT

283. Lorsque le mandat qui lie l'intermédiaire aux candidats n'est pas correctement exécuté, ces derniers doivent pouvoir engager la responsabilité du mandataire afin d'obtenir réparation. En effet, toute inexécution d'un contrat ouvre une action en paiement ou par équivalent au créancier de l'obligation inexécutée<sup>713</sup>.

284. Afin de déterminer s'il y a un dommage, la Cour de cassation a énoncé une règle rigoureuse : si le mandant n'a pas accompli la mission qui lui avait été impartie la faute du mandataire est présumée. Il peut s'exonérer en prouvant le cas fortuit<sup>714</sup>, ce qui implique une obligation de résultat. Tout dépend de l'étendue de sa mission. Il faut donc préciser le sens du « résultat » auquel s'engage le mandataire : s'il s'agit d'un acte précis, telle la conclusion d'une vente, le défaut d'accomplissement de l'acte établit la faute. Or le mandataire n'est pas garant du résultat de l'acte, notamment des effets bénéfiques de son intervention. Si aucun acte n'a été promis, il appartient alors au mandant d'établir les fautes de gestion du mandataire.

La faute va s'apprécier selon les aptitudes respectives du mandant et du mandataire, et de l'existence ou non d'un salaire. Lorsque le mandataire est un professionnel rémunéré, sa responsabilité ne comporte aucune modération, on peut le présumer en faute sauf preuve du contraire. Ce sera alors le cas pour les intermédiaires.

285. Si le rôle premier de ces organismes est d'informer les parents sur l'adoption ou la gestation pour autrui, le défaut d'information doit permettre d'engager

---

<sup>713</sup> Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*

<sup>714</sup> Cass. civ. 19 février 1963, *Bull. civ. I*, n°110 ; *JCP G* 1964.II.13475.

leur responsabilité.

L'obligation d'information se définit comme le fait que le contractant doit prévenir son co-contractant des risques et avantages de telle mesure ou acte envisagé. Il l'éclaire afin que son choix soit effectué en pleine connaissance de cause. En matière médicale, la Cour de cassation a établi qui doit prouver l'accomplissement de l'obligation d'information : « Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation »<sup>715</sup>.

L'obligation de conseil en revanche, sous entend que le débiteur doit en plus de l'obligation d'informations accomplir certaines recherches, notamment quant aux besoins exacts du co-contractant. Il lui incombe de conseiller son client quant aux décisions à prendre.

Lorsque l'on regarde les contrats, les intermédiaires sont tenus d'une obligation de conseil, plus que d'informations. Dans le cadre d'une adoption, l'intermédiaire doit se renseigner sur le passé de l'enfant, son état de santé et transmettre ces informations aux candidats. En effet, l'état de santé de l'enfant est essentiellement abordé dans les documents d'informations remis aux candidats et dans les contrats<sup>716</sup>. En effet, certains contrats proposés par les intermédiaires expliquent qu'ils favorisent l'adoption d'enfants russes « souffrant d'un retard du développement suite à des carences affectives, des enfants présentant un handicap léger (strabisme, bec de lièvre) ». D'autres signalent que les enfants roumains qu'ils proposent « ont généralement grandis en institution : le retard psycho-affectif éventuel causé par leurs conditions de vie ne peut pas toujours être comblé par le seul amour des parents adoptifs qui doivent, dans certains cas, trouver pour l'enfant un soutien psycho-pédagogique après son adoption ». Un organisme qui distingue entre « handicaps lourds » et « handicaps réparables », rappelle aux adoptants que les enfants vivent dans des pays dont les conditions sanitaires et sociales sont précaires et que « la famille doit [...] savoir, avant de se décider à adopter [...], que son enfant peut souffrir d'un léger retard, de malaises divers, que les analyses peuvent aussi faire craindre le développement de maladies comme [...] les hépatites ». Cet organisme informe les candidats à l'adoption que les enfants atteints d'un lourd handicap mental et ceux dont le

---

<sup>715</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1997, n°94-19.685, HÉDREUL, *Bull. civ.* I, n°75 ; R. p. 271, *GAJC*, 12<sup>e</sup> éd., 2007, n°16 ; *GADS*, 2010, n°7-8 ; *RGDA* 1997.852, obs. Ph. RÉMY ; *RTD civ.* 1997. 434, obs. P. JOURDAIN ; *RTD civ* 1997.924, obs. J. MESTRE ; *D.* 1997.319, obs. J. PENNEAU.

<sup>716</sup> F. LAROCHE-GISSEROT, « L'adoption ouverte (*open adoption*) aux États-Unis : règles, pratiques, avenir en Europe », *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 1095.

test HIV est positif ne sont jamais proposés en adoption. Les enfants atteints de « handicaps réparables », c'est-à-dire « les fentes labio-palatines, les pieds-bots, les brûlures, la surdité et les problèmes oculaires à divers degrés », sont proposés aux familles qui expriment « la capacité d'accepter et d'aider un tel enfant ». Tel autre contrat contient une clause suivant laquelle les adoptants déclarent « avoir été informés que, compte tenu des moyens d'investigation limités dans certains pays, les enfants peuvent présenter des problèmes physiques et mentaux non décelés lors de l'examen médical (séro-positivité, hépatite, anémie, tuberculose, paludisme, parasitoses, etc.) ». Outre le fait d'être considéré comme un banal objet, l'enfant est également interchangeable : « Art. 4. Les adoptants admettent avoir été informés que la structure Y..., partenaire de l'organisme, peut se réserver le droit de remplacer par un autre, l'enfant décédé ou déclaré inadoptable par suite d'une maladie grave ou événement fortuit. En ce cas, l'accord préalable des adoptants sera requis »<sup>717</sup>.

Bien que ces clauses soient moralement condamnables, il est important que les parents sachent que l'enfant qu'ils s'appêtent à adopter a un passé et n'est sans doute pas l'enfant parfait. Il est primordial que l'agence informe les futurs adoptants des difficultés qu'ils peuvent rencontrer avec l'enfant, afin que ces derniers prennent leur décision avec une volonté éclairée. L'enfant n'est pas une marchandise, cependant pouvons-nous reprocher aux futurs adoptants de délimiter ce qui leur est acceptable ? Ce pour quoi ou à l'égard de qui, ils sont prêts à s'engager ? Pour que l'adoption soit une réussite, l'agence doit informer les parents sur les caractéristiques de l'enfant qu'ils sont prêts à accueillir, mais ces derniers doivent également expliquer à l'agence l'enfant qu'ils souhaitent, ce qui passe inévitablement par une liste de critères qui de prime abord paraît honteuse et instrumentalisant pour l'enfant, mais qui s'avère finalement primordiale pour limiter les risques d'échec. Il s'agit donc bien du régime d'un contrat de mandat, où le mandant délimite la mission du mandataire et notamment les qualités qu'il cherche chez un enfant.

286. Dans la pratique certains organismes vont plus loin que le seul devoir d'informations et de la fourniture d'un enfant. En effet, dans l'hypothèse où l'adoption est un échec, certains s'engagent à placer « l'enfant dans une autre famille ou dans un organisme approprié si, après l'arrivée de l'enfant dans la famille candidate à l'adoption, des difficultés, quelles qu'en soient la nature ou la cause, conduisaient les parents à

---

<sup>717</sup> F. LAROCHE-GISSEROT, « L'adoption ouverte (*open adoption*) aux États-Unis : règles, pratiques, avenir en Europe », *op. cit.*

renoncer à leur projet ». D'autres à « prendre en charge [...] la mise en œuvre en France de la procédure d'adoption plénière par les parents adoptifs ». Enfin, quelques contrats stipulent que l'organisme doit « contribuer à résoudre avec les parents tout problème psychologique, juridique ou autre [...] après l'adoption définitive »<sup>718</sup>.

Cette obligation de conseil peut être envisagée comme une obligation accessoire de nature contractuelle. En effet « l'information permet de tirer un meilleur profit des obligations primaires »<sup>719</sup>. Sa violation met donc en jeu le régime de la défaillance contractuelle de son débiteur. Certains y reconnaissent une application du devoir plus général de collaboration et de loyauté entre les parties découlant de la bonne foi devant dominer les rapports contractuels<sup>720</sup>.

287. Sur l'obligation principale qui est la recherche d'enfant, c'est en toute logique qu'aucune obligation de résultat n'est imposée à l'organisme. Toutefois, sans que la loi ne transforme tous leurs engagements en obligation de résultat, ce qui reviendrait à consacrer un droit à l'enfant, et entraînerait probablement la fermeture de beaucoup d'organismes<sup>721</sup> découragés par cette obligation de résultat ou las de faire l'objet de poursuites, il est important d'encadrer les prestations proposés par les intermédiaire afin de protéger les parents adoptifs mais aussi commanditaires. En sus, le degré d'engagement de l'organisme est fixé de façon arbitraire et de manière discrétionnaire, ce qui peut paraître surprenant dans la mesure où il s'agit, en France tout du moins, d'agences agréées par l'État et évoluant dans le domaine de l'adoption, ce qui justifierait une législation plus ferme et précise. Il est nécessaire de déterminer le rôle de ces organismes de façon beaucoup plus exhaustive et pour cela de déterminer la nature du contrat conclut entre eux et les futurs parents adoptifs.

288. Dans le cadre d'une maternité pour autrui, l'intermédiaire est également lié par un contrat de mandat. Il doit donc exécuter la mission qui lui a été confiée. Il est alors tenu par une obligation de résultat.

---

<sup>718</sup> F. LAROCHE-GISSEROT, « L'adoption ouverte (*open adoption*) aux États-Unis : règles, pratiques, avenir en Europe », *op. cit.*

<sup>719</sup> M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, préf. Ph. REMY, LGDJ, 2003, n°105.

<sup>720</sup> Article 1134 du Code civil.

<sup>721</sup> Par exemple le gel des adoptions pour les enfants d'Haïti qui faisait déjà l'objet d'une procédure d'adoption avant le tremblement de terre.

Il doit mettre en relation le couple intentionnel et une mère porteuse qui répond aux qualités recherchées. La plupart du temps son rôle va encore plus loin, puisqu'il devra également mettre en relation le couple intentionnel avec la donneuse d'ovule. Ces deux missions sont commandées par les besoins spécifiques des parents commanditaires. Si la mère porteuse ou la donneuse ne remplissent pas le cahier des charges imposé par les clients, alors sa responsabilité peut être engagée. Dans ce type de relation le couple intentionnel et la mère porteuse ne sont pas contractuellement liés puisque l'intermédiaire est là.

## **CONCLUSION DE SECTION 2**

290. L'étude des contrats qui lient les candidats aux intermédiaires incite à retenir la qualification du mandat. En effet, les intermédiaires ont pour mission de mettre en relation l'enfant adoptif, ou la mère porteuse et le couple candidat à la filiation.

291. Dans le cadre du contrat de mandat conclu avec l'intermédiaire l'exécution de l'obligation principale est assortie d'une obligation de moyens. En effet, eu égard, à l'objet de l'obligation il semble compliqué de faire peser une obligation de résultat sur la gestation de l'enfant. En revanche, sur l'obligation de livraison de l'enfant au couple intentionnel, il semble qu'une obligation de résultat doive peser sur la mère porteuse.

La nature de ces obligations permet de déterminer les conditions de l'engagement de la responsabilité de chacune des parties en cas de mauvaise exécution de son obligation. Ainsi, selon qu'il y ait une obligation de résultat ou de moyens, la preuve de la faute est plus difficile à apporter que dans une obligation de résultat. Or, il semble que l'obligation de conseil des intermédiaires doit être assortie d'une obligation de résultat, tandis que la mission de recherche de l'enfant ne doit être assortie que d'une obligation de moyens.

## CONCLUSION DE CHAPITRE 2

292. La contractualisation des filiations électives invite à une qualification de ces conventions. Une étude de ces contrats permet de déterminer le régime applicable à chaque partie ainsi que les sanctions en cas de mauvaise exécution.

Si les relations entre l'intermédiaire et ses clients prennent la forme d'un contrat de mandat, dans lequel l'obligation de conseil a une grande importance, les relations entre la mère porteuse et le couple intentionnel revêtent la forme d'un contrat d'entreprise.

293. En cas de mauvaise exécution ou d'inexécution de leurs obligations, les parties dans l'une et l'autre de ces conventions ne sont tenues que d'une obligation de moyens, à l'exception de l'intermédiaire qui est tenu d'une obligation de résultat dans son obligation de conseil. La responsabilité de la partie qui n'a pas exécuté sa prestation est donc plus difficile à engager dans le cadre d'une obligation de moyens.

Cependant, si dans le cadre du contrat de mandat il est regrettable que les candidats n'aient pas plus de garantie sur la bonne exécution du contrat par le mandant, dans le cadre d'une maternité pour autrui cela s'explique davantage. Sur le fait que la mère porteuse mène à terme sa grossesse, une telle obligation ne peut pas être assortie d'une obligation de résultat et des conséquences sur l'engagement de sa responsabilité que cela implique. En revanche, le fait qu'à la naissance de l'enfant l'une et l'autre des parties exécutent sa prestation devrait inciter les parties à reconnaître une obligation de résultat. La responsabilité du prestataire est ainsi plus facile à engager, sauf en cas de force majeure.

## **CONCLUSION DE TITRE II**

294. La tendance à la contractualisation des filiations électives se confirme. De plus en plus de place est laissée à la volonté des parties et notamment des parents candidats et intentionnels. Cette nouvelle tendance peut être inquiétante eu égard aux abus auxquels les candidats à la filiation élective peuvent être confrontés. En effet, si le droit tend à la gratuité, la réalité montre que de nombreux accords qui sont nécessaires à la procédure de maternité pour autrui ou d'adoption sont conclus à titre onéreux.

De plus, eu égard aux obligations de moyens dont sont assorties ces conventions, les parties n'ont guère d'assurance quant à la bonne exécution de la prestation et disposent d'assez peu de voies de recours en cas d'inexécution. Elles ont donc intérêt à prévoir ces hypothèses dans les contrats.

295. La contractualisation du droit de la famille assortie d'un recours de la part des parents candidats ou intentionnels français aux pratiques autorisés à l'étranger, fait naître des problèmes de droit international mêlant droit des contrats et droit de la famille.



# **CONCLUSION DE PARTIE I**

296. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives entraîne deux conséquences : leur internationalisation et leur contractualisation.

L'internationalisation est née de la volonté des candidats à l'adoption de se tourner vers l'adoption internationale, puis vers la maternité pour autrui. En effet, les contraintes telles que la procédure d'agrément mais aussi le peu d'enfants adoptables incitent les parents à se rendre à l'étranger et à se tourner vers d'autres formes de filiations.

Or, le recours à ces filiations électives étrangères pose de nombreuses difficultés. Ainsi, dans le cadre de l'adoption, l'internationalité de la filiation soulève le problème de la qualité du consentement exprimé par les parents biologiques, mais aussi les parents adoptifs. Les droits nationaux et la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale ont donc mis en place différentes dispositions afin d'assurer une volonté libre et éclairée aux parties. La loi du 6 février 2001<sup>722</sup> sur l'adoption internationale bien qu'elle donne compétence à la loi de l'adoptant, laisse la loi de l'adopté régir les questions liées au statut personnel de l'adopté.

Les couples français se tournent également vers des mères porteuses qui est une pratique courante aux États-Unis. C'est d'ailleurs là-bas que se sont rendus les premiers Français afin d'avoir recours à la maternité pour autrui. Tandis qu'en France bien que pendant plus de vingt ans la jurisprudence ait estimé que ces accords étaient interdits car contraire à l'ordre public international, des couples Français ont continué de recourir aux services des mères porteuses étrangères. Cette sorte d'entêtement peut certainement s'expliquer par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme rendue dans quelques affaires d'adoption, et qui semblait abonder dans le sens d'une condamnation de la France par les juges européens. Cette position fut d'ailleurs confirmée dans un arrêt de 26 juin 2014 où la Cour européenne des Droits de l'Homme sanctionna partiellement la jurisprudence française. La filiation à l'égard du père doit être

---

<sup>722</sup> Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale.

reconnue. Cette position fut adoptée par la Cour de cassation par deux arrêts du 3 juillet 2015 dans lesquels, elle reconnaît la filiation de l'enfant à l'égard du père. Si elle n'éclaircit toujours pas la situation de la mère ou du père purement intentionnel, dans le cadre d'un couple homosexuel, la jurisprudence française se fonde sur la réalité factuelle même si cette dernière est contraire à l'ordre public international.

Le critère biologique bénéficie au père et prime sur l'intention de la mère intentionnelle à l'égard de qui la Cour maintient le refus de reconnaissance. Cette position est en totale opposition avec la jurisprudence américaine puisque dans un arrêt *Johnson c/ Calvert* les juges ont fait primer la volonté sur la réalité biologique en établissant la filiation à l'égard du père et de la mère intentionnelle.

297. En outre, la maternité pour autrui comme l'adoption internationale peuvent connaître des cadres juridiques que le droit français ne reconnaît pas. Ainsi, lors du recours aux filiations électives étrangères les Français sont parfois amenés à conclure des contrats. Ainsi, outre la pratique de la maternité pour autrui en elle-même, de nombreux contrats sont corrolaires aux procédures d'adoption internationale ou de maternité pour autrui. Or, le droit français n'autorise pas que la volonté des parties prenne une telle place dans la filiation, le contrat ne peut pas être le support d'une filiation même élective.

Cependant, dans la mesure où des Français sont confrontés à ses contrats et que les filiations mais aussi les relations entre les parties produisent des effets en France, il est important de qualifier ces contrats au regard du droit français afin de mieux cerner les relations qui lient les différents acteurs de ces filiations électives.

L'adoption ne peut pas être qualifiée de contrat, dans la mesure où elle est définitive qu'après le prononcé d'un jugement. Cependant, les relations qui unissent les candidats à l'adoption et les intermédiaires qui les aident dans leurs démarches sont cristallisées par un contrat. Après l'étude des différentes obligations auxquelles s'engagent les parties, la qualification du contrat de mandat se dégage. Pour la maternité pour autrui en revanche, la qualification de la relation qui unit la mère porteuse au couple intentionnel est plus délicate. Pour autant, il est possible d'y reconnaître un contrat de service et plus précisément un contrat d'entreprise. Ce n'est pas l'enfant que les parents achètent mais la capacité de gestation de la mère porteuse.

En outre, la qualification de la maternité pour autrui en contrat de service soulève la question la libre prestation des services au sein de l'Union européenne et notamment la possibilité pour les résidents européens de faire jouer ce principe au

détriment des législations nationales prohibitives. L'une des solutions afin de permettre le respect de principes que les États souhaitent protéger serait que le juge européen y reconnaisse une exigence impérative d'intérêt général.

298. Il semble évident que l'internationalisation et la contractualisation des filiations électives nécessite la mise en place d'un encadrement juridique.



**PARTIE 2. L'ENCADREMENT**  
**JURIDIQUE DE L'AUTONOMIE DE LA**  
**VOLONTE DANS FILIATIONS ELECTIVES**



299. Le recours par des couples Français aux filiations électives étrangères soulève le problème de l'encadrement de ces nouvelles filiations par le droit international mais aussi par le droit français.

Eu égard à l'internationalisation des filiations le recours à un instrument international semble la solution la plus adéquate. C'est d'ailleurs ce qui a été fait en matière d'adoption internationale. Ainsi, afin de contrer les abus et les dérives qui pouvaient affectés l'adoption, la communauté internationale par le biais de la Conférence de La Haye a mis en place un outil de coopération : la Convention de La Haye de 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Si ce texte ne prévoit pas de règles de conflits de lois ou de juridictions il a trouvé l'équilibre et semble être un véritable succès.

Dans le cadre des accords de maternité pour autrui, aucune solution internationale n'est pour l'instant adoptée. Si la Conférence de La Haye travaille actuellement sur l'adoption d'un outil non contraignant, il semble qu'une telle solution ne soit pas opportune. La maternité pour autrui bien qu'elle tende à la création d'une filiation prend la forme d'un contrat. Or cette contractualisation laisse une place trop importante à la volonté des parties et notamment des parents intentionnels. Il semble alors que par la mise en place de règles de conflits de lois mais aussi de juridictions la pratique pourrait être davantage encadrée et les dérives évitées. D'autant plus que lors du retour en France, la filiation illégalement établie n'est pas reconnue ce qui emporte de graves conséquences pour l'enfant.

300. Le statut de l'enfant issu d'une filiation élective est un problème lorsque cette filiation est un échec. Ainsi, qu'il soit dû au refus de reconnaissance de la filiation par les juges français ou à l'échec de la relation familiale, le droit doit en prévoir les conséquences. Lorsque l'échec est dû au refus de transcription de la filiation le fondement qui justifie cette inopposabilité peut avoir des conséquences plus ou moins grandes sur le statut de l'enfant. Ainsi, pendant près de 20 ans la Cour de cassation a retenu la contrariété à l'ordre public des accords de maternité pour autrui. Si ce fondement ne permettait pas que la filiation soit reconnue en France, les parents pouvaient malgré tout s'appuyer sur la filiation régulièrement reconnue à l'étranger. Or, en optant pour le fondement de la fraude dans ses arrêts de 2013 et 2014, il semble que la Cour renforce la sanction en remettant également en cause la filiation établie à l'étranger.

Afin d'éviter que l'enfant soit victime des agissements de ses parents le droit français doit prévoir quel sera son statut en cas d'échec de la filiation. Si la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt *Harroudj* n'a pas condamné la France dans la mesure où la requérante et l'enfant avait une vie *de facto*, cette solution peut elle suffire aux accords de maternité pour autrui ?

Une solution pourrait alors d'envisager la légalisation de la pratique afin de mieux l'encadrer. Un état des lieux de la situation en France des accords de maternité pour autrui nous montre que la situation est insatisfaisante. L'interdiction pure de la pratique n'empêche pas des parents intentionnels d'avoir recours aux services d'une mère porteuse malgré les conséquences que cela va entraîner sur la filiation. En outre, aucune sanction qu'elle soit d'ordre pécuniaire ou même d'emprisonnement ne semble satisfaisante ou adéquate. C'est pourquoi la légalisation de la pratique avec la mise en place de conditions rigoureuses comme cela se fait pour l'adoption peut être envisageable. Ainsi, comme pour l'adoption le droit français prévoirait la possibilité de l'échec même s'il est vrai que les solutions proposées par le droit français sont discutables.

301. Ainsi, les phénomènes de contractualisation et d'internationalisation des filiations électives nécessitent une qualification au regard du droit international privé afin d'élaborer un cadre juridique (Titre 1). L'adoption d'outils internationaux limitera les risques d'échecs des filiations électives lors de l'étude de la régularité de la filiation, mais aussi permettra d'assurer un statut juridique stable à l'enfant victime de l'échec de la relation familiale (Titre 2).

**TITRE 1. LA QUALIFICATION DES  
FILIACTIONS ELECTIVES AU REGARD  
DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE**



302. Si l'adoption internationale est protégée par la mise en place de mesures prévues à la Convention de La Haye de 1993, aucun texte international ne prévoit de règles applicables afin d'encadrer la pratique des accords de maternité pour autrui.

Or l'inexécution du contrat par les contractants est une réalité et nécessite l'adoption de règles spécifiques qui permettraient de trouver une solution au règlement de ces litiges. Pour l'instant la détermination de la loi applicable, ainsi que de la juridiction compétente, sont laissées à l'appréciation des législations internes. Cependant, avec l'internationalisation des filiations électives, les problèmes juridiques qui se posent lorsque des Français se rendent à l'étranger pour y obtenir une filiation sont dorénavant internationaux et nécessitent donc une solution purement internationale. Afin de régler les éventuels litiges qui peuvent apparaître il est important de déterminer des règles afin d'appréhender ces contrats, peut-être en s'inspirant de ce qui a été fait en matière d'adoption internationale.

303. La Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale organise une coopération interétatique avec la mise en place de règles matérielles de fond, alors qu'aucun instrument international n'encadre encore les accords de maternité. Ainsi, tandis que pour l'adoption, une approche fondée sur l'enfant a été privilégiée (Chapitre 1), eu égard à la forme contractuelle des accords de maternité pour autrui, la mise en place d'un instrument international devrait peut-être être fondé sur le contrat (Chapitre 2).



# CHAPITRE 1. L'ADOPTION, UNE APPROCHE FONDEE SUR L'ENFANT

304. L'idée d'élaborer une Convention internationale est apparue en 1988 au sein de la conférence de La Haye afin d'encourager la coopération interétatique. Signée le 29 mai 1993, et entrée en vigueur en France le 1er octobre 1998, la Convention porte sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale<sup>723</sup>. Avec la mise en place d'une coopération internationale, l'objectif de la Convention est de moraliser l'adoption internationale pour prévenir autant que possible l'enlèvement et la traite des enfants, voire empêcher les trafics d'organes<sup>724</sup>. Cette Convention s'inspire directement de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant, et notamment de son article 21 qui dispose que l'adoption à l'étranger d'un enfant a lieu dans le cas où l'enfant « ne peut dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive, ou être convenablement élevé ». L'adoption internationale est subsidiaire à l'adoption de l'enfant dans son pays, elle doit être la dernière solution envisageable pour l'enfant.

La Convention s'applique lorsque l'enfant qui réside habituellement dans un État contractant, l'État d'origine, a été ou doit être déplacé vers un autre État contractant, l'État

---

<sup>723</sup> En commençant par la ratification la plus récente en 2013 : Swaziland, Lesotho, Monténégro, Fidji, Rwanda, Haïti, Sénégal, Vietnam, Kazakhstan, Cap-Vert, Grèce, Liechtenstein, Togo, Seychelles, Arménie, Cambodge, États-Unis d'Amérique, Kenya, Mali, République Dominicaine, Belize, Belgique, Chine, Hongrie, St Marin, Azerbaïdjan, Madagascar, Turquie, Thaïlande, Portugal, Uruguay, Guinée, Thaïlande, Turquie, Malte, Turquie, Thaïlande, Portugal, Uruguay, Afrique du Sud, Biélorussie, Inde, Royaume-Uni, Guatemala, Suisse, Lettonie, Luxembourg, Bulgarie, Bolivie, Estonie, Slovénie, Allemagne, Slovaquie, Albanie, Mongolie, République Tchèque, Italie, Islande, Panama, Chili, Monaco, Autriche, Géorgie, Brésil, Israël, El Salvador, Burundi, Nouvelle Zélande, Maurice, Australie, Colombie, Pays-Bas, France, Paraguay, Moldavie, Lituanie, Norvège, Danemark, Suède, Finlande, Venezuela, Andorre, Canada, Philippines, Burkina Faso, Costa Rica, Équateur, Pérou, Espagne, Pologne, Chypre, Mexique, Roumanie, Sri Lanka.

<sup>724</sup> N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1994 p. 259.

d'accueil, soit après son adoption dans l'État d'origine par des époux ou une personne résidant habituellement dans l'État d'accueil, soit en vue d'une telle adoption dans l'État d'accueil ou dans l'État d'origine<sup>725</sup>.

L'objectif de la Convention n'a pas pour objet d'établir des règles de conflits de loi, mais bien une coopération interétatique afin de mettre en place des mesures de protection des enfants souvent nés dans des pays pauvres, et qui doivent s'intégrer au sein d'une famille adoptive dans un pays aux traditions très différentes. Pour assurer cette protection, la Convention met en œuvre une coopération entre États, à l'image de celle réalisée par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant.

Ainsi, par la mise en place d'une coopération interétatique (Section 1), la Convention permet le prononcé d'une adoption qui a des effets internationaux (Section 2).

---

<sup>725</sup> Article. 2, 1 de la Convention.

## **SECTION 1. UN INSTRUMENT**

### **INTERNATIONAL FONDE SUR UNE COOPERATION**

#### **INTERETATIQUE**

305. La Convention se fonde sur une idée de coopération, elle prévoit donc la mise en place de structures institutionnelles qui sont les autorités centrales et les organismes agréés. Chaque État contractant doit présenter un état descriptif de la répartition des responsabilités et des tâches prévues dans la convention entre les autorités centrale, les autorités publiques, qui seront laissées à la compétence de l'État, et les organismes agréés, afin que le rôle de chaque structure soient définis<sup>726</sup>.

Cette coopération passe également par un travail indépendant de la part de l'État d'origine comme de l'État d'accueil. Puis par un travail de concert entre les États afin que l'adoption soit finalisée.

306. Ainsi, par le jeu de l'autorité centrale et des organismes agréés, la Convention met en place une coopération institutionnelle (I) afin d'aboutir à une procédure interétatique propre à l'adoption internationale (II).

---

<sup>726</sup> Rapport de la Commission spéciale de 2000, *supra* note 14, Recommandation N°1.

## **I. LE CADRE INSTITUTIONNEL DE LA COOPERATION**

307. La Convention de 1993 ne prévoit pas de règles de conflit de lois mais la mise en place d'un cadre permanent de coopération interétatique, autour de quelques principes de base définis en commun<sup>727</sup>. Comme l'explique Madame Meyer-Fabre « du point de vue méthodologique, la nouvelle convention procède de l'approche pragmatique que tend aujourd'hui à privilégier la Conférence lorsque l'unification des règles de conflits s'avère à la fois illusoire en tant qu'objet d'accord et insuffisante en tant qu'instrument pour parvenir au résultat substantiel recherché. Comme l'indique son titre, la nouvelle convention cherche à assurer la protection des enfants dans les adoptions internationales et elle se propose de réaliser cet objectif essentiellement grâce à la coopération internationale qu'elle instaure »<sup>728</sup>.

La Convention de La Haye est soumise à des conditions d'application qui visent à protéger l'intérêt de l'enfant (A) par la mise en place d'un cadre institutionnel de coopération (B).

### **A. LES CONDITIONS D'APPLICATION DE LA CONVENTION**

308. La Convention de La Haye de 1993 a permis d'encadrer au mieux l'adoption internationale afin de limiter tout abus et d'encadrer la procédure.

Elle instaure un cadre juridique international pour la règlementation des adoptions internationales et la protection des enfants et familles avant et pendant le processus d'adoption. Afin d'atteindre ses objectifs la Convention met en place des

---

<sup>727</sup> N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1994 p. 259 ; B. STURLESE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP*, éd. G. 1993.I.3710 ; H. MUIR WATT, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale » ; *Trav. Comité fr. dr. int. pr.*, 1994.

<sup>728</sup> *Ibid*

garanties. Elle cherche donc à prévenir l'enlèvement, la vente et la traite des enfants adoptables et à définir des normes internationales en vue de sécuriser les procédures pour les enfants qui ne peuvent être placés dans une famille dans l'État d'origine. La Convention s'assure également que l'enfant est vraiment adoptable et que l'adoption est la meilleure solution pour lui, que les parents biologiques ont librement donné leur consentement à l'adoption, sans paiement ou contrepartie d'aucune sorte, et après avoir reçu les conseils nécessaires et avoir été dûment informés des conséquences de leur décision et que les informations relatives à l'enfant et à ses parents biologiques soient conservées. La Convention souhaite encore évaluer la capacité et l'aptitude des futurs parents adoptifs à adopter, apparenter l'enfant avec une famille qui lui convient ainsi que réaliser les adoptions uniquement par l'intermédiaire des autorités compétentes telles que les autorités centrales, les autorités publiques, y compris les autorités judiciaires et administratives, et les organismes agréés. Ces garanties visent également à travailler avec des organismes d'adoption agréés et autorisés en vertu des règles établies par la Convention de La Haye de 1993 et enfin mettre en place des procédures en vue de prévenir les gains matériels indus.

De plus, la Convention de La Haye de 1993 permet d'imposer des normes ou des exigences plus élevées aux partenaires parties à la Convention, de maintenir un contrôle sur le nombre d'adoptions en décidant de ne travailler qu'avec un nombre limité d'États et d'organismes agréés, fixé en fonction du nombre réel d'enfants en besoin d'adoption, et ce afin d'éviter de faire pression sur les États d'origine, choisir d'interrompre ou de mettre un terme à la coopération si un État d'accueil ne respecte pas la Convention ou les exigences de l'État d'origine ainsi qu'aux États d'autoriser ou non les activités des organismes agréés.

La Convention a pour objet d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international.

En ce qui concerne l'objet de la Convention, l'article 2 dispose qu'elle « s'applique lorsqu'un enfant résidant habituellement dans un État contractant (« l'État d'origine ») a été, est ou doit être déplacé vers un autre État contractant (« l'État d'accueil »), soit après son adoption dans l'État d'origine par des époux ou une personne résidant habituellement dans l'État d'accueil, soit en vue d'une telle adoption dans l'État d'accueil ou dans l'État d'origine ».

La Convention ne prévoit aucune règle de conflits de lois. La France a donc choisie la compétence de la loi nationale des adoptants. Ce choix permet à la situation juridique créée de s'intégrer dans l'ordre juridique dans lequel elle va évoluer, ainsi elle n'est pas contraire aux lois de l'État d'accueil<sup>729</sup>. La logique retenue par la Convention de 1993 permet aux États de conserver une souveraineté dans le choix de la loi applicable. Cette démarche paraît plus respectueuse du pays qui accueillera la situation.

## B. LES INSTITUTIONS PREVUES A LA CONVENTION

309. L'autorité centrale (1) comme les organismes agréés (2) jouent un rôle nécessaire et précisément définit dans la Convention.

### 1. Les autorités centrales

310. La coopération interétatique organisée par la Convention suppose la mise en place d'un mécanisme institutionnel spécifique dans chacun des États contractants. Selon l'article 6 de la Convention, les autorités centrales sont choisies par l'État. Ce système n'est pas nouveau puisqu'on retrouve des autorités centrales dans différentes conventions de La Haye qui organisent une entraide entre pays<sup>730</sup>.

L'article 7 dispose que les autorités centrales doivent échanger des informations générales et « s'informer mutuellement sur le fonctionnement de la convention et, dans la mesure du possible, lever les obstacles à son application ». Comme l'explique Madame Meyer-Fabre les autorités centrales s'assurent du bon fonctionnement de la Convention<sup>731</sup>. L'article 8 ajoute qu'elles peuvent adopter « toutes mesures appropriées

---

<sup>729</sup> Sur ce point voir P. LAGARDE, La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification, *Rev. crit. DIP* 2001. 275.

<sup>730</sup> G. DROZ, « Évolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye », in : *Études offertes à Pierre BELLET*, Paris 1991, pp. 129 et s.

<sup>731</sup> N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *op. cit.*

pour prévenir les gains matériels indus à l'occasion d'une adoption et empêcher toute pratique contraire aux objectifs de la convention ». En outre « toute autorité compétente qui constate qu'une des dispositions de la Convention a été méconnue ou risque manifestement de l'être en informe aussitôt l'autorité centrale de l'État dont elle relève »<sup>732</sup>. Elles ne peuvent pas déléguer leurs missions générales d'information et de surveillances.

311. La Convention assigne également de nombreuses autres tâches aux autorités centrales, notamment, à l'occasion de la réalisation des projets individuels d'adoption. Or à la différence des autres domaines dans lesquels des autorités centrales ont été instituées par des Conventions de La Haye, celui de l'adoption est caractérisé par l'importance quantitative des dossiers à traiter et par la variété et la complexité des démarches à accomplir et des compétences à mettre en œuvre. C'est pourquoi la Convention prévoit également, à côté des autorités centrales, l'institution d'organismes agréés<sup>733</sup>.

## 2. Les organismes agréés à l'adoption

312. Par « organisme », la Convention entend un groupement de plusieurs personnes, ayant ou non la personnalité morale. Les articles 10 et 11 de la Convention prévoient que pour pouvoir être agréés par les autorités de l'État dont ils relèvent, ces organismes doivent démontrer leur « aptitude à remplir correctement les missions qui pourraient leur être confiées » et satisfaire à un certain nombre d'exigences minimales fixées en termes très généraux par la Convention. L'organisme doit être à but non lucratif. Il doit impérativement répondre à des qualifications morales et professionnelles de ses membres et sa composition, son fonctionnement ainsi que sa situation financière doivent faire l'objet de contrôle<sup>734</sup>. L'article 12 prévoit également qu'un organisme agréé ne peut agir à l'étranger que s'il y a été autorisé par les autorités compétentes des deux États concernés.

---

<sup>732</sup> Article 33 de la Convention.

<sup>733</sup> N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *op. cit.*

<sup>734</sup> B. STURLESE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP*, éd. G. 1993.I.3710.

Les organismes agréés peuvent assister l'autorité centrale dans l'accomplissement des missions d'ordre général qui lui sont confiées et prévues à l'article 9<sup>735</sup>.

La Convention laisse une grande latitude aux États pour organiser comme ils l'entendent le cadre institutionnel de la coopération. En effet, les fonctions procédurales conférées à l'autorité centrale pour la réalisation des projets individuels d'adoption peuvent toutes être exercées par des organismes agréés, dans les limites prévues par l'État<sup>736</sup>. L'article 22-2 autorise également, sous certaines conditions, les adoptions dites « indépendantes », qui sont réalisées par l'intermédiaire d'organismes ou de personnes physiques non agréées, comme les « *lawyers* » américains<sup>737</sup>. Madame Meyer-Fabre<sup>738</sup> explique que les débats qui ont eu lieu sur cette question au sein de la commission spéciale ont fait apparaître une très nettement hostilité à l'égard de ces intermédiaires non agréés, qui échappent à la surveillance des autorités étatiques. En effet, une telle liberté soulève le problème des pressions financières et autres pratiques abusives qui sont souvent le fait de ces intermédiaires « qui peuvent ne pas présenter les qualifications professionnelles requises et dont la rémunération risque d'échapper aux critères rigoureux mis en œuvre dans le cas des organismes agréés »<sup>739</sup>. Malgré ces réserves, la commission spéciale a décidé d'autoriser les adoptions « indépendantes » dans le cadre de la Convention et de les soumettre à un certain contrôle. Ainsi, l'article 22-2 prévoit que des intermédiaires non agréés peuvent être autorisés à exercer les fonctions conférées aux autorités centrales par les articles 15 à 21 de la Convention. Ces intermédiaires peuvent intervenir à toutes les étapes de la réalisation d'une adoption, à l'exception de la demande d'adoption<sup>740</sup>. Si la Convention autorise leurs fonctions, elle encadre la pratique des intermédiaires non agréés. Ainsi, les adoptions dites « indépendantes » ne sont pas

---

<sup>735</sup> L'article 9 donne une liste non exhaustive : développement des services de conseils, échange de rapports d'évaluation, suivi des procédures, gestion des informations relatives aux situations individuelles. Exception faite de celles prévues aux articles 7 et 8.

<sup>736</sup> Article 22-1 de la Convention.

<sup>737</sup> B. STURLESE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *op. cit.*

<sup>738</sup> N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *op. cit.*

<sup>739</sup> Sur ce point voir : L'agrément et les organismes agréés en matière d'adoption : principes généraux et guide de bonnes pratiques N°2, <http://www.hcch.net/upload/adoguide2fr.pdf>.

<sup>740</sup> Article 14 de la Convention.

autorisées en dehors des États qui les acceptent selon les dispositions prévues aux articles 22-2 et 22-4 de la Convention.

Dans de nombreux États, des organismes agréés exercent les fonctions de l'autorité centrale pour les dossiers individuels d'adoption visée par la Convention. La procédure d'agrément est une autre garantie prévue par la Convention pour protéger les enfants dans le cadre de l'adoption. Selon l'article 12 un organisme agréé dans un État contractant ne peut agir dans un autre État contractant que si les autorités compétentes des deux États l'ont autorisé. Si la Convention envisage quelques règles qui peuvent servir de guide dans la procédure d'agrément, les États doivent établir leurs propres critères d'agrément.

Chaque État doit donc décider d'autoriser ou non des organismes agréés ou les personnes autorisées non agréées à exercer sur son territoire. En outre, les organismes agréés d'un État, qui souhaitent exercer dans un autre État, doivent y être expressément autorisés par l'autorité compétente des deux États c'est-à-dire de l'État qui accorde l'agrément et de l'État sur le territoire duquel ces fonctions seront exercées<sup>741</sup>.

## **II. LES CONDITIONS PROCEDURALES DE L'ADOPTION INTERNATIONALE**

313. Le chapitre IV de la Convention organise les différentes étapes de la procédure préalable au prononcé de l'adoption. Il a pour objectif d'encadrer et de contrôler cette procédure, par une coopération entre les autorités centrales concernées. Elle vise à assurer la protection des différents intérêts en présence et le respect de toutes les conditions de fond nécessaires au succès de l'adoption.

Ainsi, la procédure d'adoption commence par des opérations préliminaires propres à l'État d'origine et à l'État d'accueil (A), mais aussi des opérations conjointes facilitant la coopération (B).

---

<sup>741</sup> Article 12 de la Convention.

## A. UN TRAVAIL INDEPENDANT DES ÉTATS D'ACCUEIL ET D'ORIGINE DE L'ADOPTÉ

314. Dans le cadre de l'adoption internationale, la Convention prévoit que l'État d'accueil (1), comme l'État d'origine ont des démarches à accomplir (2).

### 1. Les démarches effectuées par l'État d'accueil

315. Selon l'article 14 les personnes qui souhaitent adopter un enfant doivent adresser une demande à l'autorité centrale de l'État de leur résidence habituelle. Elles ne peuvent pas s'adresser directement aux autorités de l'État d'origine, ni partir seule à l'étranger à la recherche d'un enfant à adopter, ni adresser leur demande initiale à un intermédiaire non agréé.

Si l'autorité centrale de l'État d'accueil considère que les requérants sont « qualifiés et aptes à adopter », l'article 15-1 dispose qu'elle établit un « rapport contenant des renseignements sur leur identité, leur capacité légale à adopter, leur situation personnelle, familiale et médicale, leur milieu social, les motifs qui les animent, leur aptitude à assumer une adoption internationale, ainsi que sur les enfants qu'ils seraient aptes à prendre en charge ». Ensuite, selon l'article 15-2 l'autorité centrale de l'État d'accueil transmet ce rapport à l'autorité centrale de l'État d'origine. Madame Meyer-Fabre explique que « jusqu'à la fin des négociations, les opinions étaient très partagées sur le point de savoir s'il convenait d'autoriser les futurs adoptants à soumettre eux-mêmes directement une copie du rapport à l'autorité centrale de l'État d'origine, dans la mesure où les deux États admettent ce procédé. Le souci de fermer la porte aux abus que pourraient faciliter ici les initiatives individuelles (utilisation frauduleuse ou falsification du rapport par les candidats à l'adoption) a finalement prévalu sur la crainte d'alourdir et de bureaucratiser la procédure ».

### 2. Les démarches effectuées par l'État d'origine

316. Selon l'article 16-1, a de la Convention, un rapport sur l'enfant doit être

établi dans l'État d'origine, dès lors que l'autorité centrale considère qu'un enfant est « adoptable ». Ce rapport doit renseigner sur « l'identité de l'enfant, son adoptabilité, son milieu social, son évolution personnelle et familiale, son passé médical et celui de sa famille, ainsi que sur ses besoins particuliers ». L'autorité centrale de l'État d'origine doit tenir « compte des conditions d'éducation de l'enfant, ainsi que son origine ethnique, religieuse et culturelle »<sup>742</sup>. Cette disposition évoque également la religion de l'enfant afin de prendre en compte la *kafala*.

317. L'autorité centrale de l'État d'origine doit également s'assurer selon l'article 16-1 *c* que les consentements visés à l'article 4 aient été obtenus.

L'autorité centrale de l'État d'origine fait ensuite un premier constat sur la conformité du « placement envisagé » à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>743</sup>. Puis selon l'article 16-2, elle transmet à l'autorité centrale de l'État d'accueil « son rapport sur l'enfant, la preuve des consentements requis et les motifs de son constat sur le placement ».

## B. LA COOPERATION DE L'ÉTAT D'ACCUEIL ET DE L'ÉTAT D'ORIGINE

318. Afin d'achever la procédure d'adoption la procédure doit entrer dans une phase de coopération entre les deux États. Cette collaboration est prévue à l'article 17 et a pour but de s'assurer de la réussite de l'adoption.

Chaque autorité centrale doit s'assurer que l'adoption soit possible dans l'autre État, en vérifiant qu'au regard de son propre système juridique, y compris les règles de droit international privé, aucun obstacle apparent ne s'oppose soit au prononcé de l'adoption, soit à son efficacité internationale.

Selon la Convention chaque autorité centrale concernée peut s'opposer à l'aboutissement de l'adoption pour tout motif de droit ou de simple opportunité qui lui paraîtra pertinent. La Convention ne consacre pourtant pas le système de l'application cumulative des lois en présence. L'article 17 *c* s'inspire de la méthode dite « de référence

---

<sup>742</sup> Article 16-1, *b* de la Convention.

<sup>743</sup> Article 16-1 *d* de la Convention.

aux ordres juridiques compétents ». Cette méthode subordonne la création d'une situation juridique à sa reconnaissance dans les différents ordres juridiques concernés. Cette référence cumulative aux deux ordres juridiques concernés, permet de mettre en lumière un éventuel blocage de la procédure si elle révèle des obstacles de nature à compromettre la constitution ou l'efficacité du lien adoptif<sup>744</sup>.

L'autorité centrale de l'État dans lequel l'adoption est prononcée doit au préalable s'assurer que toutes les dispositions du droit de son État, y compris les règles de conflit de lois et les règles de compétence internationale, son intégralement respectées. L'article 24 de la Convention dispose cependant que l'acceptation requise de l'autre autorité centrale peut être seulement subordonnée à l'absence de contrariété manifeste à l'ordre public<sup>745</sup>.

Toutefois, au stade de la réalisation de l'adoption, chaque autorité centrale peut donner ou refuser la poursuite de la procédure. On peut donc envisager une référence cumulative aux lois en présence sans pour autant qu'elle soit imposée.

L'article 17 subordonne encore la décision de confier l'enfant à ses futurs parents adoptifs à l'accord des futurs parents adoptifs<sup>746</sup>.

Madame Meyer-Fabre explique que l'article 17 *b* a fait l'objet de vifs débats. En effet, il prévoit une condition relative à l'approbation de la décision même de placement par l'autorité de l'État d'accueil. Or, les États d'accueil ne souhaitaient pas que leurs autorités soient systématiquement impliquées dans la décision sur le placement et la majorité des États d'origine insistaient pour que cette étape du processus fasse l'objet d'une gestion conjointe par les autorités des deux États. Cependant, la portée de cette disposition semble réduite puisque par le biais de l'acceptation requise en vertu de l'article 17 *c*, l'autorité de l'État d'accueil se trouve nécessairement tenue de se prononcer, préalablement au placement, sur le sort de la procédure et donc aussi sur l'opportunité et la régularité du placement envisagé.

319. Selon les termes de l'article 18, les autorités centrales doivent ensuite

---

<sup>744</sup> N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *op. cit* ; B. STURLESE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP*, éd. G. 1993.I.3710 ; H. MUIR WATT, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale » ; *Trav. Comité fr. dr. int. pr.*, 1994.

<sup>745</sup> N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *op. cit*.

<sup>746</sup> Article 17 *a*

prendre les mesures nécessaires pour que l'enfant reçoive l'autorisation de sortie de l'État d'origine, ainsi que celle d'entrée et de séjour permanent dans l'État d'accueil. L'article 19 précise qu'elles doivent également poursuivre leur coopération jusqu'à ce que le déplacement de l'enfant s'effectue en toute sécurité. Pour ce faire, elles doivent avant ou après le déplacement se tenir « informées sur la procédure d'adoption et les mesures prises pour la mener à terme », ainsi que sur le déroulement d'une éventuelle période probatoire comme le prévoit l'article 20.

L'article 19, alinéa 1 dispose que le déplacement de l'enfant vers son État d'accueil « ne peut avoir lieu que si les conditions de l'article 17 ont été remplies ». Cela signifie que pour le déplacement comme pour le placement, les États doivent être certains qu'aucun « empêchement » apparent ne s'opposera à l'aboutissement de la procédure doit avoir été obtenue.

320. L'article 21 est consacré aux mesures à prendre dans l'État d'accueil en cas d'échec du placement de l'enfant, lorsque c'est dans cet État que l'adoption devait être prononcée. L'autorité centrale de l'État d'accueil doit retirer l'enfant aux candidats à l'adoption et doit en prendre soin provisoirement, puis, en consultation avec l'autorité centrale de l'État d'origine, trouver une solution alternative. L'article précise que le retour de l'enfant dans son État d'origine n'est envisagé qu'en tout dernier ressort, si son intérêt l'exige.

L'article 21 ne concerne que l'échec du placement, avant le prononcé de l'adoption et non une fois le jugement définitif prononcé<sup>747</sup>.

---

<sup>747</sup> Cf. *Infra* n° 509 et s.

## **CONCLUSION DE SECTION 1**

322. L'intérêt de l'enfant est à la base de la Convention de La Haye. L'enfant est au centre de cette Convention et tout est mis en œuvre pour le protéger. La Convention favorise donc la coopération entre États à l'adoption de règles de conflits de loi.

Ainsi, le pays d'origine et le pays d'accueil de l'adopté doivent travailler ensemble afin de s'assurer que les principes protégés par la Convention soient assurés. Le consentement des parents doit être libre et éclairé, et la Convention encadre rigoureusement la pratique des intermédiaires non agréés et interdit les adoptions indépendantes.

La Convention a travers la mise en place de la coopération entre l'État d'accueil et l'État d'origine veille à s'assurer que rien ne fasse obstacle au prononcé de l'adoption une fois la procédure entamée. Tout est mis en œuvre pour que l'adoption soit une réussite et se fasse dans le respect des intérêts de l'enfant.

## **SECTION 2. LA PORTEE INTERNATIONALE**

### **DE LA DECISION D'ADOPTION**

323. Le Chapitre V de la Convention, toujours dans l'idée de protéger les intérêts de l'enfant, traite de la portée internationale de la décision d'adoption. Il faut éviter que les disparités législatives entre les États membres n'impactent sur l'adoption et le statut de l'enfant. Si la procédure s'est déroulée correctement la décision est reconnue internationalement, l'adoption est en accord avec la législation de l'État d'accueil ce qui assure une stabilité à la filiation élective.

Ainsi, l'adoption est reconnue de « plein droit » et de « manière quasi-inconditionnelle » (I), ce qui n'empêche pas de s'interroger sur la juridiction compétente en cas de litige (II).

## **I. UNE RECONNAISSANCE DE « PLEIN DROIT » ET « QUASIMENT INCONDITIONNELLE »**

324. La coopération mise en place par la Convention permet de garantir une qualité dans la procédure d'adoption et donc dans l'adoption elle-même. Cette qualité qui est la contrepartie des conditions de fond et de l'encadrement procédural strict auxquels la procédure d'adoption est soumise permet que la décision d'adoption soit d'applicabilité directe.

La Convention prévoit donc qu'une adoption « certifiée conforme à la convention par l'autorité compétente de l'État contractant où elle a eu lieu » (A) bénéficiera d'une reconnaissance « *de plano* » (B).

### **A. UNE ADOPTION « CERTIFIÉE CONFORME A LA CONVENTION PAR L'AUTORITE COMPETENTE DE L'ÉTAT CONTRACTANT OU ELLE A EU LIEU »**

325. L'article 23 dispose que « 1. Une adoption certifiée conforme à la Convention par l'autorité compétente de l'État contractant où elle a eu lieu est reconnue de plein droit dans les autres États contractants. Le certificat indique quand et par qui les acceptations visées à l'article 17, lettre c), ont été données.

2. Tout État contractant, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, notifiera au dépositaire de la Convention l'identité et les fonctions de l'autorité ou des autorités qui, dans cet État, sont compétentes pour délivrer le certificat. Il lui notifiera aussi toute modification dans la désignation de ces autorités ». Ainsi, l'alinéa 1 dispose que l'adoption doit avoir été certifiée conforme à la convention par l'autorité compétente de l'État contractant où elle a eu lieu. L'adoption bénéficie donc d'une présomption quasiment irréfragable de régularité au regard des règles conventionnelles, ce qui explique sa reconnaissance internationale.

La question du contenu du certificat de conformité prévu à l'article 23 a été beaucoup débattue. L'adoption doit être réalisée dans le respect des dispositions de la Convention. Ainsi, les propositions qui exigeaient une attestation expresse du respect de certaines dispositions jugées « fondamentales », ont été écartées<sup>748</sup>. L'article 23, alinéa 1 précise que le certificat doit indiquer quand et par qui les acceptations visées à l'article 17 c ont été données, dans le but de renforcer la crédibilité du certificat. Le certificat doit faire état de l'accord des intermédiaires des deux États à la poursuite de la procédure en vue de l'adoption, à la suite d'un contrôle du respect des dispositions de la convention. Cette étape confirme l'importance de l'article 17.

L'autorité appelée à délivrer le certificat n'en assume pas moins une responsabilité considérable. Comme le soulève Monsieur Sturlèse on peut regretter la discrétion laissée aux États contractants dans le choix de l'autorité compétente pour délivrer le certificat. Il aurait été souhaitable de la laisser à la compétence de l'autorité qui prononce l'adoption et qui le plus souvent est un juge<sup>749</sup>.

326. L'article 23 prévoit enfin qu'une fois revêtu du certificat de conformité, la décision d'adoption est reconnue de plein droit dans tous les États contractants.

## B. UNE AUTORITE *DE PLANO* DE L'ADOPTION

327. La Convention de 1993 permet une avancée majeure en établissant un système de reconnaissance automatique des adoptions faites en application de la Convention<sup>750</sup>. Comme l'explique la Brochure explicative rédigée par le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye, chaque adoption, simple ou plénière est certifiée faite en accord avec les procédures de la Convention, et est à ce titre reconnue « de plein droit » dans tous les autres États contractants. La Convention confère ainsi une sécurité immédiate au statut de l'enfant, et supprime le recours à une procédure de reconnaissance

---

<sup>748</sup> N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *op. cit.*

<sup>749</sup> B. STURLÈSE, *op. cit.*

<sup>750</sup> <http://www.hcch.net/upload/brochure33fr.pdf>

des décisions, ou de ré-adoption de celles-ci, dans le pays d'accueil.

328. En France, une décision étrangère d'adoption a déjà une autorité *de plano*, puisque son efficacité substantielle ne dépend d'aucun contrôle préalable de sa régularité internationale. En revanche, les effets attachés à la force exécutoire de la décision étrangère sont subordonnés à *l'exequatur*<sup>751</sup>.

Cette reconnaissance *de plano* a soulevé quelques questions pour les États d'accueil qui subordonnent en principe la reconnaissance d'une adoption prononcée dans l'État d'origine au succès d'une période probatoire accomplie sur leur territoire. L'avant-projet proposait donc la mise en place d'un régime permettant une reconnaissance différée du lien de filiation adoptive. Ce système fut par la suite abandonné et il faut reconnaître qu'il n'avait pas vraiment de sens. Il faut d'ailleurs reconnaître que dans le système de la Convention, qui a visé l'amélioration de la qualité de la préparation du placement de l'enfant dans sa famille adoptive et qui implique les autorités des deux États dans ce processus préparatoire, la mise en place d'une période probatoire ne présente aucun intérêt<sup>752</sup>.

Si un État d'accueil insistait malgré tout pour qu'une période probatoire soit mise en place sur son territoire, il faudrait alors qu'il ne traite qu'avec des États d'origine qui acceptent que l'adoption soit prononcée dans cet État d'accueil à l'issue d'une période probatoire accomplie dans cet État. L'article 21 s'appliquera en cas d'échec, et prévoit des mesures afin « a) de retirer l'enfant aux personnes qui désiraient l'adopter et d'en prendre soin provisoirement ;

b) en consultation avec l'Autorité centrale de l'État d'origine, d'assurer sans délai un nouveau placement de l'enfant en vue de son adoption ou, à défaut, une prise en charge alternative durable ; une adoption ne peut avoir lieu que si l'Autorité centrale de l'État d'origine a été dûment informée sur les nouveaux parents adoptifs ;

c) en dernier ressort, d'assurer le retour de l'enfant, si son intérêt l'exige.

2. Eu égard notamment à l'âge et à la maturité de l'enfant, celui-ci sera consulté et, le cas échéant, son consentement obtenu sur les mesures à prendre conformément au présent article ». En revanche, la reconnaissance d'une adoption prononcée dans l'État d'origine est nécessairement immédiate et indivisible.

---

<sup>751</sup> Cf. *Infra* n° 449 et s.

<sup>752</sup> A. BUCHER, « La nouvelle convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. du drt de tutelle*, 1994.97.

329. De plus, l'article 24 dispose que « la reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un État contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant ». La régularité internationale d'une adoption n'est donc subordonnée qu'à la seule condition de sa conformité à l'ordre public de l'État requis. Selon une qualification classique de l'exception d'ordre public dans les Conventions de La Haye, seule une contrariété manifeste de l'adoption à l'ordre public de l'État requis justifie un refus de reconnaissance<sup>753</sup>. Cela se fera dans l'optique de respecter l'intérêt supérieur de l'enfant qui pourrait éventuellement atténuer l'effet de l'ordre public.

330. L'article 39-2 de la Convention prévoit une marge de manœuvre supplémentaire pour les États. Il dispose que « tout État contractant pourra conclure avec un ou plusieurs autres États contractants des accords en vue de favoriser l'application de la Convention dans leurs rapports réciproques. Ces accords ne pourront déroger qu'aux dispositions des articles 14 à 16 et 18 à 21. Les États qui auront conclu de tels accords en transmettront une copie au dépositaire de la Convention ». Ainsi, les États contractants sont autorisés à conclure entre eux des accords particuliers qui peuvent déroger à certaines conditions procédurales de l'adoption. Les adoptions faites en conformité de ces accords sont couvertes par la Convention et bénéficient en principe de ses dispositions relatives à la reconnaissance. Cependant, les autres États contractants non parties à un accord dérogatoire peuvent être estimés ne pas être tenus d'appliquer le régime conventionnel de reconnaissance à des adoptions faites conformément à cet accord dérogatoire.

## **II. L'APPLICATION DE LA CONVENTION EN DROIT INTERNE**

331. La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, entrée en vigueur en France le 1er octobre 1998, ne contient ni règles de conflits de lois ni règles de conflits de

---

<sup>753</sup> N. MEYER-FABRE, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *op. cit.*

juridictions<sup>754</sup>. La détermination des juridictions compétentes est donc à la charge des États. En France, les dispositions sont prévues à l'article 1166 du Code de procédure civile (A), les États-Unis en revanche ont une approche différente de la Convention (B).

## A. LA QUESTION DE LA JURIDICTION COMPÉTENTE EN MATIÈRE D'ADOPTION INTERNATIONALE EN FRANCE

332. Pour déterminer la juridiction compétente, il faut définir si l'une des parties est française ou si elles sont toutes étrangères. En règle générale, les adoptants sont français et les adoptés étrangers. Selon les articles 14 et 15 du Code civil, les tribunaux français sont compétents dès lors que les adoptants ou l'enfant sont de nationalité française<sup>755</sup>. Depuis l'arrêt *Cognacs and Brandies from France*<sup>756</sup>, les articles 14 et 15 du Code civil<sup>757</sup> ne s'appliquent que lorsqu'aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'a été réalisé en France.

En matière d'adoption interne comme internationale l'article 1166 du Code de procédure civile prévoit que « le tribunal compétent est :

- le tribunal du lieu où demeure le requérant lorsque celui-ci demeure en France ;
- le tribunal du lieu où demeure le requérant lorsque celui-ci demeure en France ;
- le tribunal choisi en France par le requérant lorsque celui-ci et la personne dont l'adoption est demandée demeurent à l'étranger ». Ce sont généralement des adoptants français qui souhaitent adopter un enfant étranger. Si l'adopté est français et les adoptants étrangers, alors les juridictions françaises ne sont pas compétentes du seul fait d'une simple habitation<sup>758</sup>. En outre, seul un requérant français résidant à l'étranger ou un

---

<sup>754</sup> V. rendu en application de cette convention : Civ. 1re, 18 mai 2005, n° 02-21.075, *JDI* 2006. 162, F. JAULT-SESEKE qui suggère qu'il serait peut-être opportun de dénier la compétence des juges du pays d'origine pour ce qui concerne le « suivi » de l'adoption, spéc. p. 169.

<sup>755</sup> Paris, 11 juill. 1975, *D.* 1976. 682, note E. POISSON-DROCOURT, *Rev. crit. DIP* 1976. 695, note FOYER ; V. Rép. min. n° 34632, *JO Sénat* 20 août 1980, *Rev. crit. DIP* 1980. 885

<sup>756</sup> Civ. 1re, 19 nov. 1985, *op. cit.*, n° 68, p. 539 et s., obs. ANCEL et Y. LEQUETTE.

<sup>757</sup> Cf. *Infra* n° 336 et s.

<sup>758</sup> Article 1166 du Code civil.

étranger souhaitant adopter un Français peut saisir une juridiction française, même si les deux parties ont leur résidence habituelle à l'étranger. La Cour de cassation<sup>759</sup> a en effet jugé que le requérant « peut valablement saisir le tribunal français qu'il choisit en raison d'un lien de rattachement de l'instance au territoire français ou, à défaut, selon les exigences d'une bonne administration de la justice ». Si aucune des parties n'est française ni domiciliée en France, le tribunal français saisi doit se déclarer incompétent. L'adoption ne pourra donc être prononcée que par une autorité étrangère.

La loi n°2009-526 du 12 mai 2009<sup>760</sup>, entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2010, a permis d'insérer l'article L. 211-13 au Code de l'organisation judiciaire, selon lequel « des tribunaux de grande instance spécialement désignés connaissent des actions aux fins d'adoption ainsi que des actions aux fins de reconnaissance des jugements d'adoption rendus à l'étranger, lorsque l'enfant résidant habituellement à l'étranger a été, ou doit être déplacé vers la France »<sup>761</sup>.

Sont donc généralement considéré comme compétents, les tribunaux du domicile des parents adoptifs, ainsi que ceux du domicile de l'enfant à adopter.

## B. UNE APPROCHE DIFFERENTE ENTRE LES ÉTATS MEMBRES : L'EXEMPLE DES ÉTATS-UNIS

333. La Convention se limite à la mise en place de règles matérielles de fond, ce qui explique que les États aient une marge dans la mise en œuvre de la Convention.

Ainsi, aux États-Unis, il a fallu attendre l'*Intercountry Adoption Act* (2000) pour que les mécanismes de la Convention soient mis en place grâce à l'adoption des articles

---

<sup>759</sup> Civ. 1re, 13 juin 1978, *Rev. crit. DIP* 1978. 722, note AUDIT ; *JDI* 1979. 141, obs. KAHN ; AUDIT, *op. cit.*, p. 321, n° 357.

<sup>760</sup> *JO* 13 mai 2009.

<sup>761</sup> V. la proposition n° 13 du Rapport GUINCHARD ; *D.* 2009. Act. légis. 1332.

Trente-sept tribunaux ont été désignés par un décret n° 2009-1221 du 12 octobre 2009 (*JO* 14 oct., *D.* 2009. AJ 2415. Sur cet article voir également : C. BLERY, *Procédures 2009. Focus 38* (organisation judiciaire du contentieux familial) ; M. BRUGGEMAN, *Dr. fam.* 2009. *Alerte* 78.

42 U.S.C.A. § 14951 et suivants<sup>762</sup>. Les États-Unis ont adopté l'article 26 de la Convention dans l'*United States Code* à l'article 42 U.S.C.A. § 14951.

334. Le Département d'État américain est l'autorité centrale prévue par la Convention pour les États-Unis. Les règles spéciales du droit de l'immigration concernant les enfants adoptés sont évidemment compétents le cas échéant<sup>763</sup>.

Par principe, une adoption reconnue par le tribunal compétent, et qui répond à toutes les contraintes légales, sera normalement reconnue dans un autre État. Ce raisonnement peut se fonder sur la clause de « *full faith and credit* » de la Constitution<sup>764</sup>. Une telle reconnaissance ne peut avoir lieu que si les parties justifient de liens étroits avec le tribunal ayant prononcé le jugement. Ainsi, ne sera pas reconnue par la justice américaine l'adoption d'un enfant originaire de l'État de New York, par un couple également originaire de cet État, mais ayant fait appel à une juridiction étrangère, comme par exemple un tribunal mexicain, pour prononcer l'adoption<sup>765</sup>.

La reconnaissance d'une adoption approuvée dans un autre pays sera également refusée en cas de violation de l'ordre public, et en cas de mépris de la notion de « *the best interest of the child* »<sup>766</sup>.

Cependant, la loi américaine prévoit quelques exceptions aux mécanismes de la Convention de la Haye. L'*Intercountry Adoption Act* établit, en accord avec la Convention de la Haye, des procédures différentes pour faciliter l'adoption d'un enfant par des membres de sa famille. En effet, le Ministre des affaires étrangères peut établir par arrêté - « *regulation* » - des conditions spéciales pour l'adoption internationale par des membres de la famille de l'enfant adopté<sup>767</sup>. La loi américaine prévoit également que le Ministre des affaires étrangères peut au cas par cas supprimer certaines conditions

---

<sup>762</sup> K. O'KEEFE « The Intercountry Adoption Act of 2000: The United States' Ratification of the Hague Convention on the Protection of Children, and its Meager Effect on International Adoption », *The Vanderbilt University Law School Vanderbilt Journal of Transnational Law*, November, 2007 40 Vand. J. Transnat'l L. 1611.

<sup>763</sup> V. 8 U.S.C. § 1101(b)(1).

<sup>764</sup> Voir "*Finstuen v. Crutcher*", 496 F.3d 1139, 10th Cir. 2007.

Par exemple, une adoption par un couple homosexuel reconnu dans un État, le sera de droit dans un autre, quand bien même ce dernier ne légalise pas une telle adoption.

<sup>765</sup> *Barry E. v. Ingraham*, 43 N.Y.2d 87, 371 N.E.2d 492 (1977).

<sup>766</sup> V. l'arrêt cité et *Doulgeris v. Bambacus*, 203 VA 670, 127 S.E.2d 145 (1962).

<sup>767</sup> 42 U.S.C. § 14952 (a)

prévues par la Convention de la Haye pour protéger l'enfant de grandes souffrances physiques<sup>768</sup>.

335. Malgré les tentatives d'uniformisation des systèmes nationaux d'adoption, les obstacles administratifs sont encore nombreux. En effet, bien que ces deux États soient signataires de la même Convention, ils restent libres de l'intégrer dans leur droit interne sous la forme qu'ils souhaitent. Cette méthode serait donc parfaite en alternative au désir d'indépendance de certains pays concernant les conventions de maternité pour autrui, tout en permettant une harmonisation des règles dans la sphère internationale.

---

<sup>768</sup> 42 U.S.C. 14952 (b)(1)

## **CONCLUSION DE SECTION 2**

336. Le respect de la procédure prévue par la Convention de La Haye permet à la décision d'adoption de bénéficier d'une reconnaissance de plein droit dans l'État d'accueil. Cette présomption permet d'assurer une stabilité au statut de l'enfant, ainsi qu'une homogénéité entre les adoptions dans le pays d'accueil.

337. Cependant, la Convention laisse une grande liberté aux États quant à la détermination de la juridiction compétente en cas de litige. Si la France a codifié ces règles à l'article 1166 du Code civil, les États-Unis ont pris d'avantage de libertés par rapport à la Convention. Cette latitude laissée aux États est sans aucun doute l'une des raisons de la réussite de la Convention et de son succès auprès des États.

# CONCLUSION DE CHAPITRE 1

338. La Convention prévoit une coopération à plusieurs niveaux. Au niveau international entre les Autorités centrales, ainsi qu'entre les autres autorités publiques et les organismes agréés exerçant les fonctions des Autorités centrales et au niveau national entre les autorités et les agences concernant les procédures de la Convention.

La Convention de La Haye de 1993 organise également une coopération entre les États eux-mêmes. Elle n'a pas pour vocation d'harmoniser les règles de conflits de lois, mais de prévoir des règles afin que les États séparément et concurremment organisent la procédure d'adoption internationale.

Une fois l'adoption prononcée dans le pays d'origine, elle a une reconnaissance *de plano* et quasi-automatique dans le pays d'accueil, ce qui assure une stabilité juridique au statut de l'adoption.

En cas de litige, les règles de compétences des juridictions sont du ressort des États, témoin de la liberté laissée aux États dans l'exécution de la Convention.



# CHAPITRE 2. LA MATERNITE POUR AUTRUI, UNE APPROCHE CONTRACTUELLE

339. Les questions d'état et de capacité des personnes sont de la compétence du droit interne. En effet, comme le notait le professeur Lagarde, il semble que les règles de conflit du droit international privé soient inefficaces en la matière : « quand il y a des contradictions philosophiques aussi grandes, je ne vois pas très bien ce que le droit international privé avec ses gros sabots pourrait faire, en essayant de coordonner des législations qui n'ont rien à faire les unes avec les autres. [...] J'ai l'impression que si l'on arrivait à se mettre d'accord sur un rattachement, sur une loi, ce rattachement serait tout de suite contrebalancé par l'ordre public ou par des lois de police de toute nature. Les oppositions sont trop grandes [...] »<sup>769</sup>.

La Conférence de La Haye dans sa Convention sur l'adoption a d'ailleurs privilégié la coopération en États à l'élaboration de règles de conflits. Mais à la différence de l'adoption, les accords de maternité pour autrui sont des contrats. L'aspect contractuel doit donc être pris en compte, sans pour autant supplanter le caractère familial de ces accords. Pour l'instant aucune réglementation internationale n'est mise en œuvre afin d'encadrer cette pratique. Cependant l'élaboration d'un instrument international semble une nécessité au regard de l'internationalisation du recours aux mères porteuses et de ses dérivés.

340. Cet instrument doit prendre en compte l'aspect familial mais aussi contractuel des accords de maternité pour autrui afin d'organiser les règles de conflits de loi (Section 1), ainsi que la juridiction compétente (Section 2).

---

<sup>769</sup>P. LAGARDE, *Travaux Comité fr. DIP*, 2000-2002, p. 73.

# **SECTION 1. LA DETERMINATION DE LA LOI**

## **APPLICABLE PAR UNE CONVENTION**

### **INTERNATIONALE**

341. Le contrat de maternité pour autrui est un contrat d'entreprise. Lorsqu'il est conclu entre deux ressortissants d'un même État, le choix de la loi applicable ne pose aucun problème. En matière contractuelle le principe est la loi d'autonomie et à défaut de choix des parties le juge applique les règles du droit des contrats du pays dont ils sont issus. En revanche, lorsque l'accord devient international, la question de la loi applicable est soulevée, d'autant plus qu'il s'agit de contrats portant sur les filiations. Il semble donc difficilement concevable que la détermination de loi applicable au contrat soit laissée au choix des parties. La solution serait alors de déterminer la loi applicable sur le fondement de l'objet du contrat ou du lieu de conclusion du contrat.

342. Pour autant, les règles de conflits de lois ne semblent pas les plus adaptées pour régler ce problème. Si le choix de la *lex contractus* semble favorable aux co-contractants, dans la mesure où ils se sont rendus dans cet État pour échapper à l'interdiction ou les restrictions imposées par la législation de leur pays ; la détermination de la loi applicable au contrat est plus aléatoire, selon qu'il s'agit de la loi du statut réel ou celle du statut personnel. Selon le choix la règle de conflit sera plus ou moins respectueuse de la législation du pays qui va recevoir la filiation.

Finalement, l'adoption d'une convention internationale contraignante semble être la solution la plus adéquate. Cette dernière pourrait s'inspirer des conventions précédemment adoptées en matière des contrats mais aussi d'état et de capacité des personnes qui sont les deux aspects des accords de maternité pour autrui.

343. À défaut de l'application aux accords de maternité pour autrui de conventions internationales déjà existantes en matière d'état et de capacité des personnes ou de contrats internationaux, ces textes peuvent servir d'inspiration à l'élaboration d'une convention contraignante spécifiquement élaborée pour régler les litiges en matière de

maternité de substitution. La détermination de la loi applicable peut également se faire par application des règles de conflits du droit international privé.

344. Ainsi après avoir vérifié qu'aucune convention internationale ne s'applique à la détermination de la loi applicable aux accords de maternité pour autrui (I), il faut étudier les règles de conflit du droit international français (II).

# **I. LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE INSPIREE** **PAR LES CONVENTIONS INTERNATIONALES** **EXISTANTES**

345. Il s'agit ici d'étudier si les contrats de maternité pour autrui peuvent entrer dans le champs d'application d'une convention déjà existantes, et à défaut de s'inspirer de ces textes en vue de l'élaboration d'une convention internationale contraignante portant exclusivement sur les accords de maternité pour autrui.

Les conventions de gestation pour autrui ont deux aspects : un premier contractuel et un second qui porte sur le droit de la famille. Il est donc intéressant d'étudier les conventions portant non seulement sur les contrats, mais aussi celles portant sur l'état et la capacité des personnes.

346. La dualité des accords de maternité pour autrui qui sont contractuels par leur forme mais dont le fond porte sur l'établissement d'une filiation, permet de rechercher la loi applicable sur le fondement des conventions internationales portant aussi bien sur les contrats internationaux (A) que sur l'état et la capacité des personnes (B).

## **A. LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE SUR LE FONDEMENT DES** **CONVENTIONS INTERNATIONALES EXISTANTES PORTANT SUR LES** **CONTRATS INTERNATIONAUX**

347. Afin de déterminer la loi applicable au contrat, il est important de distinguer deux types de contrats qui se retrouvent dans le cadre des filiations électives. Qu'il s'agisse de l'adoption internationale, ou des conventions de maternité pour autrui, les futurs parents intentionnels peuvent décider de faire appel à un intermédiaire pour faciliter leurs recherches. Or, tandis que le rôle des intermédiaires est encadré dans l'adoption internationale, il ne l'est quasiment pas concernant la maternité de substitution. Si certains États, tels que les États-Unis, la Grande-Bretagne ou les Pays-Bas règlementent la profession d'intermédiaire dans leur droit interne, sur le plan international

aucune mesure n'a été adoptée.

348. Pour les contrats de maternité de substitution conclus sans intermédiaire, la Convention de La Haye de 1955 sur la vente d'objets mobiliers corporels pourrait également être source d'inspiration (1). Pour autant, des conventions internationales portant sur les accords internationaux conclus avec l'aide d'un intermédiaire ont été adoptées et peuvent être appliquées aux conventions de maternité pour autrui afin de déterminer la loi applicable (2), de même que Le Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit *Rome I* (3) ou le projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux (4).

1. *Le recours à la Convention de La Haye de 1955 dans l'hypothèse d'une qualification des filiations électives en vente d'objets mobiliers corporels*

349. Le champ d'application de la Convention est prévu dans l'article premier de la Convention, ainsi « la présente Convention est applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

Elle ne s'applique pas aux ventes de titres, aux ventes de navires et de bateaux ou d'aéronefs enregistrés, aux ventes par autorité de justice ou sur saisie. Elle s'applique aux ventes sur documents. Pour son application sont assimilés aux ventes les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières premières nécessaires à la fabrication ou à la production.

La seule déclaration des parties, relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international au sens de l'alinéa premier du présent article ». Les accords de maternité pour autrui n'entrent donc pas dans le champ d'application de cette Convention. Cependant, peut-elle servir d'inspiration à l'élaboration d'une convention internationale portant sur la maternité pour autrui ?

350. L'article 2 de la Convention dispose que « la vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes ». La vente est donc régie par la loi du pays désignée par les parties contractantes.

Il exclut le recours à un droit de source non étatique tel que les usages du commerce international, les principes généralement reconnus en matière de contrats internationaux ou la *lex mercatoria*. Il est toutefois possible, après avoir déterminé la loi nationale objectivement compétente selon la Convention, de donner effet à la volonté des parties dans la mesure où cette loi ne contient pas de disposition internationalement impérative, ou loi de police.

L'article 2 ne fixe aucune limite à la liberté de choix des parties. Ces dernières ne sont pas obligées de choisir une loi ayant un rattachement déterminé ou simplement un lien avec le contrat. La Convention ne pose aucune condition de légitimité ou de bonne foi. L'absence de contrainte dans le choix de la loi, bien que très favorable aux parties, ne semble pas appropriée dans un contrat de maternité pour autrui. Il est important que les parties contractantes respectent les conditions imposées par l'État dans lequel la situation juridique évoluera.

351. L'article 3 dispose dans ses alinéas 1 et 2 qu'« à défaut de loi déclarée applicable par les parties, dans les conditions prévues à l'article précédent, la vente est régie par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande. Si la commande est reçue par un établissement du vendeur, la vente est régie par la loi interne du pays où est situé cet établissement.

Toutefois, la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur ». La Convention soumet la vente à la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat<sup>770</sup>. Elle désigne par exception la loi du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue par le vendeur<sup>771</sup>.

---

<sup>770</sup> Civ. 1re, 18 déc. 1990, n° 89-12.177, *D.* 1991. IR 14 ; 11 avr. 1995, n° 93-12.538, *D.* 1995. IR 127 ; Lyon, 28 févr. 1979, *D.* 1980. IR 330, obs. AUDIT ; *JDI* 1980. 104, note KAHN ; T. com. Paris, 27 nov. 1968, *JDI* 1970. 328, note DAYANT ; *Rev. crit. DIP* 1969. 700, note KAHN.

<sup>771</sup> Civ. 1re, 18 oct. 1989, *Bull. civ. I*, n°322 ; *Rev. crit. DIP* 1990. 712, note FOYER ; *JDI* 1990.415, 2° esp., note KAHN : pièces d'un silo de dessiccation de fourrages ; Paris, 22 avr. 1992, cité in WITZ, Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations unies du 11 avr. 1980), 1995, *LGDJ*, Annexe II ; Paris, 21 sept. 1995, *D.* 1996. Somm. 168, obs. AUDIT ; *JDI* 1996. 683, note KAHN ; Versailles, 13 oct. 2005, *D.* 2007. Pan. 534, obs. WITZ ; TGI

Par principe c'est donc la loi du vendeur qui s'applique. Appliqué à un contrat de maternité pour autrui, c'est donc la loi de la mère porteuse si le contrat est réalisé sans intermédiaire, ou la loi de l'intermédiaire s'il y en a un, qui est applicable.

Si l'article 2 n'interdit pas aux parties de choisir une autre loi que celle du vendeur, il est peu probable que les parties optent pour une loi qui leur est défavorable. Ainsi, dans une convention qui lie un couple français avec un co-contractant, mère porteuse ou intermédiaire étranger, les parties ne choisiront pas la loi française qui entraînerait la nullité du contrat, ou même une loi défavorable. En droit français, pour les contrats portant sur des enfants, c'est-à-dire dans le cadre d'une adoption internationale ou d'une maternité de substitution, la licéité devrait être appréciée à défaut de convention spécifique, au regard des articles 1128 et 1131 du Code civil relatifs à l'objet et à la cause de l'obligation. L'application de cette loi entraînera donc la nullité absolue du contrat.

La Convention laisse une grande liberté aux parties, qui peuvent ainsi écarter la loi du lieu de leur résidence trop défavorable. Le problème c'est qu'un tel raisonnement permet aux couples de créer des situations contractuelles contraire aux lois de leur pays, comme c'est le cas actuellement avec les contrats de maternité pour autrui en France.

352. Sur le point de savoir si les filiations électives peuvent entrer dans le champ d'application de la convention, la Convention ne donne pas de définition de la notion d'« objets mobiliers corporels ». Il est toutefois acquis universellement que le contrat de vente implique un transfert de propriété contre un prix.

Or, dans le cadre d'une maternité pour autrui la contrepartie représentée par la somme d'argent fait controverse. Tandis que certains n'y voient qu'une indemnité aux services rendus par la mère porteuse, ou même qu'un salaire, une autre partie de la doctrine assimile l'argent perçu par la mère porteuse comme une contrepartie à l'enfant lui-même. S'en déduit alors une logique purement commerciale. En effet ces deux analyses sont peut-être justes, puisque s'il ne peut y avoir juridiquement une vente, économiquement c'est bien de cela qu'il s'agit. Pour autant l'enfant n'est pas assimilable à un objet mobilier corporel.

Concernant l'aspect international, le simple fait que les parties déclarent que le contrat est international, au juge ou à l'arbitre compétent, ne suffit pas à lui conférer ce

---

Dunkerque, 19 févr. 1986, *JDI* 1986. 713, note KAHN ; V. égal. Sent. CCI, aff. n° 1717, 1972, *JDI* 1974. 890, obs. DERAIS, la Convention de La Haye est invoquée à titre d'argument.

caractère<sup>772</sup>. La jurisprudence se prononce au cas par cas en fonction de l'intérêt en cause. Une vente sera considérée comme internationale parce qu'elle a « pour effet de réaliser au-delà des frontières un flux de marchandises et un reflux de valeurs »<sup>773</sup>. Les conventions de maternité pour autrui internationales ont pour cause de faire naître un enfant pour ensuite le transférer dans un autre pays où vit sa famille intentionnelle. Or, l'enfant ne peut pas être assimilé à une marchandise qui serait transférée d'un État à l'autre. Sur ce point la Convention n'est donc pas applicable.

353. En conclusion, la Convention de La Haye de 1955 n'est donc pas applicable aux accords de maternité pour autrui.

## 2. La Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation

354. La Convention sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation a été conclue le 14 mars 1978 à La Haye. Si les États-Unis ne l'ont pas ratifiée, elle est entrée en vigueur le 1er mai 1992 en France. Ses dispositions déterminent la loi applicable aux relations internationales qui se forment lorsqu'une personne, l'intermédiaire, a le pouvoir « d'agir, agit ou prétend agir avec un tiers, pour le compte d'une autre personne, le représenté »<sup>774</sup>.

355. La Convention délimite, dans son article 2, tous les domaines pour lesquels elle n'a pas vocation à s'appliquer. Il s'agit de la capacité des parties, la forme des actes, la représentation légale dans le droit de la famille, la représentation en vertu d'une décision d'une autorité judiciaire ou administrative, la représentation liée à une procédure de caractère judiciaire et à la représentation par le capitaine de navire agissant dans l'exercice de ses fonctions.

Elle a, en revanche, vocation à s'appliquer aux relations entre le représenté et l'intermédiaire, ainsi qu'aux rapports entre l'intermédiaire et le tiers.

---

<sup>772</sup> Voir article 1<sup>er</sup>, alinéa 4.

<sup>773</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1964, *JDI* 1965. 120, note B. G. Mais V. Com. 27 avr. 1964, *JDI* 1964. 819, note DAYANT, condamnant ce critère au profit de la recherche de l'« incidence de la réglementation des changes sur la validité du contrat ».

<sup>774</sup> Voir article 1<sup>er</sup>.

Selon l'article premier de la Convention il y a un rapport d'intermédiaire lorsque l'intermédiaire a ou n'a pas le pouvoir d'engager le principal ; lorsque l'intermédiaire agit ou non en son nom propre, révélant ou non l'identité du représenté ; ou lorsque la représentation est salariée ou non, occasionnelle ou habituelle. De plus, l'article 1<sup>er</sup> dispose que la Convention s'applique aux relations « à caractère international ». Battifol expliquait qu'un contrat « a un caractère international quand, par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plus d'un système juridique »<sup>775</sup>. Cependant, c'est la notion de « lien avec plus d'un système juridique » qui est déterminante pour déterminer l'internationalité du contrat.

356. Eu égard aux dispositions du texte il est possible de se demander si cette Convention est applicable aux accords de maternité pour autrui ?

Dans cette filiation, le recours à un intermédiaire permet aux parents intentionnels de trouver une mère porteuse, et parfois même une donneuse d'ovule, dans un pays où la législation est plus souple. Le critère international est respecté pour les conventions conclues entre un couple originaire d'un pays donné et une mère porteuse étrangère.

La Convention de La Haye de 1978 n'exclut pas de son champ d'application les conventions qui portent sur le corps humain, sans doute parce qu'à l'époque de l'adoption du texte les problèmes liés aux mères porteuses étaient inenvisageables. Ainsi, pour les couples qui ont recours à un intermédiaire, ce texte peut être une base afin de déterminer la loi applicable au contrat.

357. En outre, cette Convention a également vocation à s'appliquer aux relations entre l'intermédiaire et les tiers. Elle détermine la loi applicable à la question de l'engagement du représenté envers ce tiers, du fait de l'activité de l'intermédiaire, notamment en cas de dépassement ou d'abus de pouvoirs de ce dernier. En effet, la pratique démontre que certains intermédiaires pratiquent des méthodes tendant parfois vers l'illégalité, comme l'eugénisme<sup>776</sup>, afin de satisfaire au mieux le client. Si l'on peut envisager que, dans certains cas, le couple intentionnel approuve ces méthodes, on peut imaginer également l'hypothèse où ils ne sont pas tenus au courant des méthodes utilisées à quelques milliers de kilomètres d'eux. La Convention de La Haye prévoit les conditions

---

<sup>775</sup> V. *Rép. internat* 1<sup>re</sup> éd., *Contrats et conventions*, n° 9.

<sup>776</sup> Cf. *Supra* n°192.

d'engagement de la responsabilité à laquelle le couple intentionnel serait alors tenu en fonction des traitements subis par la mère porteuse.

358. La détermination de la loi applicable aux relations entre le représenté et l'intermédiaire ne soulève pas de difficultés. Issue d'un contrat, la relation est soumise à la loi choisie par les parties<sup>777</sup> ou, à une loi avec laquelle le contrat présente des liens étroits. Ainsi, à défaut de choix de la part des parties, la Convention retient la loi du pays dans lequel est situé l'établissement professionnel<sup>778</sup> ou la résidence habituelle de l'intermédiaire au moment de la conclusion du contrat. Or, lorsque l'intermédiaire n'est pas un professionnel ou qu'il a plusieurs établissements professionnels, le critère de la résidence habituelle ne permet pas de déterminer le pays avec lequel le rapport de représentation présente un lien le plus étroit. La Convention de la Haye dans son article 6 alinéa 2 prévoit alors dans une dérogation au rattachement principal de la résidence habituelle de l'intermédiaire et désigne « la loi interne de l'État dans lequel l'intermédiaire doit exercer à titre principal son activité [...] si le représenté a son établissement professionnel ou, à défaut, sa résidence habituelle dans cet État ».

Aucune limite n'est fixée dans l'applicabilité de la Convention, à l'exception des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> qui énonce que la Convention s'applique aux relations ayant un caractère international. Le juge peut refuser d'appliquer la convention, ce qui revient à refuser d'appliquer la loi choisie lorsque l'élément d'extranéité n'est pas honnête, voire absent<sup>779</sup>. Sur ce fondement, le juge pourra probablement décider que dans le cadre des maternités pour autrui l'élément d'extranéité n'est pas toujours honnête. En effet, les couples se rendent à l'étranger dans l'unique but de faire appel à une mère porteuse, ce qui est interdit en France. La démarche ne se justifie que pour éviter l'interdiction imposée par le pays d'origine, et n'est pas de bonne foi. Cependant, si l'intermédiaire est établi dans un pays étranger la condition d'internationalité est malgré tout remplie.

359. Les règles de rattachement prévues par la Convention s'appliquent même

---

<sup>777</sup> Article 5 de la Convention.

<sup>778</sup> En cas de pluralité d'établissements professionnels, l'article 6 précise qu'il sera retenu celui avec lequel le rapport de représentation a le plus lien le plus étroit.

<sup>779</sup> P. LAGARDE, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation », *Rev. crit. DIP* 1978. 31 et s., spéc. p. 34 ; *contra* : R. DE QUEUNAUDON, « Les intermédiaires de commerce dans les relations internationales », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 565-A 10, p. 4 et s., qui opère, au sein de la Convention de La Haye de 1978, une distinction entre les contrats d'intermédiaires et la représentation volontaire.

lorsque la création du rapport de représentation n'est pas l'objet exclusif du contrat<sup>780</sup>. Ainsi, comme l'explique Monsieur le professeur Lagarde<sup>781</sup>, même lorsque la création du rapport de représentation n'est pas l'objet exclusif du contrat conclu entre le représenté et l'intermédiaire, la Convention a prévu que ces règles de rattachement s'appliquent. Dans le cadre du contrat de maternité pour autrui, la Convention peut donc s'appliquer dans l'hypothèse où l'intermédiaire a la faculté d'acheter l'ovule pour le compte du couple commanditaire, alors que sa représentation originelle a pour vocation de mettre le couple intentionnel en relation avec une mère porteuse.

Dans les cas où la donneuse et la mère porteuse ne seraient pas issues du même pays, la Convention trouve également à s'appliquer. La relation mandant mandataire ne change pas et ne doit pas être influencée par la conclusion de contrat entre le mandant et un tiers qui se trouve dans un autre État, quand bien même ce contrat est accessoire à l'objet de la Convention initialement conclue entre l'intermédiaire et son client. En effet, Monsieur Lagarde<sup>782</sup> explique que « lorsqu'il s'agit des intermédiaires professionnels agissant dans plusieurs pays pour le compte d'un même mandat, on conçoit aisément que les relations internes demeurent soumises à une même loi, tandis que les relations entre le représenté et le tiers, découlant de l'exercice par l'intermédiaire de ses pouvoirs de représentation, peuvent légitimement obéir à des lois différentes selon le lieu de conclusion de ces contrats et le lieu de l'établissement des tiers contractants ».

360. La loi applicable dans un contrat d'intermédiaire est donc celle de l'intermédiaire ou celle choisie par les parties. Le problème étant que les parties ne sont pas obligées de suivre la législation de la résidence ou de la nationalité des demandeurs, ce qui contribue à créer, voire imposer, des situations illégales dans l'État d'accueil, mais conformes à la loi d'un autre.

En ce qui concerne la relation entre l'intermédiaire et un tiers, la Convention retient la compétence de principe de la loi de l'État dans lequel l'intermédiaire avait son établissement professionnel au moment où il a agi, mais exige que ce critère soit corroboré par un autre rattachement : la loi de l'État dans lequel l'intermédiaire a agi, lorsque cet État est aussi celui de l'établissement professionnel du représenté et que

---

<sup>780</sup> Article 7 de la convention.

<sup>781</sup> P. Lagarde, « La convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation », *op. cit.*

<sup>782</sup> P. LAGARDE, *Ibid.*

l'intermédiaire a agi au nom du représenté ou celui de l'établissement du tiers, ou encore lorsque l'intermédiaire n'a pas d'établissement professionnel.

Il s'agit ici de l'hypothèse dans laquelle un couple fait appel à un intermédiaire pour trouver une mère porteuse, ou un enfant s'il s'agit d'une adoption internationale. En matière d'adoption internationale, la pratique est encadrée par la Convention de La Haye de 1993, tandis qu'en ce qui concerne la maternité pour autrui, il n'y a aucun encadrement international. La règle de détermination de la loi applicable aux accords de maternité pour autrui peut être inspirée de la Convention de 1978 pour les contrats conclus avec un intermédiaire.

Ainsi, un couple français qui aurait recours à un intermédiaire pour le mettre en relation avec une mère porteuse étrangère serait soumis, soit à la loi choisies par les parties, on peut alors penser qu'il s'agira de la loi où l'intermédiaire exerce son activité, soit, à une loi avec laquelle le contrat présente des liens étroits, comme son lieu de conclusion ou le lieu d'exécution de la prestation. Ces mesures sont bien moins protectrices de l'intérêt du couple intentionnel que dans le cadre d'une adoption internationale.

### 3. Le Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit Rome I<sup>783</sup>

361. Il semble qu'aucune des conventions précédemment étudiées ne s'appliquent directement aux accords de maternité pour autrui. Or dans l'hypothèse où aucune convention ne s'applique aux contrats internationaux, ils relèvent de la compétence du Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit *Rome I*. Ce dernier favorise l'autonomie de la volonté des parties<sup>784</sup> ce qui pose également des difficultés concernant les principes que l'État souhaite protéger.

362. Si la relation née de la convention de maternité de substitution est assimilable à une prestation de service, comme un contrat d'entreprise, la question de l'applicabilité du Règlement *Rome I* semble pertinente. C'est alors l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, b) qui en pose les modalités. « Le contrat de prestation de services est régi par la loi

---

<sup>783</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

<sup>784</sup> *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, sous la direction de S. CORNELOUP et N. JOUBERT, LexisNexis Litec, 2011, volume 35.

du pays dans lequel le prestataire de service a sa résidence habituelle ». Le prestataire est considéré comme le débiteur de la prestation caractéristique. En ce qui concerne cette prestation, le règlement s'applique aux obligations contractuelles relevant des matières civile et commerciale. Toutefois, son champ d'application est limité par l'article 2 qui exclut notamment les obligations relatives à l'état et à la capacité juridique des personnes physiques, aux relations familiales et aux régimes matrimoniaux.

On comprend rapidement qu'en matière de filiations électives, les parties ne peuvent faire jouer les dispositions du Règlement *Rome I* qui exclut de son champ d'application les relations familiales. En outre, la liberté accordée aux contractants quant au choix de la loi applicable est dangereuse transposée aux accords de maternité de substitution.

#### 4. *Le projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux*

363. L'arrangement de maternité pour autrui se matérialise sous la forme d'un contrat, à caractère international lorsque les parties sont originaires de pays différents. La nature de cette relation permet d'envisager, maintenant, une éventuelle application du projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux.

364. Ce texte s'applique au choix de la loi applicable dans les contrats internationaux, lorsque chaque partie agit dans l'exercice de son commerce ou de sa profession. Il est prévu qu'« un contrat est jugé international, sauf si les parties ont leur établissement dans le même État et la relation des parties et les autres éléments pertinents, quelle que soit la loi choisie, sont liés uniquement à cet État ». Sont exclus du champ d'application de la Convention, « la loi régissant la capacité des personnes physiques, les accords d'arbitrage et les accords d'élection de for, les sociétés ou autres groupements et les trusts, les procédures d'insolvabilité, les effets patrimoniaux des contrats ; et la question de savoir si un représentant peut engager, envers les tiers, la personne pour le compte de laquelle il prétend agir ».

Le Projet laisse une grande liberté aux parties dans le choix de la loi. En effet, l'article 2 dispose que le contrat est régi par la loi choisie par les parties, la Conférence abandonne ici le lien géographique qu'elle retenait jusqu'à présent dans ses autres

conventions<sup>785</sup>. Ces dernières peuvent choisir la loi applicable à la totalité ou à une partie du contrat et différentes lois pour différentes parties du contrat. Ce choix peut être fait ou modifié à n'importe quel moment de la relation contractuelle. L'article précise qu'aucun lien n'est requis entre la loi choisie et les parties ou leur opération.

Il ne semble donc pas approprié d'appliquer ce projet de Principes aux contrats de mères porteuses. Si sur le plan juridique rien ne semble l'empêcher, ce projet n'excluant pas de régir ce type de rapport, c'est en revanche sur la liberté laissée aux parties dans le choix de la loi applicable que son application est discutable. Si l'on calque les dispositions de ces Principes aux contrats de maternité de substitution, les parties pourraient choisir la loi qu'ils souhaitent appliquer au contrat. Or, la réalité de la relation mère porteuse - couple commanditaire veut que le rapport de force soit généralement en faveur du couple intentionnel. Dans le cadre des maternités de substitution internationales les parents se tournent vers l'étranger car les conditions sont plus souples que dans leur pays d'origine. Avec le recours à ce texte, ces derniers pourraient être amenés à imposer la loi applicable au contrat à la mère porteuse qui n'aurait alors plus aucun droit.

## B. LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE SUR LE FONDEMENT DES CONVENTIONS INTERNATIONALES EXISTANTES PORTANT SUR LE DROIT DE LA FAMILLE

365. Les accords de maternité pour autrui ont vocation à créer *in fine* une filiation. Cet aspect de droit de la famille doit primer sur la forme contractuelle de la pratique. C'est pourquoi l'étude des conventions internationales telles que la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (1) et la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (2) qui portent sur le droit de la famille se justifie.

---

<sup>785</sup> S. C. SYMEONIDES, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 2013. 807

1. La détermination de la loi applicable sur le fondement de la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants

366. Dans l'objectif d'améliorer la protection des enfants sur la scène internationale et d'éviter les conflits entre les différents systèmes juridiques nationaux, la Conférence de La Haye a élaboré la Convention du 19 octobre 1996 qui fixe des règles communes pour ses pays signataires en ce qui concerne la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de protection des enfants.

Les articles 15 et suivants disposent qu'un pays exerce sa compétence en vertu de sa propre législation<sup>786</sup>. Dans des circonstances exceptionnelles, il peut appliquer ou

---

<sup>786</sup> Article 15 « 1. Dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des États contractants appliquent leur loi.

2. Toutefois, dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'enfant le requiert, elles peuvent exceptionnellement appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit.

3. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre État contractant, la loi de cet autre État régit, à partir du moment où le changement est survenu, les conditions d'application des mesures prises dans l'État de l'ancienne résidence habituelle ».

Article 16 « 1. L'attribution ou l'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant.

2. L'attribution ou l'extinction d'une responsabilité parentale par un accord ou un acte unilatéral, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant au moment où l'accord ou l'acte unilatéral prend effet.

3. La responsabilité parentale existant selon la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant subsiste après le changement de cette résidence habituelle dans un autre État.

4. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, l'attribution de plein droit de la responsabilité parentale à une personne qui n'est pas déjà investie de cette responsabilité est régie par la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle ».

Article 17 « L'exercice de la responsabilité parentale est régi par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant. En cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, il est régi par la loi de l'État de la nouvelle résidence habituelle ».

Article 18 « La responsabilité parentale prévue à l'article 16 pourra être retirée ou ses conditions d'exercice modifiées par des mesures prises en application de la Convention ».

prendre en considération la législation d'un autre pays qui est associé à la situation, à condition que l'intérêt supérieur de l'enfant soit préservé.

L'application de la législation désignée par la Convention peut faire l'objet d'un refus uniquement si elle est contraire à l'ordre public et à condition que l'intérêt supérieur de l'enfant soit préservé.

Se pose alors la question de la détermination de la résidence habituelle de l'enfant. La Cour de Justice des Communautés européennes y a répondu dans un arrêt du 2 avril 2009<sup>787</sup>. En effet, avant cette décision la notion de résidence habituelle du mineur, au titre de l'article 8 §1, du règlement n° 2201/2003, n'était pas définie. Depuis « la notion de “ résidence habituelle ”, au titre de l'article 8, paragraphe 1 du Règlement n° 2201/2003, doit être interprétée en ce sens que cette résidence correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. À cette fin doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un État membre et du déménagement de la famille dans cet État, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux

---

Article 19 « 1. La validité d'un acte passé entre un tiers et une autre personne qui aurait la qualité de représentant légal selon la loi de l'État où l'acte a été passé ne peut être contestée, ni la responsabilité du tiers engagée, pour le seul motif que l'autre personne n'avait pas la qualité de représentant légal en vertu de la loi désignée par les dispositions du présent chapitre, sauf si le tiers savait ou devait savoir que la responsabilité parentale était régie par cette loi.

2. Le paragraphe précédent ne s'applique que dans le cas où l'acte a été passé entre personnes présentes sur le territoire d'un même État ».

Article 20 « Les dispositions du présent chapitre sont applicables même si la loi qu'elles désignent est celle d'un État non contractant ».

Article 21 « 1. Au sens du présent chapitre, le terme « loi » désigne le droit en vigueur dans un État, à l'exclusion des règles de conflit de lois.

2. Toutefois, si la loi applicable en vertu de l'article 16 est celle d'un État non contractant et que les règles de conflit de cet État désignent la loi d'un autre État non contractant qui appliquerait sa propre loi, la loi de cet autre État est applicable. Si la loi de cet autre État non contractant ne se reconnaît pas applicable, la loi applicable est celle désignée par l'article 16 ».

Article 22 « L'application de la loi désignée par les dispositions du présent chapitre ne peut être écartée que si cette application est manifestement contraire à l'ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

<sup>787</sup> CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-523/07 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 2805 ; *Procédures* 2009, comm. 277, note C. NOURISSAT.

entretenus par l'enfant dans ledit État. Il appartient à la juridiction nationale d'établir la résidence habituelle de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances de faits particulières à chaque cas d'espèce ». Comme l'explique le professeur Nourissat<sup>788</sup>, « la seule présence de l'enfant sur le territoire ne fait pas la résidence. [...] elle permet de confirmer que si la notion de résidence habituelle du ou des époux est influencée par la jurisprudence bien établie de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de statut des fonctionnaires et de droit social, tel ne devrait pas être le cas pour celle de résidence habituelle de l'enfant . Et comme l'écrit l'avocat général, “ l'intention du père et/ou de la mère de s'établir en un lieu déterminé ne peut constituer qu'un indice du lieu de la résidence habituelle [de l'enfant], mais en aucun cas un élément à lui seul déterminant ” ».

367. Selon la Convention de 1996, ainsi que la définition donnée par la Cour de Justice des Communautés européennes de la résidence habituelle, il semble qu'une telle solution pourrait être retenue pour les accords de maternité pour autrui. La loi compétente serait donc celle de la résidence habituelle de l'enfant, et à défaut de la loi de l'État qui présente le lien le plus étroit avec la situation.

2. *La détermination de la loi applicable sur le fondement de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*

368. Lors de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale<sup>789</sup>, les membres ont estimé que la Convention de La Haye de 1993 ne pouvait pas s'appliquer à la maternité pour autrui. Pendant la Commission, il a été expliqué que « certains des critères fondamentaux

---

<sup>788</sup> CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-523/07 : *Procédures* 2009, comm. 277, note C. NOURISSAT.

<sup>789</sup> « **Maternité de substitution à caractère international et adoption internationale**

25. La Commission spéciale constate un accroissement rapide du nombre d'accords de maternité de substitution à caractère international. Elle exprime ses inquiétudes concernant l'incertitude entourant le statut des nombreux enfants nés de ces accords. Elle considère inappropriée l'utilisation de la Convention dans les cas de maternité de substitution à caractère international ». Conclusions et Recommandations et Rapport de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale (17 – 25 juin 2010), [http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010\\_rpt\\_fr.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010_rpt_fr.pdf)

de la Convention de 1993 ne peuvent tout simplement pas être remplis dans les cas de maternité de substitution. Par exemple : 1) *les consentements* – l'article 4 c)(4) de la Convention de 1993 dispose que le consentement de la mère, lorsqu'il est requis, ne doit être donné qu'après la naissance de l'enfant. C'est difficile dans un cas de maternité de substitution, étant donné que la mère de substitution aura généralement accepté de renoncer à ses droits parentaux avant même que l'enfant ait été conçu. L'article 4 c)(3) de la Convention de 1993 dispose que le consentement ne doit pas "avoir été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte". Une telle exigence est clairement contraire à un accord de maternité de substitution commercial. 2) *la subsidiarité* – il est difficile de voir comment le "principe de subsidiarité" (art. 4 b) de la Convention de 1993), qui exige que l'on examine dûment les possibilités de placement de l'enfant dans son État d'origine, peut être satisfait en cas de maternité de substitution à caractère international. 3) *les garanties procédurales* – l'article 17 de la Convention de 1993 exige que, avant qu'un enfant ne soit "confié" à ses futurs parents adoptifs, un certain nombre de conditions soient remplies et que les autorités centrales des deux États se soient assurées que l'adoption peut avoir lieu. Les autorités centrales ne devraient prendre cette décision que si elles considèrent que leurs propres procédures (par ex. l'échange des dossiers de l'enfant et des futurs parents adoptifs) ont été appliquées et qu'il n'existe pas d'obstacles juridiques à l'adoption. À l'inverse, un accord de maternité de substitution stipulera souvent que l'enfant sera "confié" aux parents intentionnels sans autres formalités ou garanties préalables. 4) *la prohibition du contact* – il existe une règle générale énoncée à l'article 29 de la Convention de 1993, selon laquelle il ne devrait y avoir aucun contact entre les futurs parents adoptifs et les parents de l'enfant tant que certaines dispositions n'ont pas été respectées (excepté dans le cas d'une adoption intrafamiliale). Un accord de maternité de substitution est de toute évidence contraire à ce principe, étant donné que le contact est établi entre les parents intentionnels et la mère de substitution lorsque le contrat de maternité de substitution est conclu et, éventuellement, lorsqu'un traitement d'assistance médicale à la procréation est pratiqué »<sup>790</sup>.

369. Pourtant certains aspects pourraient inspirer une convention sur la maternité pour autrui. En effet, les problèmes issus des accords de maternité pour autrui

---

<sup>790</sup> [http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010\\_rpt\\_fr.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010_rpt_fr.pdf)

sont assez similaires aux difficultés soulevées par l'adoption internationale<sup>791</sup>. C'est une situation qui implique deux parties issues de pays différents et donc soumises à des législations différentes. Toute la difficulté est donc d'unifier une situation regroupant différentes législations.

La Convention de La Haye de 1993 a permis d'encadrer au mieux l'adoption internationale afin de limiter tout abus et d'encadrer la procédure, notamment dans la détermination de la loi applicable à l'adoption. On peut alors se demander si une transposition, aux contrats de maternité pour autrui, des mesures prises dans le cadre de cette Convention est pertinente et permettrait de déterminer la loi applicable.

Ainsi, l'article 2 de la Convention dispose qu'elle « s'applique lorsqu'un enfant résidant habituellement dans un État contractant (« l'État d'origine ») a été, est ou doit être déplacé vers un autre État contractant (« l'État d'accueil »), soit après son adoption dans l'État d'origine par des époux ou une personne résidant habituellement dans l'État d'accueil, soit en vue d'une telle adoption dans l'État d'accueil ou dans l'État d'origine ». Les conditions énoncées peuvent s'appliquer aux conventions de maternité pour autrui. Il s'agit bien d'une situation identique à celle décrite par l'article 2, qui permet à un enfant né dans un État d'être déplacé dans un autre État afin de vivre auprès d'une famille originaire de ce même État. Certes dans l'adoption l'enfant est déjà né, et tous les arrangements se concluent après sa naissance, tandis que dans la maternité de substitution les tractations se font avant la naissance de l'enfant, et régissent également la grossesse de la mère.

La Convention de 1993 laisse le choix de la loi compétente aux États. Ainsi, la France dans sa loi du 6 février 2001 a opté pour la loi nationale des adoptants. Ce choix permet à la situation juridique créée de s'intégrer dans l'ordre juridique dans lequel elle va évoluer, elle n'est donc pas contraire aux lois de l'État du couple commanditaire<sup>792</sup>. Si l'on appliquait la Convention à un contrat de maternité pour autrui et que l'on retient en plus la loi des adoptants comme l'on fait de nombreux États, la loi applicable ne serait pas

---

<sup>791</sup> Aux États-Unis par exemple, la maternité pour autrui représente un véritable commerce. Dans son ouvrage *The Baby Business*, Deborah Spar (*The Baby Business: How Money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, Hardcover, 2006), décrit comment l'industrie de la fertilité et de l'adoption ne représente qu'un seul et même marché sur lequel se vend un produit, l'enfant, à des couples qui sont prêts à y consacrer de véritables fortunes.

<sup>792</sup> Sur ce point voir P. Lagarde, La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification, *Rev. crit. DIP* 2001. 275.

la loi d'autonomie ou celle de lieu de conclusion du contrat ou de nationalité de la mère porteuse, mais celle du couple intentionnel. Un tel choix permettrait d'éviter la création de filiations contraires à la législation du pays dans lequel elle va se développer. Il serait alors impossible qu'un État se voit imposer une situation que sa législation interdit, comme s'est actuellement le cas en France avec les enfants nés de maternité de substitution conclues à l'étranger.

## **II. LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE SELON LES REGLES DE CONFLITS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE**

370. À défaut de convention existante sur les accords de maternité pour autrui, la détermination de la loi applicable aux accords internationaux de maternité pour autrui peut se faire de deux manières : selon les règles de conflits du droit international privé (A), ou par l'élaboration d'une convention internationale contraignante (B).

### **A. LES DIFFERENTES LOIS APPLICABLES AU CONTRAT**

371. C'est l'objet du contrat qui va permettre de déterminer la loi applicable. En l'absence de convention applicable, il faut alors appliquer les règles de conflit de droit commun : chacune des catégories de droit international privé offre sa propre solution. Selon que le contrat porte sur une chose ou sur une prestation de services, la loi retenue n'est pas la même. Ainsi, selon les règles de conflits du droit international privé, la loi applicable est la loi d'autonomie (1) ou à défaut la loi réelle (2) ou la loi personnelle (3).

1. La loi applicable fondée sur le contrat :  
la loi d'autonomie

372. Par principe la détermination de la loi du contrat est laissée au libre choix des parties. En effet, si l'on se fonde sur la qualification contractuelle, les parties ont libre choix de la loi du contrat, ce qui leur permet d'opter pour une législation impérative grâce au simple choix d'une loi étrangère. Dans le cadre d'un accord de maternité pour autrui une telle règle ne semble pas adaptée.

En l'absence de choix des parties, c'est la loi de l'État de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique qui s'applique. Dans le cadre d'un contrat de prestation, en l'absence de choix des parties, le contrat est régi par la loi de résidence habituelle du fournisseur<sup>793</sup>. Ainsi, si l'on retient la loi de conclusion du contrat dans le cadre des contrats de prestation de services, comme ceux de maternité pour autrui, le recours à la loi de l'État de résidence du débiteur risque d'inciter davantage les résidents de pays restrictifs à se déplacer à l'étranger afin de bénéficier d'une prestation qui est illicite dans leur propre pays.

373. Comme l'explique Madame le professeur Corneloup<sup>794</sup> c'est alors au juge que reviendra le rôle d'étudier la validité du contrat eu égard à la loi choisie par les parties. En effet, si l'activité est réalisée en violation de la loi du lieu d'établissement du prestataire, mais licite par rapport à la loi du contrat, il est alors possible de recourir à la méthode de prise en considération de la loi étrangère. Le juge doit s'interroger sur la validité du contrat au regard des conditions posées par la *lex loci contractus*<sup>795</sup>, comme s'assurer que la cause soit licite ou que l'objet soit dans le commerce. Or, pour apprécier la licéité de l'objet et la cause du contrat, il est tout à fait possible de prendre en considération l'interdit posé par la loi du lieu d'établissement du prestataire. Ce choix de la loi étrangère peut théoriquement justifier une annulation du contrat, sans renoncer à l'application de la loi du contrat. Mais dans la pratique, l'annulation est peu probable si le

---

<sup>793</sup> Règlement n°593/2008 Rome I du 17 juin 2008.

<sup>794</sup> S. CORNELOUP, « Le non-marchand en droit international privé », in *Droit et marchandisation*, Actes du colloque organisé à Dijon les 18 et 19 mai 2009, Travaux du Credimi, vol. 33, Paris, LexisNexis Litec, 2010, pp. 377-406.

<sup>795</sup> Il s'agit de la loi du lieu de la conclusion du contrat. Le juge se fondera sur la loi du pays dans lequel le contrat a été conclu afin de trancher un éventuel litige.

litige est porté devant un juge de l'État de la *lex loci contractus*.

Toutefois, on peut douter qu'un tel raisonnement fonctionne en France. Jusqu'alors les juges n'ont pas eu à statuer sur une question relative à la filiation par rapport à la loi choisie, mais par rapport à sa contrariété à l'ordre public français. Ainsi, en ce qui concerne des contrats de maternité pour autrui conclus en France, et par conséquent établis en violation de la loi du lieu d'établissement des parties, si les contractants ont choisis une loi étrangère d'après laquelle la filiation est licite, cette dernière ne pourrait malgré tout pas être validée en France. En effet, jusqu'à présent les juges ne se sont pas interrogés sur la validité du contrat par rapport à la *lex contractus* et se sont bornés à étudier sa contrariété à l'ordre public. Dans ses arrêts du 6 avril 2011, la Cour de cassation a rappelé : « [qu']est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil »<sup>796</sup>.

Cette prise de position jurisprudentielle confirme que les couples français ne peuvent se fonder sur la *lex loci contractus* ni sur aucune autre loi pour passer outre l'interdiction française. Les juges n'étudient pas la légalité de la convention selon la *lex loci contractus* mais bien selon l'ordre public français.

---

<sup>796</sup> P. HAMMJE, « Maternité pour autrui, possession d'état et état civil », *Rev. crit. DIP* 2011. 722.

Voir aussi note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *D.* 2011. 1522, *AJ famille* 2011. 262, obs. F. CHENEDE ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. SIFFREIN-BLANC et Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, *D.* 2011. 1522, et les obs., note D. BERTHIAU et L. BRUNET ; *ibid.* 1001, édito. F. ROME ; *ibid.* 1064, entretien X. LABBÉE ; *ibid.* 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* 1995, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *AJ famille* 2011. 262 ; *ibid.* 265, obs. B. HAFTEL ; *ibid.* 266, interview M. DOMINGO ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD. civ.* 2011. 340, obs. J. HAUSER.

2. La loi applicable fondée sur l'objet du contrat :  
le statut réel

374. Le rattachement au statut réel concerne les questions relatives aux biens, ainsi qu'aux droits patrimoniaux. La pratique retient le statut réel lorsque le contrat porte sur une chose. On estime que la chose est dans le commerce lorsque « l'on a le droit d'en jouir et [d'en] disposer [...] de la manière la plus absolue »<sup>797</sup>.

Le choix de la qualification réelle nie les règles prises par l'État d'origine du couple commanditaires puisqu'on applique la *lex rei sitae*. Ce choix pousserait les parents sans enfants à se tourner vers l'étranger afin d'obtenir ce qui est interdit chez eux. Cette logique, davantage défendu par les États de la *Common Law*, semble nier les interdictions prises par les pays étrangers en permettant d'asseoir des situations illégales dans le pays du domicile, qui sera le pays où la situation s'appliquera. La détermination de la loi applicable selon le statut personnel semble donc plus appropriée aux accords de maternité pour autrui. L'objet du contrat est considéré comme un bien. Or, il a été démontré que les contrats de maternité pour autrui sont des contrats de prestation de services, la qualification réelle est donc à écarter.

3. La loi applicable fondée sur la nationalité ou le domicile des parties :  
le statut personnel

375. Si par principe la détermination de la loi applicable doit être neutre, il semble que dans le cadre des maternités pour autrui le choix de la loi puisse jouer un rôle régulateur. Comme l'explique le Professeur Corneloup<sup>798</sup>, ou bien on privilégie l'État d'origine, mais l'État de la situation actuelle n'a plus la possibilité de s'opposer à la circulation de l'enfant qu'il considère en dehors du commerce, ou bien on privilégie l'État de la situation actuelle, auquel cas on risque de favoriser les déplacements et de supprimer certaines mesures de protection consacrées par l'État d'origine. Ainsi, une approche plus respectueuse des lois adoptées par l'État d'origine du couple, tel que le

---

<sup>797</sup> Article 544 du Code civil.

<sup>798</sup> S. CORNELOUP, « Le non-marchand en droit international privé », in *Droit et marchandisation*, Actes du colloque organisé à Dijon les 18 et 19 mai 2009, Travaux du Credimi, vol. 33, Paris, LexisNexis Litec, 2010, pp. 377-406.

choix de la loi du statut personnel, est plus adaptée. Il y aurait alors deux critères de rattachement, ou bien la nationalité de la personne, ou bien son domicile. L'un et l'autre étant déterminants dans la désignation de la loi applicable à la capacité et à l'état des personnes.

Une autre solution<sup>799</sup> serait de limiter le recours aux mères porteuses aux seuls ressortissants nationaux<sup>800</sup>, ou aux résidents, ce qui permettrait ainsi d'éviter tous problèmes liés à la reconnaissance de filiations électives nées à l'étranger. En effet, il n'y aurait aucun aspect international, puisque mère porteuse et couple intentionnel sont issus du même pays. C'est par exemple ce qui se fait au Royaume-Uni et aux Pays-Bas.

376. Jusqu'à présent le droit français ne s'est pas interrogé sur la loi applicable aux contrats de maternité pour autrui, pour l'instant les juges n'ont été saisis que sur la base de leur compétence indirecte. Or, la détermination de la loi personnelle en droit français pose quelques problèmes d'application dans le cadre d'une convention de maternité pour autrui et notamment dans la désignation de la loi de la mère. L'article 311-14 du Code civil dispose que « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ». En droit français la mère de l'enfant est la femme qui accouche, ce qui dans une convention de maternité de substitution désigne la mère porteuse. Or le principe même de la maternité pour autrui repose sur le fait que la femme qui accouche remet l'enfant à une autre femme, la mère d'intention, qui sera la mère légale de l'enfant<sup>801</sup>. L'article ajoute cependant que lorsque l'on ne sait pas qui est la mère, on applique la loi de l'enfant.

Le domaine du statut personnel de l'enfant recouvre toutes les hypothèses non prévues par les règles alternatives des articles 311-16 à 311-18 et celles qui n'entrent pas dans l'article 311-15, c'est-à-dire celles dans lesquelles la possession d'état joue un rôle, mais où la condition de résidence des parents ou de l'enfant n'est pas remplie. Il s'applique donc aux règles de fond et de preuve de l'établissement de la filiation, sans réserve de l'interférence d'autres lois<sup>802</sup>.

377. Les contrats qui réglementent ces relations sont parfois gérés par la société

---

<sup>799</sup> Cf. *Infra* n°576 et s.

<sup>800</sup> S. CORNELOUP, « Le non-marchand en droit international privé », *op. cit.*, p. 389.

<sup>801</sup> C'est ce que la jurisprudence américaine a retenue dans l'affaire *Johnson v. Calvert* (1993) 5 Cal. 4th 84 [19 Cal. Rptr. 2d 494, 851 P.2d 776].

<sup>802</sup> Pour des illustrations, J. FOYER, *Rép. internat.* 1re éd., Vo *Filiation*, n° 42 et s.

intermédiaire. Dans ces contrats, une clause peut être incluse afin que la loi qui régit le contrat soit la loi du lieu d'implantation de la société ou dans certains cas de la maison mère<sup>803</sup>. Finalement cet accord ne va concerner que le couple commanditaire et l'intermédiaire, ce dernier contractant de son côté une convention avec la mère porteuse selon la loi du lieu de domicile de cette dernière ou du lieu de l'opération.

En conclusion, si le contrat de maternité pour autrui peut être soumis à la loi d'autonomie, ce qui ne semble pas pertinent au regard de l'aspect d'état et de capacité des personnes de ces accords ; il semble que le choix de la loi personnelle des parties soit plus approprié.

## B. LA NECESSITE D'UN INSTRUMENT INTERNATIONAL CONTRAIGNANT

378. Les dérives liées à l'infertilité sont connues, et malgré cela les cliniques continuent de prospérer. Cela s'explique par le manque d'uniformité législative et l'absence de coordination internationale sur le sujet. Ainsi, les sociétés qui font office d'intermédiaires implantent des filiales dans des États où le niveau de vie conduit les femmes et les hommes à donner leurs gamètes ou à porter l'enfant d'étrangers pour gagner l'équivalent de plusieurs mois, voire de plusieurs années de salaires. Ces États n'ont généralement pas de législations dans le domaine de la bioéthique. Les donneuses et mères porteuses ne bénéficient d'aucune protection légale, laissant ainsi le soin à l'agence d'imposer ses conditions dans un contrat<sup>804</sup>.

Ces cliniques appartiennent en réalité des groupes multinationaux, avec une maison mère implantée dans un pays riche, et des filiales réparties dans différents pays, souvent pauvres, choisis selon leur législation. Par exemple, le Centre *PlanetHospital*<sup>805</sup>, est une société californienne qui a pour vocation de mettre en relation des donneurs de gamètes, mères porteuses et couples commanditaires dans la réalisation d'un même projet : un enfant. Cette entreprise est mondiale. Elle a recours à une donneuse d'ovules

---

<sup>803</sup> Cela est rendu possible par l'autonomie laissée aux parties lors de la conclusion des contrats.

<sup>804</sup> D. SPAR, *op. cit.*

<sup>805</sup> [http://www.nytimes.com/2014/07/28/us/surrogacy-agency-planet-hospital-delivered-heartache.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2014/07/28/us/surrogacy-agency-planet-hospital-delivered-heartache.html?_r=0)

d'un pays, un donneur de sperme d'un autre, et à une mère porteuse qui accouchera dans un État tiers. En général, les clients se tournent vers ce mode de filiation parce que l'adoption ou la fécondation *in vitro* leur sont fermées. Le Centre facture des services allant de 30 000 à 75 000 dollars<sup>806</sup>.

L'intérêt pour ces cliniques de faire appel à des femmes issues de pays pauvres<sup>807</sup> est que la législation des ces pays ne leur reconnaît aucun droit envers l'enfant, contrairement aux législations de la plupart des pays occidentaux<sup>808</sup>. La législation de ces pays autorise, également, la destruction des embryons surnuméraires. Ce qui permet aux cliniques de créer plusieurs fœtus pour s'assurer le succès de la procédure, et proposer par là même des options interdites dans beaucoup d'autres États. Dans ces cas les parents intentionnels sont obligés de prendre une décision sur l'avenir des fœtus, et parfois la décision d'éliminer un embryon est prise.

Les pays d'Europe de l'Est présentent un autre avantage pour ces centres. En effet, un autre problème, celui-ci administratif s'impose aux parents qui n'arrivent pas à obtenir de passeport pour l'enfant. Les cliniques choisissent donc de s'implanter en Roumanie, pays membres de l'Union européenne, afin de réduire les risques d'un refus de passeport pour les parents européens.

Ces cliniques profitent, ainsi, des législatives de ces États, comme en Grèce où la loi de 2005 prévoit que les mères porteuses peuvent accepter de l'argent en compensation des dépenses liées à leur grossesse. Mais contrairement à d'autres pays comme les États-Unis ou la Grande-Bretagne, aucun contrôle judiciaire n'est effectué. Ainsi, une clinique américaine peut implanter son activité de maternité de substitution dans un pays de l'Union européenne qui autorise la maternité pour autrui, et profiter d'un nombre important de volontaires qui sont rémunérées pour leur service, tout en touchant un public américain grâce à la localisation de leur société mère. Le choix des pays faisant partie de l'Union européenne permet à la société de bénéficier du principe de libre prestation des services ce qui facilite la procédure pour les couples intentionnels issus d'un autre État membre.

379. La pratique internationale de la maternité pour autrui mérite d'être unifiée,

---

<sup>806</sup> D. SPAR, *op. cit.*

<sup>807</sup> L'Ukraine, l'Inde,...

<sup>808</sup> Aux États-Unis, certaines mères porteuses ont demandé et obtenu la garde légale de l'enfant.

Voir : *In re Baby M*, *op. cit.*

et il semble que la solution se trouve sur la sphère internationale. En effet, depuis que la maternité pour autrui s'est développée entre ressortissants de différents États, elle a pris des airs de « tourisme procréatif »<sup>809</sup> au point qu'aucune action étatique isolée ne peut avoir d'impact. La preuve en est avec la France qui a interdit toute forme de maternité pour autrui et qui pourtant connaît des problèmes de reconnaissance d'enfants français issus de mère porteuses étrangères. Cette situation témoigne de l'inefficacité d'une action isolée et nationale. La seule solution serait donc un instrument international contraignant.

Le recours à une convention internationale se justifie par l'ampleur transnationale prise par la maternité pour autrui. Depuis quelques années, elle ne se résume plus à des couples issus d'un même pays. Depuis que les pays d'Europe de l'Est et d'Asie se sont engagés dans l'industrie de la procréation, la maternité pour autrui s'est internationalisée, rendant inopérante quelque tentative nationale de régulation. L'outil doit donc être adopté par un organe international regroupant assez de nations pour que cela ait un véritable impact.

La Conférence de La Haye serait sans doute l'organe adéquat pour mener à bien un tel projet, comme elle l'a été pour l'adoption internationale. La Conférence s'oriente d'ailleurs vers l'adoption d'un outil non contraignant concernant le statut des enfants issus des conventions de maternité de substitution à caractère international ce qui permettrait un plus grand consensus. Ainsi, le Bureau Permanent de la Conférence de La Haye a commencé une étude en 2011 afin d'élaborer un projet de convention dans le but de régler les problèmes liés au statut de l'enfant issu de maternité pour autrui<sup>810</sup>. Si la nécessité de ce projet ne fait aucun doute, la forme envisagée semble insuffisante. En effet, on peut penser que la convention ne saurait être réellement efficace que dans la mesure où elle serait contraignante et prévoirait une sanction lors d'une transgression de ses dispositions. Un texte comme un guide de bonnes conduites n'aurait aucun intérêt concret et ne permettrait pas de lutter contre le commerce mis en place internationalement. En effet, le sujet est trop sensible pour n'être réglé que par un texte sans force contraignante. Le piège serait que ce dernier soit une énumération de bonnes

---

<sup>809</sup> H. BOSSE-PLATIERE, *op. cit.*

<sup>810</sup> Voir le Document préliminaire No 11 de mars 2011, intitulé « Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des conventions de maternité de substitution à caractère international », établi par le Bureau Permanent, a été diffusé aux Membres de la Conférence de La Haye en mars 2011, conformément au mandat confié par le Conseil de 2010. <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf>

intentions prises par la communauté internationale sans pour autant avoir d'impact concret. Et c'est pourtant ce qui semble se profiler. Alors que certains États parlent d'un réel besoin, d'autres comme les États-Unis sont hostiles à l'adoption d'une convention contraignante, ce qui limite l'impact qu'elle pourrait avoir<sup>811</sup>.

Il ne fait aucun doute que cette convention doit revêtir un caractère contraignant sans quoi les États les plus libéraux, qui offrent une totale liberté dans la pratique continueront leur politique sans que la communauté internationale ait la moindre chance d'intervenir. Or, au regard des abus que connaît la pratique, il est nécessaire d'adopter un outil contraignant international, les sanctions étant à la charge des États.

380. La réalité de ce commerce impose l'adoption d'une Convention internationale régulatrice. Cette dernière devrait reposer sur la loi de la nationalité des parents intentionnels, plutôt que sur la loi du for. Exception faite pour les personnes ayant leur résidence habituelle dans un autre pays, dans ce cas c'est la loi de la résidence habituelle qui est compétente, sauf si la situation juridique est née dans le pays d'origine.

Le choix du système de droit civil avec la loi nationale du couple commanditaire, plutôt que du lieu où se conclut le contrat, permet de s'assurer de la légalité de la filiation dans le pays qui va la recevoir. Il semble en effet, que cette approche serait plus respectueuse des législations nationales et éviterait d'imposer à certains États des situations contraires à leur ordre public ou aux lois de police.

Comme pour l'adoption indépendante, les contrats de maternité pour autrui conclu directement entre le couple intentionnel et la mère porteuse seront difficiles à contrôler. On peut toutefois penser que l'encadrement de la pratique amènera plus facilement les futures mères porteuses à se tourner vers les agences avec qui elles pourront traiter dans un meilleur respect de leur droit. D'ailleurs, une telle procédure demanderait une collaboration de la part des agences, ou le cas échéant la mise en place d'agences étatiques et donc de placer ces organes sous le contrôle de l'État selon des modalités prévues dans la Convention. Pour faciliter la coordination le texte devrait prévoir la mise en place d'Autorités Centrales permettant d'assurer l'exécution de la Convention.

381. Pour autant, il y a peu de chance qu'une telle convention aboutisse, ou alors sans l'adhésion des États réellement concernés par le problème. En effet, trop

---

<sup>811</sup> Conseil de 2013 sur les affaires générales et la politique de la Conférence (le « Conseil »), tenu du 9 au 11 avril 2013.

nombreux sont les États qui ont intérêt à continuer de pratiquer une législation laxiste permettant ainsi le développement d'un commerce entourant la maternité pour autrui qui participe à l'essor économique du pays. D'autres, comme les États-Unis, estiment que la question des mères porteuses, intimement liée à la politique d'immigration ne peut être réglée internationalement, considérant cela comme une ingérence dans leur législation interne.

## **CONCLUSION DE SECTION 1**

382. Avec l'internationalisation des filiations électives, la difficulté rencontrée par les juridictions étatiques est de pouvoir lutter contre la mise devant le fait accompli. Seule la détermination de la loi applicable au contrat permet de lutter contre cette pratique. En effet, selon que l'on opte pour la loi du statut réel, du statut personnel, et bien sûr selon le choix de la *lex contractus*, la détermination de la loi applicable au contrat est plus ou moins encadrée.

Or, en l'absence de convention adéquate, le choix de la loi personnelle semble le plus judicieux et permettrait de faire respecter les législations étatiques et notamment la protection du non marchand. Lorsqu'un couple n'est pas de même nationalité, ou lorsque des étrangers dont la loi nationale autorise la pratique s'installent dans un État qui la prohibe, on devrait alors appliquer la loi de résidence.

Le choix de la loi nationale des commanditaires permet ainsi de respecter le droit de ces derniers et de ne pas imposer une filiation interdite par l'État de résidence des parents intentionnels.

383. Si la Convention de La Haye de 1993 prévoit les modalités de l'adoption internationale, aucun texte actuellement n'encadre la maternité de substitution. Pourtant certaines conventions préexistantes pourraient être une source d'inspiration pour une convention portant exclusivement sur le problème de la maternité pour autrui.

Étant donné la forme et l'objet des accords de maternité pour autrui, les Convention sur l'adoption internationale et les contrats internationaux peuvent être sources d'inspiration. Et s'il paraît évident que la Convention de 1993 est un modèle sur lequel s'appuyer pour régler les problèmes liés aux contrats de mères porteuses, les dispositions prévues dans la Convention sur les contrats internationaux ne semblent pas adaptées aux problèmes soulevés par cette pratique. Cette Convention laisse une trop grande autonomie à la volonté des parties dans le choix de la loi applicable.

La nécessité d'un texte international réglementant la pratique des mères porteuses semble donc inéluctable. Pour autant, cette Convention doit, pour être efficace, être contraignante et adoptée par le plus grand nombre.

## **SECTION 2. LA JURIDICTION COMPETENTE**

384. Si le droit international laisse de plus en plus de place à l'autonomie de la volonté en matière de droit de la famille, comme en témoigne l'adoption du Règlement *Bruxelles II bis*<sup>812</sup>, la majorité des conventions adoptées en droit international écartent le droit de la famille et l'état des personnes de leur champ d'application. Pourtant, l'adoption et les contrats de maternité pour autrui sont de plus en plus transnationaux. Les litiges issus de ces filiations sont eux-mêmes internationaux et la question de la juridiction compétente se pose.

Tandis que pour l'adoption internationale, la Convention de La Haye de 1993 a mis en place des règles d'unification, il n'y en a aucune pour les accords de mère porteuse qui sont pour l'instant soumis aux règles des législations internes et à la volonté des parties. Or les accords de maternité pour autrui peuvent faire l'objet de nombreux litiges liés à l'établissement de la filiation, mais aussi au refus du couple intentionnel de prendre la garde de l'enfant, ou le refus de la mère porteuse de leur remettre l'enfant. L'enfant peut également être enlevé par l'une ou l'autre des parties, comme ce fut le cas dans l'affaire *Baby M*<sup>813</sup>. Se pose alors la question de la juridiction compétente.

Aucun texte international ne peut aujourd'hui s'appliquer aux conflits juridiques issus des accords de maternité pour autrui. Or, eu égard à la forme contractuelle de ces arrangements mais aussi à leur finalité qui relève du droit de la famille, des solutions peuvent être recherchées dans les règles de compétence en matière de contrats internationaux, ou dans les conventions qui portent sur l'état des personnes et notamment la filiation, telles que la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale et celle portant sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants

---

<sup>812</sup> Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

<sup>813</sup> *Baby M*, *op. cit.*

de 1996, ou encore le Règlement *Bruxelles II bis*<sup>814</sup>. Il sera notamment intéressant de s'attarder sur ces textes puisque la filiation doit primer sur l'aspect contractuel de ces accords.

En outre, les parties disposent d'outils tels que clause d'élection de for ou l'arbitrage afin d'imposer leur choix d'une juridiction compétente privée ou non. Se pose la question de la validité de ces clauses d'élection de for ou d'arbitrage au sein des accords portant sur les filiations électives.

385. Ainsi, toujours dans l'idée d'encadrer la volonté des parties, des règles de conflits de juridictions peuvent être transposables aux accords de maternité pour autrui (I). Il est également possible de s'interroger sur la pertinence du recours à une option juridictionnelle (II).

---

<sup>814</sup> Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

# **I. LES DISPOSITIONS ISSUES DE TEXTES INTERNATIONAUX TRANSPOSABLES AUX ACCORDS DE MATERNITE POUR AUTRUI**

386. Le droit européen a adopté un texte relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale avec l'adoption du *Règlement Bruxelles II bis*. En posant des options de compétence, ce texte laisse une place indirecte à la volonté des parties. L'autonomie de la volonté touche dorénavant, de manière indirecte, la sphère familiale. Or, si elle trouve à s'appliquer en matière de divorce, pourquoi ne pas en faire de même pour les contrats internationaux de maternité pour autrui ? Si l'Union européenne n'a pas de réelle compétence pour les questions d'état des personnes, le caractère transfrontalier et économique des conventions de maternité pour autrui accentué par la libre circulation des personnes nécessite que l'Union européenne prenne position et établisse des règles qui encadrent la pratique.

Des solutions pourraient être empruntées aux règles de compétence du Droit international en matière de droit des contrats (A), ainsi qu'à des conventions internationales portant sur la protection des enfants telles que la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants et la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale (B).

## **A. LA REGLE DE COMPETENCE SELON LES REGLES INTERNATIONALES EN MATIERE DE DROIT DES CONTRATS**

387. Lorsqu'aucune convention internationale n'est compétente, il faut rechercher quelles sont les règles prévues par le droit commun, ainsi que leur application en droit interne. Les accords de maternité pour autrui sont des contrats internationaux. Bien que le droit des contrats internationaux soit principalement organisé autour de conventions internationales, certaines règles de droit commun sont prévues à défaut.

La jurisprudence a transposé en droit international privé les règles de compétence de droit interne en droit des contrats (1). Pour autant si le Règlement *Bruxelles I* ne s'applique pas, certaines de ses dispositions peuvent être transposées aux litiges issus des accords de maternité pour autrui (2).

### 1. La juridiction compétente en matière contractuelle

388. En matière contractuelle, à défaut de conventions déterminant la juridiction compétente, on cherchera la juridiction compétente selon les règles du droit international privé, même si dans les pays anglo-saxon et de plus en plus en Europe on a recours à la règle du *forum non conveniens*<sup>815</sup>. Selon cette pratique les parties invitent le juge régulièrement compétent à se déclarer incompétent au profit d'un autre tribunal qu'il estimera plus apte à juger l'affaire.

Les règles de compétence juridictionnelle applicables en matière d'action d'état sont étroitement liées au caractère d'ordre public. L'article 46 du Code de procédure civile permet au demandeur de choisir entre le tribunal du lieu où demeure le défendeur et un autre tribunal. Cette option n'est possible qu'en matière contractuelle, délictuelle, mixte ou alimentaire<sup>816</sup>. Cette règle est applicable lorsque le défendeur est domicilié en dehors du territoire d'un État membre de l'Union européenne, en cas contraire les règles du Règlement *Bruxelles I* seront applicables.

389. L'article 46 du Code de procédure civile est-il applicable aux conventions de maternité pour autrui ? En matière contractuelle, un tribunal français pourra être saisi s'il est celui « du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu d'exécution de la prestation de service »<sup>817</sup>. Longtemps la jurisprudence<sup>818</sup> avait limité le jeu de cette option

---

<sup>815</sup> C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

<sup>816</sup> F. MONÉGER, *Droit international privé*, Litec, Éditions du JurisClasseur, coll. Objectif droit, 3e éd., 2005 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, coll. Corpus droit privé, 4e éd., 2006 ; Y. LOUSSOUARN, BOUREL P. et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8e éd., 2004, P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 8e éd. 2004

<sup>817</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janvier 2007, *D.* 2007.AJ 586, *RTD com.* 2007.587, obs. B. BOULOC. V. au sujet de l'article 420 de l'ancien Code de procédure civile, prédécesseur de l'article 46 : Civ. 26 nov. 1828, *S.* 1829.I.9 ; 9 mars 1863, *S.* 1863.I.225 ; Cass. req., 10 juil. 1865, *S.* 1865.I.350, 22 nov. 1875, *S.* 1875.I.213.

de compétence aux seules actions relatives à l'exécution du contrat, l'excluant lorsque sa validité ou son existence étaient contestées. Tout le monde reconnaît que la détermination des responsabilités se fait mieux au lieu où l'obligation a été effectivement exécutée, ou la livraison effectuée, lorsque des difficultés se produisent relativement à l'exécution d'un contrat.

En matière contractuelle, au chef de compétence traditionnel de l'article 42 du Code de procédure civile, il faut donc ajouter celui de l'article 46 selon lequel le demandeur peut saisir, à son choix, outre le tribunal où demeure le défendeur, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service. Ainsi, pour que la juridiction française soit compétente, il suffit que le lieu de livraison ou le lieu d'exécution de la prestation de service se trouve en France pour que le demandeur puisse y assigner son cocontractant alors même que celui-ci ne demeurerait pas en France.

## 2. Les règles de compétence selon le Règlement Bruxelles I<sup>819</sup>

390. Le caractère contractuel des accords de maternité pour autrui, peut entraîner la création de litiges entrant dans le domaine du droit des contrats internationaux. Bien que le règlement (CE) n° 44/2001 dit Règlement *Bruxelles I* portant sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>820</sup> ne s'applique pas à l'état et la capacité des personnes physiques selon les dispositions de son article 1<sup>er</sup>, il est pourtant intéressant d'étudier si ses solutions sont transposables aux accords de maternité pour autrui, eu égard à leur forme contractuelle et leur aspect économique. En effet, à l'heure actuelle aucune règle de compétence juridictionnelle n'est apportée à l'échelle européenne en cas d'inexécution ou d'exécution partielle des conventions de maternité pour autrui. Et sans faire entrer les

---

<sup>818</sup> Bourel P., De Vareilles-sommieres P., Loussouarn Y., *op. cit.* ; H. Gaudemet-Tallon, *Rép. Compétence internationale : matière civile et commerciale, op. cit.*

<sup>819</sup> Ce règlement va bientôt être remplacé par un règlement *Bruxelles I bis* : règlement de l'Union européenne (UE) n°1215/2012 du 12 décembre 2012, qui se subsistera au règlement *Bruxelles I* à partir du 10 janvier 2015.

<sup>820</sup> Ainsi que le règlement (CE) n° 2015/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (« Bruxelles I bis du règlement »).

conventions de maternité dans le champ de compétence du Règlement *Bruxelles I*, ce texte peut être une source d'inspiration à l'élaboration d'une convention spécifique à ces problèmes.

Les conflits issus des accords de maternité de substitution peuvent engendrer des litiges purement contractuels auxquels pourraient être transposées les règles de ce Règlement. À l'heure actuelle, en ce qui concerne les différends relatifs aux problèmes soulevés par les conventions de maternité pour autrui, chaque pays applique ses propres règles de compétence, alors qu'une solution commune devrait être mise en place et éventuellement s'inspirer des règles applicables aux contrats internationaux. En effet, comme le souligne le rapport rendu par la Commission européenne en matière de maternité pour autrui <sup>821</sup>, dans la mesure où ces questions peuvent survenir indépendamment de la naissance d'un enfant, les règles de compétences pourraient être calquées sur les règles de compétence en matière civile et commerciale.

391. Dans l'hypothèse d'une convention de maternité pour autrui conclue directement entre la mère porteuse et le couple commanditaire, tous issus d'un État membre, on pourrait imaginer des règles de compétences à partir du Règlement *Bruxelles I*. Le texte se déclare compétent dès lors que le défendeur est domicilié dans un État membre, ou que le juge d'un État membre a été désigné par une clause attributive de juridiction <sup>822</sup>, ou que l'un des chefs de compétence exclusive se réalise sur le territoire d'un État membre. Ainsi, en se fondant sur le caractère contractuel des accords de maternité pour autrui, le Règlement *Bruxelles I* trouve à s'appliquer.

Si l'on examine de plus près la règle de l'article 2 <sup>823</sup>, il est prévu que si l'une des deux parties au contrat, en l'espèce la mère porteuse ou le couple commanditaire, au moins est domicilié dans un État membre, la juridiction de cet État membre <sup>824</sup> est compétente.

---

<sup>821</sup> Parlement européen, « *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States* », mai 2013.

<sup>822</sup> Cf. *Infra* n° 414 et s.

<sup>823</sup> Article 4 du Règlement *Bruxelles I bis*

<sup>824</sup> « 1. Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre.

2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées y sont soumises aux règles de compétence applicables aux nationaux ».

En outre, alors même que le défendeur serait domicilié à l'extérieur de l'Union européenne, le Règlement prévoit dans ce cas un privilège de juridiction au profit de tout demandeur domicilié dans un État membre, qui est ainsi habilité à se prévaloir des règles de cet État membre à l'encontre d'un défendeur domicilié dans un État tiers.

À titre d'exemple, prenons l'hypothèse d'un couple belge qui ferait appel aux services d'une mère porteuse indienne. En cas d'inexécution du contrat par les parents commanditaires, le Règlement *Bruxelles I* prévoit que la juridiction compétente sera celle de l'État membre, donc en l'espèce les juridictions belges. Cela ne signifie pas qu'elles seront plus favorables au sort du couple belge, mais qu'il sera plus difficile matériellement pour la mère porteuse d'être présente à l'audience, et de comprendre l'instance.

392. Dans la mesure où le contrat de maternité pour autrui est un contrat d'entreprise, on pourrait retenir les dispositions de l'article 5<sup>825</sup> qui prévoit une option de compétence. Selon cet article, le demandeur peut intenter une action devant les tribunaux du lieu d'exécution de l'obligation<sup>826</sup>. Si le « lieu d'exécution » n'est pas précisément défini, la jurisprudence a permis de mieux cerner cette notion. Ainsi, au regard de la jurisprudence de l'Union européenne concernant les contrats civils et commerciaux, le « lieu d'exécution » dans les conventions de maternité pour autrui ne devrait pas s'entendre comme le lieu de paiement pour les services de maternité de substitution, mais davantage comme le lieu où l'enfant est né, ou aurait dû naître.

La pratique montre qu'en matière de contrats de maternité pour autrui internationale, la mère porteuse est souvent issue d'un pays pauvre. Le choix du lieu de la naissance de l'enfant permet de s'assurer que s'il y a un litige, ce dernier ne doit pas être examiné dans un État dans lequel la mère porteuse ne peut pas se rendre. À supposer, lorsqu'il s'agit d'un État tiers que le droit de cet État donne effectivement compétence à ses juridictions dans ces circonstances. Le choix de la juridiction du lieu de résidence de la mère porteuse aux accords de maternité pour autrui, permet d'assurer la protection des

---

<sup>825</sup> Article 7 du Règlement *Bruxelles I bis*

<sup>826</sup> Cf. art 5.1.b du règlement Bruxelles I « aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est:

- pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées,

- pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ;... ».

intérêts de la partie la plus faible, ou en tout cas d'éviter un déséquilibre entre les contractants. En outre, les parents font généralement appel aux mères porteuses issues de pays où la législation leur est avantageuse, retenir la compétence de ce for, dans la mesure où il estime sa propre loi compétente, permet de respecter la volonté des parties tout en assurant une certaine sécurité juridique.

Cependant, les parents intentionnels peuvent également souhaiter que la mère porteuse accouche dans leur pays. Dans ce cas, le lieu d'exécution serait celui du lieu de domicile du couple intentionnel. Les dispositions du Règlement *Bruxelles I* pourraient être source d'inspiration, mais cela instaurerait un déséquilibre entre les contractants. Il serait alors possible de mettre en place « une protection de la partie la plus faible » comme cela est prévu par la Section 4 du Règlement *Bruxelles I*<sup>827</sup> qui concerne les consommateurs.

---

<sup>827</sup> « Section 4

Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs

Article 15

1. En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5, point 5:

- a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels;
- b) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets;
- c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

2. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État.

3. La présente section ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement.

Article 16

1. L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié.

2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

393. Si, dans le cadre d'une convention de maternité à titre gratuit, le contrat ne peut être assimilé à un contrat de consommation, il peut l'être pour les accords de maternité pour autrui commerciaux conclus grâce à des intermédiaires. Le contrat de consommation<sup>828</sup> visé est « conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ». Le consommateur s'entend comme la personne privée qui consomme finalement le bien vendu<sup>829</sup>.

Lorsque le contrat est ainsi qualifié de contrat de consommation et que le consommateur est demandeur à l'instance, il peut saisir au choix les tribunaux de l'État dans lequel est domicilié le professionnel défendeur<sup>830</sup>, ou les tribunaux de l'État dans lequel il est lui-même domicilié<sup>831</sup>. Ainsi, le consommateur n'a pas besoin d'aller devant les juridictions d'un autre État pour faire valoir ses droits; il peut agir chez lui quel que soit le lieu d'établissement de son cocontractant. Cette solution est conforme aux exigences d'accès à la justice exprimées par la Cour européenne des Droits de l'Homme :

---

3. Les dispositions du présent article ne portent pas atteinte au droit d'introduire une demande reconventionnelle devant le tribunal saisi d'une demande originaire conformément à la présente section.

Article 17

Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions:

- 1) postérieures à la naissance du différend, ou
- 2) qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section, ou
- 3) qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux tribunaux de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions ».

Devenus articles 17 et suivants du Règlement *Bruxelles I bis*.

<sup>828</sup> A. PETIAUD, « Le Règlement « *Bruxelles I* », Règlement communautaire no 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *INC documents*, 12-18 juillet 2004, n° 1307, p. III- IV.

<sup>829</sup> CJCE, 21 juin 1978, *Bertrand c/ Ott*, n°15/77 12 ; CJCE, 19 janvier 1993, *Shearson*, n°C-89/91 13.

L'affaire *Bertrand c/ Ott* concernait un problème de vente à tempérament d'objets mobiliers corporels. La Cour en donne une interprétation autonome pour assurer l'application uniforme du droit communautaire, et précise que le privilège juridictionnel prévu par le règlement doit être réservé aux acheteurs ayant besoin de protection, leur position économique étant caractérisée par leur faiblesse vis-à-vis des vendeurs du fait qu'ils sont des consommateurs finals à caractère privé.

<sup>830</sup> Compétence de principe de l'article 2 du Règlement *Bruxelles I* ; Article 4 du Règlement *Bruxelles I bis*.

<sup>831</sup> Article 16.1 Règlement *Bruxelles I* ; Article 18.1 du Règlement *Bruxelles I bis*.

lorsque l'enjeu du litige est peu élevé, comme c'est souvent le cas en matière de consommation, il serait inopportun d'exiger du consommateur qu'il engage des frais considérables pour mener son action à l'étranger<sup>832</sup>. Cette compétence alternative n'est ouverte qu'au profit du consommateur. Le professionnel demandeur à l'instance ne bénéficie quant à lui d'aucune option. L'action ne peut être intentée que devant les tribunaux de l'État dans lequel est domicilié le consommateur, conformément à la compétence de principe de l'article 2 du règlement<sup>833</sup>. Il pourra cependant agir devant les tribunaux de l'État dans lequel il est lui-même établi s'il s'agit d'un chef de compétence dérivée<sup>834</sup>.

En matière de maternité pour autrui cette solution pourrait s'appliquer dans les contrats conclus avec les intermédiaires. On retiendra donc la juridiction du lieu où demeure les parents intentionnels qui en l'espèce seront qualifiés de consommateurs. En effet, ils consomment le bien vendus qui est ici la prestation dispensée par l'agence.

394. Dans le cadre d'un contrat sans intermédiaire, qui ne relève pas du contrat de consommation, la mère porteuse pourrait bénéficier de la règle *forum actoris*. Le tribunal compétent sera alors celui du défendeur. Cette règle de compétence peut cependant être écartée pour des raisons d'ordre public<sup>835</sup>, la compétence revenant alors à la juridiction du défendeur.

395. Dans l'hypothèse où une convention internationale ne puisse pas être adoptée. L'adoption d'une réglementation européenne des accords de maternité de substitution semble nécessaire. Elle pourrait se fonder sur les dispositions du Règlement *Bruxelles I* dans ses dispositions 2 et 5<sup>836</sup>. En effet, celles-ci pourraient être appliquées aux accords de maternité de substitution, tout en maintenant une sécurité juridique inhérente à ce type d'accords.

---

<sup>832</sup> Selon la jurisprudence, ce régime particulier « est inspiré par le souci de protéger le consommateur en tant que partie au contrat réputée économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée que son cocontractant, [...] dès lors, cette partie ne doit pas être découragée d'agir en justice en se voyant obligée de porter l'action devant les juridictions de l'État sur le territoire duquel son cocontractant a son domicile » (CJCE, 19 janvier 1993, *Shearson*, n° C-89/91).

<sup>833</sup> Article 16.2 Règlement Bruxelles I ; Article 18.2 Règlement *Bruxelles I bis*.

<sup>834</sup> Article 16.3 Règlement Bruxelles I ; Article 18.3 Règlement *Bruxelles I bis*.

<sup>835</sup> LAAZOUZI M., *Jcl Compétence Judiciaire, Reconnaissance Et Exécution Des Décisions En Matière Civile Et Commerciale*, fasc. 584-145.

<sup>836</sup> Article 4 et 6 du Règlement *Bruxelles I bis*.

En outre, se pose le problème des juridictions compétentes pour différents litiges soulevés par la même convention. Prenons la situation dans laquelle un contrat n'est pas correctement exécuté par l'une des parties. Ce litige donne lieu à une première affaire devant la juridiction compétente pour juger de l'inexécution du contrat, puis à une seconde affaire afin de trancher le problème de l'état civil. Selon les règles de compétence, ces deux litiges pourtant issus du même contrat pourraient ne pas être jugés par le même juge.

De plus, la question de l'inexécution du contrat pourrait être jugé dans un premier temps, empêchant ainsi qu'une autre juridiction saisie en second lieu ne puisse se prononcer sur la question de l'état civil. La solution se trouverait dans le Règlement *Bruxelles I* avec l'application des règles applicables aux demandes connexes. Ainsi l'article 28 du Règlement *Bruxelles I* dispose que « 1. Lorsque des demandes connexes sont pendantes devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer. L'efficacité de cette solution reste à nuancer. En effet, il s'agit seulement d'une " exception " de connexité, deux juridictions doivent être saisies en même temps. Elle ne permet pas d'emblée de concentrer les demandes devant un seul juge. Elle ne permet pas de concentrer directement les demandes devant un seul juge.

2. Lorsque ces demandes sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à condition que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction.

3. Sont connexes, au sens du présent article, les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ».

Cette règle de compétence permettrait donc une unité ainsi qu'une rapidité dans le règlement des litiges.

## B. LES REGLES DE COMPETENCE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE RELATIVE AU DROIT DE LA FAMILLE

396. Les accords de maternité pour autrui ont pour vocation de créer une

filiation. Cet aspect doit être pris en compte dans la mise en place de règles de compétence. Le droit international privé français prévoit des règles issues de la procédure civile spécifiquement pour les litiges relatifs à l'état et la capacité des personnes (1). Certaines conventions internationales peuvent également servir d'inspiration dans les dispositions qu'elles prévoient (2).

1. Les règles de compétence du Droit international privé français relatives à la filiation

397. Les règles de compétence du droit international privé français s'appliquent aux litiges relatifs à la filiation. Ces règles sont prévues aux articles 42 et suivants du Code de procédure civile qui pose la règle *actor sequitur forum rei* et qui ont été transposée par la jurisprudence sur le plan international (a), et aux articles 14 et 15 du Code civil qui ont un caractère subsidiaire (b).

a) La compétence du tribunal du domicile du défendeur :  
*actor sequitur forum rei*

398. Que ce soit en droit international ou en droit interne, la règle de principe est la compétence du tribunal du domicile du défendeur. En effet, selon l'article 42 du Code de procédure civile la juridiction compétente est celle du « lieu où demeure le défendeur ». S'il s'agit d'une personne physique, on retient le lieu où elle a son domicile ou, à défaut, sa résidence, et s'il s'agit d'une personne morale, du lieu où elle est établie<sup>837</sup>.

399. On applique la *lex fori* pour déterminer si le défendeur a son domicile en France. Les juges se fondent alors sur les dispositions des articles 102 et suivants du Code civil. Selon les termes de ces articles, le lieu où le défendeur a son principal établissement s'entend comme le « lieu où il réside et dont il a l'intention de faire le centre de ses intérêts »<sup>838</sup>. Même si cette solution a été contestée<sup>839</sup>, que l'on se réfère à l'article 102 du

---

<sup>837</sup> Article 43 Code procédure civile.

<sup>838</sup> H. MUIR WATT, Le domicile dans les rapports internationaux, *J.-Cl. int.*, fasc. 543-10, n° 3.

<sup>839</sup> « Car le domicile interne est une institution de police civile qui répond à d'autres préoccupations que la détermination du domicile international ». B. AUDIT, *op. cit.*, n° 344 ; V. aussi B. AUDIT, obs. sous

Code civil ou non, en pratique on recherche toujours à la fois un élément matériel, l'établissement principal, et un élément intentionnel, *l'animus manendi*<sup>840</sup>.

L'alinéa 3 de l'article 42 du Code de procédure civile ajouté par le décret n° 81 500 du 12 mai 1981<sup>841</sup> prévoit que « si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure ou celle de son choix s'il demeure à l'étranger ». Comme l'explique Madame le Professeur Gaudemet-Tallon<sup>842</sup>, il serait également abusif de déduire de l'article 42, alinéa 3, du Code de procédure civile une règle de compétence générale. Il ne s'agit que d'une règle de compétence spéciale applicable lorsque les tribunaux français jouissent d'une compétence internationale générale, par exemple en vertu des articles 14 et 15 du code civil<sup>843</sup>.

Si la règle de la compétence du tribunal du domicile du défendeur s'applique à toutes les actions personnelles, il existe cependant des règles particulières en matière d'adoption prévues à l'article 1166 du Code de procédure civile<sup>844</sup>.

400. Appliquée aux accords de maternité pour autrui, on retiendra donc selon cette règle la juridiction du lieu du domicile du défendeur.

#### b) La compétence fondée sur la nationalité française

401. Les articles 14 et 15 du Code civil prévoient un privilège de juridiction fondée sur la nationalité et donc au profit des Français. Lorsque l'une ou l'autre des parties est Française, les tribunaux français sont compétents<sup>845</sup>. L'étranger, même non résidant en France, peut être cité devant les tribunaux français pour l'exécution d'obligations contractées en France avec un Français. Mais il peut également être traduit devant les tribunaux français pour des obligations contractées en pays étranger envers des Français. De même, un Français peut être traduit devant un tribunal français pour des

---

CA Paris, 18 févr. 1994, *D.* 1994, somm. 351, l'arrêt écartant l'article 102 du code civil pour définir le domicile d'un prince saoudien assigné à Paris.

<sup>840</sup> H. GAUDEMET-TALLON, Compétence civile et commerciale, *Rép. Droit int.*, n°23.

<sup>841</sup> *D.* 1981. 221, rect. 302.

<sup>842</sup> H. GAUDEMET-TALLON, Compétence civile et commerciale, *Rép. Droit int.*, n°23.

<sup>843</sup> V. en particulier A. HUET, note *JDI* 1986. 725 et s., et article préc., *J.-Cl. int.*, fasc. 581-20, n° 19 ; Y. LEQUETTE, note *Rev. crit. DIP* 1986. 716.

<sup>844</sup> Cf. *Supra* n° 336 et s.

<sup>845</sup> V. notamment A. HUET, article préc., *J.-Cl. int.*, fasc. 581-30, 581-31 et 581-32.

obligations contractées en pays étranger avec un étranger. Cependant le demandeur étranger ou le défendeur français assigné à l'étranger<sup>846</sup> peuvent renoncer à ce privilège de juridiction.

Le droit européen a étendu le domaine d'application des articles 14 et 15, afin d'inclure les plaideurs domiciliés hors de l'Union européenne. Ainsi, une personne domiciliée en France peut utiliser les articles 14 et 15<sup>847</sup>, quelle que soit sa nationalité, dans un litige l'opposant à un défendeur domicilié hors de l'Union européenne<sup>848</sup>. Ce principe a été repris dans les règlements n° 1347/2000, *Bruxelles II*, du 29 mai 2000<sup>849</sup> et n° 2201/2003, *Bruxelles II bis*, du 27 novembre 2003<sup>850</sup>, tout en étant limité aux ressortissants européens.

402. Aujourd'hui, la compétence internationale des tribunaux français fondée sur les articles 14 et 15 du code civil n'a plus qu'un caractère subsidiaire par rapport aux règles ordinaires de compétence internationale. La compétence française est fondée sur un de ces articles, lorsqu'il n'y a aucun critère de compétence judiciaire territoriale en France. Ce caractère subsidiaire ressort de l'arrêt<sup>851</sup> du 19 novembre 1985 *Sté Cognacs and Brandies from France*<sup>852</sup>, où la première chambre civile affirmait que « l'article 14, qui donne compétence à la juridiction française en raison de la nationalité française du demandeur, n'a lieu de s'appliquer que lorsque aucun critère de compétence territoriale n'est réalisé en France ». Ainsi, lorsqu'un élément de rattachement à l'ordre juridictionnel français permet la mise en œuvre d'une règle ordinaire de compétence internationale, il

---

<sup>846</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, t. 2, n° 686 ; Cass. 1re civ. 7 déc. 1971, *D.* 1972, somm. 81, *JDI* 1972. 840, note J. BIGOT ; 16 juill. 1974, *Rev. crit. DIP* 1975. 509, note A. HUET, *D.* 1975, IR 52.

<sup>847</sup> Conventions de Bruxelles et de Lugano, ainsi que Règlement *Bruxelles I*, art. 4, al. 2 ; sur la portée des articles 14 et 15 du code civil dans l'Union européenne et l'AELE, dans le cadre des conventions de Bruxelles de 1968 et de Lugano de 1988.

<sup>848</sup> Ou dans un État non-contractant pour la Convention de Lugano.

<sup>849</sup> Article 8, al. 2.

<sup>850</sup> Article 7, al. 2 .

<sup>851</sup> V. aussi Cass. 1re civ. 7 juin 1989, *JCP* 1990. II. 21448, note J.-P. REMERY ; CA Paris, 22 mai 1991, *D.* 1992, somm. 167, obs. B. AUDIT ; Cass. 1re civ. 18 avr. 2000, *D.* 2000, IR 140, *JCP* 2000. IV. 1903.

<sup>852</sup> *Rev. crit. DIP* 1986. 712, note Y. LEQUETTE, *JDI* 1986. 719, note A. HUET, *D.* 1986. 362, note PREVAULT, *D.* 1986, IR 268, obs. B. AUDIT, *JCP* 1987. II. 20810, note P. COURBE, Grands arrêts, *op. cit.*, n° 71.

est impossible de recourir aux articles 14 et 15<sup>853</sup>.

Ils ne sont écartés que lorsqu'une règle ordinaire de compétence internationale donne compétence à un tribunal français. Si, au contraire, la règle ordinaire ne donne pas compétence à un tribunal français, les articles 14 et 15 jouent. La compétence française directe fondée sur les articles 14 et 15 s'impose au juge qui ne peut écarter ces textes, dès lors que les intéressés ne renoncent pas à s'en prévaloir<sup>854</sup>.

La compétence internationale des tribunaux français résultant des articles 14 et 15 est fondée non sur les droits nés des actes ou faits litigieux, mais sur la nationalité française du demandeur ou du défendeur au début de l'instance<sup>855</sup> et peu importe qu'il perde cette nationalité en cours d'instance<sup>856</sup>. Le demandeur français doit avoir un intérêt personnel et direct à agir pour se prévaloir de l'article 14<sup>857</sup>. Et en cas de double nationalité, on applique la solution traditionnellement admise ce qui signifie que la nationalité française permet de fonder la compétence judiciaire française même si elle n'est pas la nationalité effective.

---

<sup>853</sup> L'arrêt du 19 novembre 1985 a mis fin à une controverse qui s'était élevée en doctrine pour savoir s'il restait utile d'invoquer les articles 14 et 15 lorsque la compétence judiciaire internationale française résultait du jeu d'une règle ordinaire de compétence ; cette controverse avait été provoquée par l'arrêt *Stanton* de la Cour de cassation du 11 octobre 1967 qui avait énoncé : « Lorsqu'en vertu de l'article 14 du code civil une compétence générale est attribuée aux tribunaux français pour connaître d'un litige entre un Français et un étranger, la compétence spéciale du tribunal qui doit en être saisi est déterminée, s'il en existe une qui soit applicable, par les règles internes de compétence territoriale ». V. Cass. 1re civ. *JCP* 1967. II. 15304, note J. A., *Rev. crit. DIP* 1968. 105, note J. FOYER, *D.* 1968. 302, chron. E. CLAEYS, *Rép. Commaille* 1968. 139, note G. DROZ.

<sup>854</sup> Cass. 1re civ. 18 déc. 1990, *Rev. crit. DIP* 1991. 759, note B. ANCEL.

<sup>855</sup> Cass. 1re civ. 31 janv. 1995, *D.* 1995. 471, note P. COURBE ; Cass. 1re civ. 14 déc. 2004, n° 01-03.285, *RGDA* 2005. 188, note V. HEUZE, *D.* 2005, somm. 1199, obs. P. COURBE et H. CHANTELOUP.

<sup>856</sup> A. HUET, *J.-Cl. int.*, fasc. 581-30, n° 20.

<sup>857</sup> 22 févr. 2005, *Rev. crit. DIP* 2005. 671, note M.-E. ANCEL, *D.* 2005, IR 794, *JCP* 2005. IV. 1722 : le représentant légal d'une société étrangère ne peut se prévaloir de sa nationalité française pour fonder la compétence des juridictions françaises, dès lors qu'il ne justifie pas d'un intérêt personnel et direct à exercer en son nom propre l'action engagée ; dans le même sens, Cass. 1re civ. 3 déc. 1996, *Rev. crit. DIP* 1997. 318, note B. ANCEL, *D.* 1997, IR 10, *JCP* 1997. IV. 187 ; 7 avr. 1998, *Rev. crit. DIP* 1998. 459, note H. MUIR WATT ; CA Versailles, 4 nov. 2004, *RD aff. int.* 2005. 791, *Gaz. Pal.* 3-4 juin 2005, p. 26 ; V. déjà Cass. 1re civ. 28 juin 1989, *Rev. crit. DIP* 1990. 111, note H. GAUDEMET-TALLON posant la question de savoir si la nationalité française d'un demandeur peut justifier la compétence française à l'égard d'un codemandeur étranger.

Les articles 14 et 15 du code civil<sup>858</sup> sont fondés sur la seule nationalité française de l'une des parties<sup>859</sup>, peu importe que les parties aient ou non un domicile ou une résidence en France des parties<sup>860</sup>, ou qu'elles aient des liens plus caractérisés avec un autre pays que la France<sup>861</sup>, puisque la doctrine du *forum non conveniens* n'est pas reconnue en France. L'arrêt *Cie La Métropole*<sup>862</sup> a déclaré que « la compétence internationale des tribunaux français est fondée non sur les droits nés des faits litigieux, mais sur la nationalité des parties »<sup>863</sup>. Selon cet arrêt c'est la nationalité française des parties à l'instance qui entraîne le jeu des articles 14 et 15 du Code civil. Ainsi en cas de représentation, la compétence se fonde sur la nationalité du représenté, car c'est lui qui est partie au procès.

Bien que les articles 14 et 15 du Code civil ne visent que les « obligations contractées », la jurisprudence<sup>864</sup> et notamment l'arrêt *Weiss c/ Sté Atlantic Electric et autres*<sup>865</sup>, les a étendus aux actions patrimoniales ou extrapatrimoniales, en matière gracieuse comme en matière contentieuse<sup>866</sup>. Les articles 14 et 15 s'appliquent donc à

---

<sup>858</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8e éd., 2004

<sup>859</sup> Cass. 1re civ. 6 janv. 1987, *Rev. crit. DIP* 1988. 337, note Y. LEQUETTE, *D.* 1987. 467, note J. MASSIP.

<sup>860</sup> Cass. 2e civ. 25 févr. 1976, *Bull. civ. II*, n° 64, *D.* 1976, IR 150, obs. B. AUDIT ; Cass. 1re civ. 24 oct. 1979, *D.* 1980, IR 329, obs. B. AUDIT.

<sup>861</sup> En ce sens, Cass. 1re civ. 18 déc. 1990, *Rev. crit. DIP* 1991. 759, note B. ANCEL, qui casse CA Paris, 11 janv. 1989, *D.* 1989, somm. 256, obs. crit. B. AUDIT.

<sup>862</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 21 mars 1966, *D.* 1966. 429, note Ph. MALAURIE, *JDI* 1967. 380, note J.-D. BREDIN, *Rép. Commaille* 1966. 441, obs. G. DROZ, *ibid.* 1966. 493, obs. BOYER, *Rev. crit. DIP* 1966. 670, note A. PONSARD, *Grands arrêts, op. cit.*, n° 43.

<sup>863</sup> V. aussi Cass. 1re civ. 16 janv. 1973, *JDI* 1975. 336, note Ph. KAHN, *Rép. Commaille* 1975. 616, note G. DROZ, *Rev. crit. DIP* 1975. 92.

<sup>864</sup> Par exemple : Cass. civ. 1er févr. 1955, *JCP* 1955. II. 8657, note P. L. LUCAS, *Rev. crit. DIP* 1955. 327, note BATIFFOL, *JDI* 1956. 684 ; 5 mai et 16 juin 1959, ROUGERON, *D.* 1959. 377, note G. HOLLEAUX, *Rev. crit. DIP* 1959. 501, note BATIFFOL ; Cass. 2e civ. 7 juill. 1962, *JDI* 1963. 106, note PONSARD ; 12 juill. 1962, *JDI* 1963. 1056, note B. G. ; Cass. 1re civ. 19 juin 1963, *Bull. civ. I*, n° 332 ; 26 juin 1963, *ibid.* I, n° 346 ; 11 oct. 1967, *Stanton, op. cit.*.

<sup>865</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1970, *Weiss c/ Sté Atlantic Electric et autres*, *Rev. crit. DIP* 1971. 113, note BATIFFOL, *Grands arrêts, op. cit.*, n° 49.

<sup>866</sup> Le texte « a une portée générale s'étendant à toutes matières, à l'exclusion des actions réelles immobilières et demandes en partage, portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France ».

toute action, sauf les exceptions mentionnées par l'arrêt *Weiss*<sup>867</sup>. Le caractère de privilège attribué aux plaideurs français par les articles 14 et 15 en justifie l'extension à toutes les matières<sup>868</sup>.

Les parties peuvent renoncer à la compétence fondée sur la nationalité française car les articles 14 et 15 ne sont pas d'ordre public<sup>869</sup>. Mais il y a une distinction entre l'article 14 et l'article 15 du Code civil. L'article 14 n'accorde de privilège qu'au Français demandeur puisqu'il lui appartient de renoncer ou non à la compétence française. L'article 15 confère un privilège à la fois au demandeur étranger qui veut agir en France contre un défendeur français et au défendeur français qui, assigné à l'étranger, peut invoquer cet article.

L'exception d'incompétence prévue à l'article 74 du Code de procédure civile et fondée sur la renonciation aux articles 14 et 15 du code civil doit être soulevée *in limine litis*. Toutefois, la question de la renonciation a perdu de son intérêt concernant l'article 15 depuis l'arrêt *Prieur*<sup>870</sup>, puisque le privilège ne permet plus de s'opposer à la reconnaissance du jugement étranger. En ce qui concerne, l'article 14 en revanche il subsiste. La compétence française fondée sur les articles 14<sup>871</sup> et 15<sup>872</sup> n'était plus une compétence exclusive de toute autre compétence étrangère.

403. Dans l'hypothèse d'un conflit entre un couple intentionnel et la mère

---

<sup>867</sup> Contra, mais critiquable : CA Aix-en-Provence, 28 févr. 2006, *JCP* 2006. IV. 3218, refusant de faire jouer l'article 14 pour une action fondée sur la concurrence déloyale.

<sup>868</sup> En ce sens BARTIN, *op. cit.*, § 135 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, t. 2, no 680.

<sup>869</sup> Pour l'article 14 : Cass. 1re civ. 21 mai 1963, *Rev. crit. DIP* 1964. 340, note Y. LOUSSOUARN, *JDI* 1964. 113, note J.-B. SIALELLI, *RTD civ.* 1963. 795, obs. P. HEBRAUD et P. RAYNAUD, *Rép. Commaille* 1963. 636, note G. DROZ ; pour l'article 15 : Cass. com. 9 oct. 1967, *JDI* 1968. 918, note J.-D. BREDIN, *RTD com.* 1969. 378, note Y. LOUSSOUARN.

<sup>870</sup> Civ. 1re, 23 mai 2006, *D.* 2006. Jur. 1880, et chron. B. AUDIT, p. 1846 ; *D.* 2007. Pan. 1758, obs. F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2006. 324, obs. A. BOICHÉ ; *JCP* 2006. II. 10134, note P. CALLÉ ; *Rev. crit. DIP* 2006. 870, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 2006. 1377, note C. CHALAS ; *LPA* 2006, n° 190, note P. COURBE ; *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, 5e éd., 2006, n° 87.

<sup>871</sup> Cass. 1re civ. 22 mai 2007, *Banque de développement local c/Sté Ferrométal*, *D.* 2007, *AJ* 1596, note I. GALLMEISTER, *JCP* 2007, actualités p. 258, note C. CHABERT, *JDI* 2007. 956, note B. ANCEL et H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP* 2007. 610, note H. GAUDEMET-TALLON.

<sup>872</sup> Cass. 1re civ. 23 mai 2006, *Prieur*, n° 04-12.777, *Grands arrêts*, *op. cit.*, n° 87, *D.* 2006. 1846, chron. B. AUDIT ; *JCP* 2006. II. 10134, note P. CALLE ; *LPA* n° 190, 22 sept. 2006, p. 10, note P. COURBE ; *JDI* 2006. 1377, note C. CHALAS ; *Rev. crit. DIP* 2006. 870, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JCP* 2007. I. 109, n° 11, obs. C. DELPY.

porteuse, il faut tout d'abord s'assurer qu'aucune convention n'est compétente. Or, aucun texte n'a été adopté pour régler les litiges liés aux accords de maternité pour autrui. On appliquera donc les règles de compétence internationale. Ainsi, dans un contrat de maternité pour autrui, si aucune des parties n'est de nationalité française alors on applique la règle *actor sequitur forum rei*. Selon que le défendeur est la mère porteuse ou le couple intentionnel, le tribunal compétent est la juridiction du lieu où demeure le défendeur. Si en revanche l'une des parties est française et qu'elle ne renonce pas à ce privilège, on fait jouer les règles de compétences fondées sur la nationalité française issue des articles 14 et 15 du Code civil. Dans un conflit où le couple intentionnel serait demandeur et de nationalité française, peu importe que la mère porteuse soit elle-même de nationalité française ou qu'elle soit même ressortissante d'un pays membre de l'Union européenne, la juridiction compétente sera une juridiction française.

## 2. La règle de compétence selon les règles internationales en matière de droit des contrats

404. Deux textes internationaux qui portent sur la protection des enfants peuvent être source d'inspiration quant à la détermination de la juridiction compétente en matière de maternité pour autrui. Ils permettent de fonder la compétence sur le statut de l'enfant, et non pas sur la base d'autres considérations comme cela peut être le cas en matière contractuelle.

405. Aussi, des solutions peuvent-elles être trouvées dans la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (a) ainsi que sur la Règlement *Bruxelles II bis* concernant la compétence en matière de responsabilité parentale (b).

a) La détermination de la juridiction compétente selon les règles de la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants

406. Si l'on opte pour la théorie selon laquelle l'objet du contrat n'est pas

l'enfant, mais la filiation, on peut s'interroger sur l'application de la Convention de La Haye de 1996 sur la responsabilité des parents<sup>873</sup>, ou à défaut si les dispositions qui peuvent être transposées aux accords de maternité pour autrui.

La Convention contribue à la protection des enfants à l'échelle internationale. Elle s'applique aux enfants jusqu'à 18 ans et vise à établir le pays compétent pour prendre des mesures de protection d'un enfant ou de ses biens ; la loi applicable à l'exercice de cette compétence ; la loi applicable à la responsabilité parentale ; et la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection dans tous les pays signataires et la coopération entre les pays signataires. Parmi ces mesures certaines concernent la responsabilité parentale ainsi que le droit de garde.

Néanmoins, la Convention n'intègre pas les litiges issus des accords de maternité dans son champ d'application. Or, l'inexécution du contrat conduit le juge à devoir trouver des solutions aux questions de filiations et donc de responsabilités parentales ou de droit de garde. Les mesures proposées par cette convention pourraient donc être transposées aux litiges concernant les accords de maternité pour autrui. Ainsi, l'article 5 de la Convention dispose que les autorités de la résidence habituelle de l'enfant sont compétentes pour prendre des mesures de protection de la personne de l'enfant ou de ses biens. De plus, en cas de changement de résidence d'un enfant, sauf lorsqu'il y a déplacement illicite prévu à l'article 7, les autorités de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant sont compétentes. Cependant, la Convention ne définit pas la notion de résidence habituelle, elle n'indique pas non plus le délai nécessaire pour que la résidence soit considérée comme la résidence habituelle dans un État. La Convention ne prévoit pas non plus de dispositions permettant de proroger la compétence des autorités d'un État membre pour modifier des mesures qu'elles auraient prises, contrairement à l'article 9 du règlement Bruxelles II *bis* en matière de droit de visite dans le cadre d'un divorce.

407. L'article 7 prévoit que les juridictions de la résidence habituelle de l'enfant avant l'enlèvement international demeurent compétentes dans deux hypothèses. D'une part si la personne dont le droit de garde a été violé a acquiescé au déplacement ou au non-retour illicite, d'autre part si cette personne, tout en sachant où se trouvait l'enfant, a laissé s'écouler une période d'au moins un an depuis le déplacement sans présenter de demande de retour et si l'enfant est intégré dans son nouveau milieu.

---

<sup>873</sup> A. BOICHE, « Responsabilité parentale : la convention de La Haye du 19 octobre 1996 en vigueur au 1<sup>er</sup> février 2011 », *AJ Famille* 2011, p. 93.

Prenons l'exemple d'un contrat de maternité pour autrui entre un couple commanditaire français et une mère porteuse belge. Si la mère porteuse considérée comme la mère légale ne souhaite pas remettre l'enfant et l'emmène avec elle en Belgique, il s'agit d'un déplacement illicite qui s'entend comme la violation du droit de garde du père. Les juridictions belges ne sont pas compétentes pour statuer sur le sort de l'enfant. Elles ne le deviendront que si le père, acquiesce au déplacement ou s'il savait où l'enfant se trouvait et qu'il n'a pas agi en vue d'obtenir son retour dans l'année suivant le déplacement et si l'enfant s'est bien intégré en Belgique.

408. Les articles 8 et 9 de la convention organisent le transfert de compétence au bénéfice d'un for plus approprié. Selon la théorie du *forum non conveniens*<sup>874</sup>, le juge en principe compétent peut renvoyer l'affaire à un juge qu'il estime mieux placé pour statuer, en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 8 traite de l'hypothèse dans laquelle un juge envisagerait de se dessaisir au profit des autorités d'un État membre qu'il estimerait mieux placées, tandis que l'article 9 traite de l'hypothèse où un juge, qui n'est pas compétent au sens de la Convention, se considère comme mieux placé et sollicite du juge de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant qu'il se dessaisisse à son profit. Les juridictions qui peuvent être considérées comme mieux placées sont limitativement énumérées par l'article 8 § 2 : « les États contractants dont une autorité peut être requise ou saisie dans les conditions fixées au paragraphe précédent sont :

- a. Un État dont l'enfant possède la nationalité;
- b. Un État dans lequel sont situés des biens de l'enfant;
- c. Un État dont une autorité est saisie d'une demande en divorce ou séparation de corps des parents de l'enfant, ou en annulation de leur mariage;
- d. Un État avec lequel l'enfant présente un lien étroit.

La juridiction d'un État contractant compétente en vertu des articles 5 ou 6, qui estimerait que les autorités d'un autre État membre sont mieux placées, peut soit saisir les

---

<sup>874</sup> Sur ce point voir : Institut de droit international. Session de Bruges, 25 août-2 septembre 2003, « Le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux anti-suit injonctions. Principes directeurs », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 805 ; H. MUIR WATT, A. NUYTS, « L'exception de *forum non conveniens* (Étude de droit international privé comparé) », préf. Arthur T. VON MEHREN, Bruylant, *LGDJ*, 2003, 973 pages, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 303 ; C. CHALAS, De l'application de la doctrine du *forum non conveniens* par le juge anglais Chambre des Lords ; 20 juillet 2000, *S.W.B. Lubbe c. Cape plc*, *Rev. crit. DIP* 2002 p. 690 ; P. COURBE, « Quelle place pour le *forum non conveniens* ? », *Recueil Dalloz* 2008 p. 1452.

autorités de cet État directement ou avec le concours de l'autorité centrale, soit inviter les parties à saisir les autorités de cet État ».

Les articles 11 et 12 de la Convention portent sur les mesures de protection prises en urgence et sur les mesures provisoires à caractère temporaire et avec une efficacité territoriale limitée. Ils donnent compétence pour prendre ce type de mesures aux autorités de l'État membre sur lequel se trouve l'enfant ou ses biens. Il est également prévu que les mesures prises en application de ces textes cesseront de s'appliquer à l'égard d'un enfant qui a sa résidence habituelle dans un État contractant, dès lors que les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 10 auront pris les mesures exigées par la situation.

L'article 13 prévoit des mesures afin d'éviter les conflits de procédures. Un juge saisi et compétent doit s'abstenir de statuer s'il constate qu'un juge d'un autre État membre, également compétent, a été saisi préalablement et que ses mesures demeurent en cours d'examen.

Enfin, l'article 14 assure la continuité des mesures prises en cas de déménagement de l'enfant jusqu'à ce que les autorités de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant aient pris de nouvelles décisions.

409. Il semble logique que l'État qui doit trancher un litige affectant l'accord de maternité pour autrui, soit le même que celui devant se prononcer sur la question de la reconnaissance de l'état civil de l'enfant et donc soit le tribunal du lieu où l'enfant a sa résidence habituelle. La notion de résidence habituelle doit s'entendre ici comme le lieu où l'enfant est destiné à vivre, c'est-à-dire chez le couple intentionnel. Cependant, la juridiction se trouve loin de la mère porteuse ce qui peut alors être un problème et n'est donc pas entièrement satisfaisant. Toutefois, s'il s'agit de la résidence habituelle de l'enfant, cela signifie que la mère porteuse a déjà consenti à confier l'enfant au couple intentionnel. Il paraît donc logique que la juridiction du lieu de résidence de l'enfant soit compétente.

Un système de règles similaires pourrait donc être adopté pour les accords de maternité de substitution. Si l'objet du contrat est la filiation, reste alors à déterminer à quel moment s'opère le transfert. En effet, la plupart des États estiment que le transfert ne peut se faire avant la naissance de l'enfant. Or puisque les règles prévues par la Convention de La Haye se fondent sur le lieu où l'enfant se trouve ou le lieu où il a sa résidence habituelle, de tels critères permettent d'éviter la difficile question de la

détermination des parents légaux de l'enfant. Il semble donc plus judicieux que l'élément déterminant soit la résidence habituelle des parents légaux de l'enfant, ou la présence de l'enfant sur un territoire donné, lorsque la résidence habituelle des parents est incertaine<sup>875</sup>. En choisissant la compétence de la juridiction de la résidence habituelle de

---

<sup>875</sup> Comme le prévoit l'article 15 du Règlement *Bruxelles II bis* « Renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire

1. À titre d'exception, les juridictions d'un État membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant:

a) surseoir à statuer sur l'affaire ou sur la partie en question et inviter les parties à saisir d'une demande la juridiction de cet autre État membre conformément au paragraphe 4, ou

b) demander à la juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément au paragraphe 5.

2. Le paragraphe 1 est applicable

a) sur requête de l'une des parties ou

b) à l'initiative de la juridiction ou

c) à la demande de la juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier, conformément au paragraphe 3.

Le renvoi ne peut cependant être effectué à l'initiative de la juridiction ou à la demande de la juridiction d'un autre État membre que s'il est accepté par l'une des parties au moins.

3. Il est considéré que l'enfant a un lien particulier avec un État membre, au sens du paragraphe 1, si

a) après la saisine de la juridiction visée au paragraphe 1, l'enfant a acquis sa résidence habituelle dans cet État membre, ou

b) l'enfant a résidé de manière habituelle dans cet État membre, ou

c) l'enfant est ressortissant de cet État membre, ou

d) l'un des titulaires de la responsabilité parentale a sa résidence habituelle dans cet État membre, ou

e) le litige porte sur les mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de biens détenus par l'enfant et qui se trouvent sur le territoire de cet État membre.

4. La juridiction de l'État membre compétente pour connaître du fond impartit un délai durant lequel les juridictions de l'autre État membre doivent être saisies conformément au paragraphe 1.

Si les juridictions ne sont pas saisies durant ce délai, la juridiction saisie continue d'exercer sa compétence conformément aux articles 8 à 14.

5. Les juridictions de cet autre État membre peuvent, lorsque, en raison des circonstances spécifiques de l'affaire, cela est dans l'intérêt supérieur de l'enfant, se déclarer compétentes dans un délai de six semaines à compter de la date à laquelle elles ont été saisies sur base du paragraphe 1, point a) ou b).

l'enfant, on s'assure que le tribunal compétent est celui du lieu de résidence des parents à l'égard de qui la filiation de l'enfant est établie. S'il semble relativement logique que ce soit la juridiction de la résidence habituelle de l'enfant, qui est aussi celle des parents qui soit compétente, cela permet également d'assurer une unité dans le statut juridique et l'accès à la justice des ressortissants d'un État donné.

- b) La détermination de la juridiction compétente selon les règles selon le Règlement *Bruxelles II bis* relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale<sup>876</sup>

410. Il semble que la compétence du for la plus appropriée en matière de responsabilité parentale soit la juridiction de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant. Sa compétence est examinée au moment où la juridiction est saisie. Une fois qu'une juridiction compétente est saisie, elle conserve sa compétence même si l'enfant acquiert une résidence habituelle dans un autre État membre au cours de la procédure. C'est le principe de « *perpetuatio fori* ». Cela signifie qu'un changement ultérieur de la résidence habituelle de l'enfant n'implique donc pas à lui seul un changement de compétence.

Néanmoins, l'article 15 permet de renvoyer une affaire, si cela est dans l'intérêt de l'enfant et sous certaines conditions, à une juridiction de l'État membre dans lequel l'enfant a déménagé<sup>877</sup>. Si la résidence habituelle d'un enfant change à la suite d'un déplacement ou d'un non-retour illicite, la compétence ne peut changer que dans des conditions strictement définies<sup>878</sup>.

---

Dans ce cas, la juridiction première saisie décline sa compétence. Dans le cas contraire, la juridiction première saisie continue d'exercer sa compétence conformément aux articles 8 à 14.

6. Les juridictions coopèrent aux fins du présent article, par voie directe ou par l'intermédiaire des autorités centrales désignées conformément à l'article 53 ».

<sup>876</sup> Guide pratique pour l'application du nouveau règlement *Bruxelles II*, Règlement du Conseil (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, mis à jour 1 mars 2005.

<sup>877</sup> Voir chapitre III du Règlement *Bruxelles II bis*

<sup>878</sup> Voir chapitre VII du Règlement *Bruxelles II bis*

Les articles 9, 10, 12 et 13 du Règlement prévoient des exceptions à la règle principale, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles la compétence peut revenir aux juridictions d'un État membre dans lequel l'enfant n'a pas sa résidence habituelle.

Selon l'article 9, « lorsqu'un enfant déménage légalement d'un État membre dans un autre et y acquiert une nouvelle résidence habituelle, les juridictions de l'État membre de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant gardent leur compétence, par dérogation à l'article 8, durant une période de trois mois suivant le déménagement, pour modifier une décision concernant le droit de visite rendue dans cet État membre avant que l'enfant ait déménagé, lorsque le titulaire du droit de visite en vertu de la décision concernant le droit de visite continue à résider habituellement dans l'État membre de l'ancienne résidence habituelle de l'enfant ». Si aucune décision sur le droit de visite n'a été rendue par les juridictions de l'État membre d'origine, l'article 9 n'est pas applicable et les autres règles de compétence entrent en jeu. Cet article s'applique seulement si l'enfant a acquis sa résidence habituelle dans le nouvel État membre durant une période de trois mois. Si l'enfant n'a pas acquis sa résidence habituelle à l'issue de cette période, les juridictions de l'État membre d'origine conservent, en principe, leur compétence conformément à l'article 8. En outre, si le titulaire du droit de visite a cessé d'avoir sa résidence habituelle dans l'État membre d'origine, l'article 9 n'est pas applicable. Lorsque l'enfant a acquis sa résidence habituelle, les juridictions du nouvel État membre deviennent compétentes.

411. En s'inspirant des dispositions prévues par le Règlement *Bruxelles II bis*, on pourrait décider que c'est la juridiction de la résidence habituelle qui serait compétente en cas de conflit dans un accord de maternité pour autrui. Les exceptions prévues par le texte peuvent également être reprises en l'espèce.

## **II. LE RECOURS A UNE OPTION JURIDICTIONNELLE**

412. Si la maternité de substitution est un jour légalisée en France, il est intéressant de s'interroger sur les limites que le droit français imposera à ce type d'accords. Grâce au caractère international de ces conventions, les contractants pourraient choisir d'attribuer compétence à une juridiction autre que celle prévue par les règles de

droit commun, pour régler les litiges issus de cet accord.

Si le droit français est réticent à laisser les parties déterminer la loi ou la juridiction compétente lorsque l'objet du contrat relève du droit de la famille ; d'autres législations étrangères, en revanche, permettent aux parties d'introduire au sein des contrats de maternité de substitution une clause d'élection de for. Ainsi, la compétence juridictionnelle peut faire l'objet de deux types de dérogations conventionnelles. Les parties peuvent déroger aux règles de compétence en désignant une juridiction autre que celle compétente grâce aux clauses attributives de juridiction (A), mais aussi écarter la compétence des juridictions étatiques, au profit de celle d'un juge privé et décider de soumettre leur litige à un arbitre par le biais de clauses compromissoires (B).

## A. LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE JURIDICTION

413. Eu égard au caractère contractuel des accords de maternité pour autrui la question de savoir si les parties peuvent-elle insérer une clause attributive de juridiction se pose (1). En outre, au regard du droit français, une telle clause est-elle envisageable alors que les accords de maternité pour autrui relèvent de l'état et de la capacité des personnes (2).

### 1. La possible insertion d'une clause attributive de juridiction

414. Les conventions de maternité pour autrui respectent deux des critères imposés à la validité de la clause d'élection de for. La clause ne peut être insérée que dans des contrats qui ont un caractère international (a), et sous la condition que les parties y aient consenti (b).

a) Le caractère international des contrats de maternité pour autrui

415. Une clause attributive de juridiction ne peut être insérée que dans un contrat international. En effet, l'article 48 du Code de procédure civile interdit les clauses attributives de juridiction dans l'ordre interne, « à moins qu'elle n'ait été convenue entre

des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée »<sup>879</sup>. La difficulté est de déterminer la notion de « contrat international »<sup>880</sup>. Ainsi, pour Batiffol, « un contrat a un caractère international quand, par les actes concernant sa conclusion ou son exécution, ou la situation des parties quant à leur nationalité ou leur domicile, ou la localisation de son objet, il a des liens avec plus d'un système juridique »<sup>881</sup>.

En ce qui concerne la définition *in abstracto* de l'internationalité<sup>882</sup>, les éléments du débat sont les mêmes que lorsqu'il s'agit de définir l'internationalité d'un contrat. La seule différence de nationalité des parties n'est ni un élément nécessaire, ni suffisant pour que l'on puisse parler de litige international. Seul le critère économique classique de « mise en cause des intérêts du commerce international » permettrait de déterminer si oui ou non le litige est international. De plus dans l'arrêt *CSEE c/Sté Sorelec*<sup>883</sup>, la Cour de cassation a jugé que la seule désignation d'un tribunal étranger, tandis que l'affaire soulève un problème de droit interne, ne peut rendre ce litige international. Cela se comprend puisqu'il serait trop simple de tourner la prohibition posée par l'article 48 du Code de procédure civile dans l'ordre interne. Mais, au regard de la clause attributive de juridiction, il est important de savoir à quel moment doit être appréciée le caractère international. La Cour de cassation semble estimer que l'internationalité doit être appréciée au moment où l'instance est engagée. Cependant, comme les parties doivent savoir dès la conclusion de cette clause si elle est licite ou non, l'internationalité doit être appréciée dès ce moment<sup>884</sup>. Il faut se placer au moment où la clause est conclue pour

---

<sup>879</sup> V. par exemple CA Lyon, 19 juin 2003, *JCP* 2004. IV. 1306.

<sup>880</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. Drt. Int.*, V. Compétence internationale : matière civile et commerciale, n°1.

<sup>881</sup> V. *Rép. Drt. Int.*, V. Contrats et conventions, n° 9.

<sup>882</sup> L'internationalité, bilan et perspectives, colloque Toulouse 1, 2001, *RLDA*, suppl. févr. 2002.

<sup>883</sup> Civ. 1re, 17 déc. 1985, *CSEE c/Sté Sorelec*, *Rev. crit. DIP* 1986. 537, note GAUDEMET-TALLON ; *D.* 1986. IR 265, obs. AUDIT ; *Grands arrêts, op. cit.*, n° 72.

<sup>884</sup> Sur la notion de litige international, V. CA Paris, 14 nov. 1990 *JDI* 1991. 734, note H. GAUDEMET-TALLON, et la note sur l'éventualité d'une dissociation entre le caractère international du contrat et le caractère international du litige ; sur l'appréciation du caractère international dans les chaînes de contrats : F. LEBORGNE, *op. cit.*, spéc. no 174.

apprécier l'internationalité du litige<sup>885</sup>. Il n'y a aucune raison de ne pas adopter la même solution en droit international privé commun.

416. Deux hypothèses sont possibles. Tout d'abord celle dans laquelle un couple français contracte avec une mère porteuse française. Dans ce cas, les parties ne peuvent insérer une clause d'élection de for. Seules les juridictions françaises seront compétentes. En revanche, dans l'hypothèse où l'une des parties est française et l'autre étrangère, le critère d'internationalité est respecté et la clause attributive de juridiction est envisageable, sous condition que les deux parties y consentent.

#### b) Le consentement

417. Le consentement des parties à la clause attributive de juridiction doit être certain. Il faut que l'acceptation de la clause par les deux parties ne fasse aucun doute. Dans l'ensemble, la jurisprudence est assez exigeante pour s'assurer du consentement des deux parties à la clause<sup>886</sup>. Elle l'a d'ailleurs prouvé dans quelques affaires. Ainsi, en

---

<sup>885</sup> À propos d'une clause relevant de l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 4 oct. 2005, *Rev. crit. DIP* 2006. 413, note M. AUDIT, *JDI* 2006. 169, note J.-M. JACQUET, *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 2006, p. 24, note M.-L. NIBOYET ; V. déjà en ce sens H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 135.

<sup>886</sup> V. encore CA Paris, 18 déc. 1987, *D.* 1988, somm. 343, obs. B. AUDIT : inefficacité d'une clause rédigée en français au dos d'une facture libellée en anglais ; CA Paris, 29 juin 1993, *D.* 1993, IR 248 : nécessité de s'assurer du consentement d'un client occasionnel en matière de transport maritime ; sur les problèmes suscités par des clauses contraires contenues dans les conditions générales de chacun des contractants : CA Paris, 13 déc. 1995, *JCP* 1997. II. 22772, note P. de VAREILLES-SOMMIERES, rendu en application de l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968 ; CA Grenoble, 28 nov. 1989, *JDI* 1990. 626, note Ph. KAHN, a fait prévaloir une clause attributive de juridiction contenue dans le contrat lui-même sur une clause compromissoire qui ne figurait que dans les conditions générales de vente ; V. aussi Cass. 1<sup>re</sup> civ. 27 avr. 2004, pourvois joints n° 01-13.831 et n° 01-15.975, *Bull. civ. I*, n° 112, *RTD civ.* 2004. 770, obs. Ph. THERY, faisant jouer la clause attributive de juridiction contenue dans les conditions générales au moment des faits, et non la clause compromissoire introduite postérieurement ; mais, donnant la préférence à la clause compromissoire, Cass. 2<sup>e</sup> civ. 18 déc. 2003, *Cahiers de l'arbitrage* 2004/1, p. 20 ; CA Nancy, 22 nov. 2004, *Cahiers de l'arbitrage* 2006/1, p. 44 ; en présence d'un contrat d'approvisionnement contenant une clause compromissoire et d'un contrat de gage contenant une clause attributive de juridiction, la clause attributive doit s'appliquer pour le contrat de gage, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 4 juill. 2006, n° 05-11.591, *Cahiers de l'arbitrage* 2006/2, p. 44 ; si une clause compromissoire a été annulée et remplacée par une clause attributive de juridiction, celle-ci doit être respectée, Cass. 1<sup>re</sup> civ. 11 juill. 2006, n° 03-19.838, *Cahiers de l'arbitrage* 2006/2, p. 44, *JDI* 2007. 146, note S. SANA-CHAILLE DE NERE.

matière de transport maritime, la question de l'acceptation de la clause par le chargeur a souvent été portée devant les tribunaux et certaines décisions françaises se sont montrées assez exigeantes, alors que la Cour de justice de l'Union européenne est plus libérale<sup>887</sup>.

L'accord des parties doit porter précisément sur la compétence judiciaire. Ainsi, la clause d'élection de domicile ne vaut attribution de compétence que si elle marque une volonté certaine de déférer le litige aux tribunaux du domicile élu<sup>888</sup>. Il est certain que la seule soumission du contrat à une loi étrangère ne vaut pas attribution de compétence aux tribunaux étrangers<sup>889</sup>.

418. Les parties jouissent donc d'une grande liberté dans la désignation du tribunal qu'elles choisissent. Elles peuvent choisir tel tribunal dans un État donné ; mais aussi désigner de façon générale les tribunaux de tel ou tel État « dès lors que le droit interne de cet État permet de déterminer le tribunal spécialement compétent »<sup>890</sup>. Si les parties ont désigné de façon globale « les tribunaux français » et qu'aucun critère de compétence territoriale ne permet de désigner spécialement tel tribunal français, le tribunal compétent sera celui dont la saisine est « conforme à une bonne administration de la justice »<sup>891</sup>. Les parties peuvent également désigner un tribunal « neutre », c'est-à-dire un tribunal qui n'a pas de lien objectif avec l'affaire<sup>892</sup>.

---

<sup>887</sup> V. en particulier CJCE 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti*, aff. 159/97.

<sup>888</sup> Cass. 1re civ. 13 nov. 1957, *Rev. crit. DIP* 1958. 735, note Y. LOUSSOUARN, *JDI* 1958. 828, obs. SIALELLI.

<sup>889</sup> Jurisprudence constante ; par exemple : Cass. 1re civ. 16 juin 1981, *D.* 1982, IR 71, obs. B. AUDIT, *Rev. crit. DIP* 1981. 721, note H. GAUDEMET-TALLON ; Cass. soc. 2 juin et 20 oct. 1983, *JDI* 1984. 338, 1re et 2e esp., note P. RODIERE, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1985. 99, note H. GAUDEMET-TALLON.

<sup>890</sup> Cass. 1re civ. 17 déc. 1985, préc. *supra*, n° 84 qui pose le principe ; Cass. com. 19 mars 1991, *D.* 1991, IR 113 ; *RJDA* 7/1991, n° 661 ; Cass. com. 25 nov. 1997, *Rev. crit. DIP* 1998. 98, note J.-P. REMERY, *JCP* 1998. IV. 1063 ; Cass. 1re civ. 13 avr. 1999, no 96-22.517, *D.* 1999, IR 128 ; *contra* : CA Aix-en-Provence, 15 juin 1972, *D.* 1972. 756, notes crit. R. Rodière, *Rev. crit. DIP* 1973. 350, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. Commaile* 1973. 617, note G. DROZ ; CA Aix-en-Provence, 14 mai 1981, *DMF* 1982. 341, note R. ACHARD ; CA Paris, 30 janv. 1991, *D.* 1993, somm. 380, obs. J. M. MOUSSERON et J. SCHMIDT ; CA Rouen, 28 janv. 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 307, note crit. H. GAUDEMET-TALLON.

<sup>891</sup> Comp. Cass. 1re civ. 13 avr. 1999, n° 97-11.108, *D.* 1999, IR 128, *Rev. crit. DIP* 2000. 219, note crit. B. ANCEL, en présence d'une clause attributive de compétence aux tribunaux français, reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir précisé en quoi le droit interne français permettait la désignation du tribunal spéc. compétent.

<sup>892</sup> Cass. com. 19 déc. 1978, *JDI* 1979. 366, note H. GAUDEMET-TALLON, *Rev. crit. DIP* 1979. 617, note A. HUET, *D.* 1979, IR 241, obs. B. AUDIT, affaire dans laquelle les parties française et allemande ont

## 2. L'impossibilité d'insérer une clause attributive de juridiction dans les conventions de maternité pour autrui

419. En France, la compétence territoriale d'une juridiction française pour connaître d'un litige relatif à l'état des personnes est en général impérative<sup>893</sup>. Il en résulte qu'une clause attribuant compétence à un tribunal étranger est illicite lorsque, par exemple, une action en matière de filiation ou de divorce relève de la compétence internationale ordinaire des tribunaux français en vertu, respectivement, des articles 42 et 1070 du Code de procédure civile<sup>894</sup>. Ainsi, après avoir affirmé que les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites, la Cour de cassation dans deux arrêts du 17 décembre 1985 et du 25 novembre 1986 ajoute : « lorsque la clause (désignant un tribunal étranger) ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une

---

pu valablement choisir un tribunal suisse préférant le recours aux tribunaux d'un État tiers pour régler leurs difficultés communes ; CA Paris, 10 oct. 1990, *op. cit.*

<sup>893</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. Dr. int., op. cit.*

<sup>894</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, p. 655, *op. cit.* P. COURBE, *Droit international privé*, Hachette supérieur, 2007, n° 326, H. GAUDEMET-TALLON, note : *Rev. crit. DIP* 1986, p. 545 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 800, *op. cit.* ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES p. 631, note 2, *op. cit.* ; P. MAYER et V. HEUZE, n° 304, *op. cit.* ; Comp. CA Paris, 12 mars 1996 : *D.* 1998, somm. p. 282, obs. B. AUDIT, qui semble mettre en doute la licéité d'une clause attributive de juridiction en matière d'état des personnes en énonçant qu'« à le supposer même valide », un engagement de soumettre à une autorité religieuse étrangère les litiges pouvant opposer des époux doit avoir été accepté en connaissance de cause, V. aussi, Cass. 1re civ, 1er avr. 1981 : *JDI* 1981, p. 812, note D. ALEXANDRE ; *Bull. civ.* 1981, I, n° 117 ; *D.* 1982, inf. rap. p. 69, obs. B. AUDIT, disant que « la compétence normale des tribunaux français en vertu de l'article 5 du décret du 5 décembre 1975 est une compétence à laquelle il ne peut être renoncé ». *Contra* B. AUDIT et L. D'AVOUT, n° 396, *op. cit.* qui, après avoir écrit que « l'état des personnes, notamment le divorce, n'est pas normalement susceptible de faire l'objet d'une convention sur la compétence », ajoutent que « néanmoins, l'article 1070 ne doit pas nécessairement faire obstacle à ce que des époux étrangers de même nationalité s'accordent pour soumettre leur divorce à un tribunal de leur pays », V. aussi M.-L. NIBOYET et G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 401, *op. cit.* « on peut hésiter pour les règles concernant l'état des personnes dont l'impérativité pourrait être remise en cause à la faveur du rôle croissant que l'on tend à reconnaître en la matière à la volonté des parties », En revanche, n'est pas impérative la compétence internationale des tribunaux français fondée sur les articles 14 et 15 du Code civil, de sorte que même en matière d'état des personnes, une clause de choix d'un tribunal étranger est licite et emporte renonciation au bénéfice de ces articles, V. *JCl. Drt int.*, Fasc. 581-32, ou *Civil Code*, Art. 14 et 15, fasc. 40.

juridiction française »<sup>895</sup>. La Cour a également estimé à propos d'un litige contractuel relevant de la compétence internationale ordinaire des tribunaux français, en vertu des articles 42, 43 et 46 du Code de procédure civile, que l'hypothèse selon laquelle la clause qui élit un tribunal étranger fait échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française « est exclue en l'occurrence »<sup>896</sup>.

420. Le domaine de l'état des personnes relève la compétence impérative des juridictions françaises. En effet, les prorogations volontaires de compétence semblent être interdites chaque fois que les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits<sup>897</sup>. Les prorogations sont donc illicites dans les litiges relatifs à l'état et à la capacité des personnes. Tandis qu'en droit positif français, le statut personnel semble ne pas pouvoir faire l'objet de prorogations de compétence<sup>898</sup>, la tendance est au développement de l'autonomie de la volonté en droit de la famille<sup>899</sup>. Le divorce en est un parfait exemple avec le Règlement *Bruxelles II bis*. Il est donc probable que le droit évoluera également ce qui concerne le statut personnel extrapatrimonial.

Cependant, une telle évolution ne peut atteindre les conventions de maternité de substitution. Laisser le choix aux parties d'élire une juridiction différente de celle de l'État dans lequel la situation va produire des effets juridiques entrainerait une inégalité entre les nationaux. En effet, les jugements qui produisent des effets dans un pays donné, seraient rendus par des juges issus de juridictions différentes et choisie par les parties. Il y aurait donc une rupture d'égalité et d'unité dans les jugements, et donc dans leurs effets.

---

<sup>895</sup> V. aussi, CA Paris, 14 nov. 1990, *op. cit.*, La formule est empruntée à P. MAYER, *op. cit.*, 2e éd., n° 301, Bien entendu, la clause désignant un tribunal étranger est licite si elle fait simplement échec à l'article 14 ou à l'article 15 du Code civil, M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 401, *op. cit.*

<sup>896</sup> Cass. 1re civ., 17 déc. 1985, *op. cit.* ; Dans le même sens, H. GAUDEMET-TALLON, note, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 544.

<sup>897</sup> Sur cette notion : B. FAUVARQUE-COSSON, *Règle de conflit et libre disposition des droits*, 1996, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 272, LGDJ.

<sup>898</sup> A. HUET, article préc., *J.-Cl. int.*, fasc. 581-41, n° 22.

<sup>899</sup> V. par exemple, la proposition de règlement communautaire du 17 juill. 2006, modifiant le règlement n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, COM[2006] 399 final, qui prévoit, dans un article 3 bis, que les parties puissent choisir, parmi ceux énumérés au texte, le tribunal qui connaîtra de leur divorce et précise que « la convention attributive de compétence doit être formulée par écrit et signée par les deux conjoints au plus tard au moment de la saisine de la juridiction ».

La clause d'élection de for, même si elle ne met pas en danger la sécurité juridique des parties éclairées et compétentes pour apprécier les conséquences de leur décision, présente un danger pour l'unité juridique de situations ayant des effets de droit dans un même pays. Tant que la question est rattachée au statut personnel des contractants, elle doit rester soumise aux règles de leur domicile ou de leur nationalité.

En outre, dans les accords de maternité pour autrui les parties ne sont pas sur un pied d'égalité. En général, la mère porteuse est faible et n'a pas la possibilité de faire entendre ses intérêts. L'insertion d'une clause attributive de juridiction met en danger les intérêts d'une partie faible. Une telle clause ne devrait donc pas avoir sa place dans un contrat où les parties n'ont pas une position égale.

## B. LE RECOURS A L'ARBITRAGE DANS LES CONTRATS DE MATERNITE POUR AUTRUI

421. Si en France les questions d'état des personnes ne peuvent être réglées par la voie de l'arbitrage, dans d'autres États, comme aux États-Unis, le tribunal arbitral est compétent pour régler les litiges. Ce mode de règlement propose des avantages tels que la discrétion et la rapidité qui sont recherchées et utiles dans les litiges de maternité pour autrui (1). Se pose alors la question de la reconnaissance de la sentence arbitrale dans les États qui ne légalisent pas la pratique comme la France (2).

### 1. L'opportunité du recours à l'arbitrage dans les accords de maternité pour autrui

422. La liberté des parties dans la détermination des règles applicables à la procédure arbitrale peut être limitée par les dispositions de la loi du siège du tribunal arbitral qui peuvent être impératives. Ainsi, contrairement à l'interdiction française, l'arbitrage est autorisé aux États-Unis en matière d'état et de capacités des personnes (a), ce qui permet aux parties de bénéficier des avantages de cette procédure (b).

a) Entre interdiction et légalisation de l'arbitrage en matière d'état des personnes,

une opposition franco-américaine

423. Le droit français exclut l'arbitrage en matière d'état des personnes. Cette question relève, en effet, de la compétence exclusive du tribunal de grande instance. L'article 2060 du Code civil dispose qu'« on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ». Il semble que le législateur estime que rien ne garantit que l'arbitre ne respecte les politiques impératives imposées par le droit français. Il est pourtant d'autres États qui permettent le règlement des litiges nés de conventions de maternité pour autrui par le biais de l'arbitrage. Les contrats de maternité pour autrui américains contiennent, par exemple, des dispositions qui permettent le règlement du litige par des moyens alternatifs, tels que la médiation ou l'arbitrage<sup>900</sup>.

424. Si l'on prend l'exemple des États-Unis, les agences préfèrent les modes de règlement alternatifs qui présentent l'avantage d'être discrets et qui aboutissent à une solution plus rapide que celles rendues par la voie des juridictions classiques.

Aux États-Unis, la Caroline du Nord est devenue le premier État à adopter une loi d'arbitrage spécialement conçu pour les affaires de droit de la famille le 1<sup>er</sup> Octobre 1999. Cette loi a été modifiée en 2003 et à nouveau en 2005 après que la Caroline du Nord ait adopté le *Revised Uniform Arbitration Act* pour les arbitrages commerciaux

---

<sup>900</sup> « *The Surrogate and Choices agree to the following terms concerning arbitration to increase, reinforce and protect the privacy of the Surrogate, IP(s) and any possible offspring, and to select final, binding, mandatory, private arbitration as the best, quickest, most private and most economical means of contesting and resolving any dispute, controversy, claim or disagreement arising out of or related to the Contract or the surrogacy process* »  
[http://www.choicesdonations.com/source/forms/pdf\\_forms/Surrogate\\_Agreement\\_Feb2013.pdf](http://www.choicesdonations.com/source/forms/pdf_forms/Surrogate_Agreement_Feb2013.pdf) (01/2014)

« *Any and all disputes relating to this Agreement or breach thereof shall be settled by arbitration in \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, in accordance with then current rules of the American Arbitration Association, and judgment upon the award entered by the arbitrators may be entered in any Court having jurisdiction hereto. Costs of arbitration, including reasonable attorney's to the prevailing party by the Party designated by the Arbitrator or Court. Should one party either dismiss or abandon the claim or counterclaim before hearing thereon, the other Party shall be deemed the "Prevailing Party" pursuant to this Agreement. Should both parties receive judgment or award on their respective claims, the party in whose favor the larger judgment or award is rendered shall be deemed the "Prevailing Party" pursuant to this Agreement* »

généraux. Les modifications apportées en 2005 étaient nécessaires pour intégrer les améliorations du *Revised Uniform Arbitration Act* au *United States Arbitration Act*. Par la suite les États du Colorado, le Connecticut, l'Indiana, le Michigan, le New Hampshire et du Nouveau-Mexique ont suivi l'exemple de la Caroline du Nord et ont adopté des lois spécifiques d'arbitrage matrimonial. Aucune de ces lois n'est aussi complète que celle adoptée en Caroline du Nord.

Cependant, ces règles fondées sur le droit de l'arbitrage commercial se relèvent souvent inadaptées en raison de la nature de ce type de litige. Les lois générales de l'arbitrage commercial ne conviennent pas et n'ont pas une autorité suffisante pour répondre à toutes les questions rencontrées en droit de la famille.

#### b) Les avantages du recours à l'arbitrage

425. L'arbitrage présente différents avantages qui correspondent aux attentes des parties engagées dans ce type d'accords. Qu'il s'agisse du couple commanditaire, de la mère porteuse ou le cas échéant de l'intermédiaire, ils ont tout intérêt à ce que le litige soit traité rapidement et discrètement. Tout retard dans la remise de l'enfant à sa nouvelle famille entraînerait de graves conséquences sur ce dernier, et de manière plus générale pour l'intermédiaire une mauvaise publicité. L'arbitrage est donc, par sa rapidité et sa discrétion, la justice adéquate pour régler les conflits issus d'accords de maternité pour autrui.

La discrétion issue de la confidentialité qui lie les arbitres est d'ailleurs l'un des principaux intérêts de l'arbitrage. Comme l'explique Monsieur le professeur Loquin<sup>901</sup>, le devoir de confidentialité a pour objet l'ensemble de la procédure. Cela concerne non seulement l'existence de la procédure arbitrale<sup>902</sup>, mais aussi l'audience arbitrale qui n'est pas publique et les documents produits lors de l'instance arbitrale. Dans le cadre d'une convention de maternité pour autrui, le recours à l'arbitrage évite ainsi à l'agence intermédiaire ou aux parents intentionnels que ne soit exposé sur la place publique les problèmes d'exécutions ou autres que peuvent connaître certains arrangements. Enfin, la sentence elle-même est protégée par l'obligation de confidentialité souscrite par les parties, les arbitres et l'institution d'arbitrage. Il est vrai que la sentence contient à elle

---

<sup>901</sup> E. LOQUIN, La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011), *RTD Com.* 2011 p. 255.

<sup>902</sup> En ce sens déjà : TGI Paris, 22 févr. 1999, *Rev. arb.* 2003. 189.

seule l'ensemble des informations que les parties, en convenant d'une procédure d'arbitrage, n'ont pas entendu rendre publiques.

L'article 1464 du Code de procédure civile énonce que « les parties et les arbitres agissent avec célérité dans la conduite de la procédure arbitrale »<sup>903</sup>. Le rythme de l'arbitrage est encadré par le délai d'arbitrage, dont le dépassement est sanctionné par la nullité de la sentence et la responsabilité des arbitres. L'obligation de diligence de l'arbitre est une obligation de moyens et non de résultat. Elle impose à l'arbitre « d'œuvrer pour que l'instance arbitrale ne se prolonge pas au-delà de délais raisonnables »<sup>904</sup>. Le temps de la procédure arbitrale est aussi régulé par le calendrier de l'arbitrage qui fixe les dates des productions respectives des parties et la date de l'audience arbitrale, et enfin par l'ordonnance de clôture qui interdit toute communication nouvelle. Cependant, affirmer l'existence d'un principe de célérité n'est pas vain et permet de sanctionner tout à la fois les arbitres et les parties qui ne respectent pas cette obligation.

426. Outre les avantages que présente l'arbitrage, reste le problème de son coût. Cette justice privée a en effet un coût élevé à la charge des parties. En général c'est l'arbitre qui prévoit à qui revient la charge du règlement ; cela peut également être déterminé au préalable dans le contrat.

On peut néanmoins se demander si le coût élevé de cette procédure, ne serait pas un frein à sa saisie.

## 2. La reconnaissance de la sentence arbitrale étrangère en France

427. La question de l'arbitrabilité des litiges issus de conventions de maternité pour autrui soulève le problème de la reconnaissance de la sentence arbitrale. La sentence présente tous les caractères d'un jugement, du fait que les arbitres ont reçu des parties la mission de trancher un litige par une décision qui s'imposera à celles-ci et sera susceptible d'exécution directe. Elle est revêtue dès qu'elle est rendue de l'autorité de chose jugée.

Prenons l'exemple d'une femme française qui offre ses services de mère porteuse à un couple étranger. Dans l'accord de maternité pour autrui les parties

---

<sup>903</sup> Sur ce point voir E. LOQUIN, 18e Journée nationale de l'Association Henri CAPITANT : Le temps et le droit, l'Association Henri CAPITANT, 22 novembre 2013.

<sup>904</sup> En ce sens, TGI Paris, 6 juill. 1994, I, 3805, § 2, obs L. CADIET ; 5 nov. 1997, *D.* 1998. 9, note M. A. FRISON-ROCHE; Paris, 20 janv. 1999, *D.* 1999. IR 125.

conviennent qu'en cas de litige, un tribunal arbitral sera compétent. La sentence rendue par cette juridiction arbitrale est-elle opposable à la mère porteuse française ? Et quelles sont ses voies de recours ? Ou à l'inverse, prenons l'hypothèse dans laquelle les parents ne payent pas la somme convenue. Si l'arbitrage a lieu aux États-Unis, et que les parents sont condamnés à payer, se pose alors le problème de l'exécution forcée puisque cette décision aura besoin d'être exécutée en France.

428. Selon la Convention de New York du 10 juin 1958, la clause compromissoire doit être appréciée « en vertu de la loi à laquelle les parties l'ont subordonnée ou à défaut d'une indication à cet égard, en vertu de la loi du pays où la sentence a été rendue ». De plus, la reconnaissance et l'exécution peuvent être refusées si l'autorité compétente du pays, où la reconnaissance et l'exécution sont requises, constate que d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage. Chaque État peut donc reconnaître la validité d'une clause compromissoire à condition que le différend porte sur « une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage ». À défaut, c'est le juge qui connaît du litige si elle ne s'applique pas.

De plus, la partie qui conteste la reconnaissance ou l'exécution de la sentence doit en apporter la preuve. Selon les dispositions de la Convention de New York, il peut s'agir de la non-arbitrabilité du litige en vertu de la loi du pays de reconnaissance ou la violation de l'ordre public de ce pays.

429. En France, ces règles sont écartées au profit de dispositions plus favorables à l'exécution de la sentence du droit de l'État requis. En outre, selon les dispositions prévues à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 2060 du Code civil « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes [...] ». L'arbitrage ne peut donc pas être utilisé en France pour régler les litiges issus des contrats de maternité pour autrui.

430. Cependant dans l'hypothèse où le recours à l'arbitrage est possible, le décret de 2011 portant réforme de l'arbitrage<sup>905</sup> maintient la procédure de reconnaissance pour les sentences arbitrales internationales étrangères qui ne sont pas pleinement assimilées aux sentences rendues en France<sup>906</sup>. Ces règles s'appliquent à la reconnaissance et à l'*exequatur* des sentences internationales rendues en France, mais

---

<sup>905</sup> Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2011.

<sup>906</sup> Article 1514 Code de Procédure Civile.

aussi des sentences rendues à l'étranger.

En ce qui concerne les sentences rendues en France, c'est le Tribunal de grande instance dans le ressort duquel la sentence a été rendue qui est compétent. Pour les sentences rendues à l'étranger, c'est le Tribunal de grande instance de Paris qui sera compétent. Cela permet de garantir une certaine cohérence dans la jurisprudence<sup>907</sup>.

431. Pour les recours contre l'ordonnance d'*exequatur*, la procédure n'est pas la même selon que l'*exequatur* d'une sentence internationale ait été rendue en France ou émane d'une sentence étrangère. L'article 1505 du Code de procédure civile prévoit pourtant que l'article 1584 est applicable à l'arbitrage international et, qu'en application de ce texte, la sentence arbitrale internationale a l'autorité de la chose jugée en France dès son prononcé. Il faut donc partir du principe que le juge, à qui l'existence de la sentence est opposée à titre incident, a l'obligation de s'assurer que celle-ci n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international, au même titre que le juge de l'*exequatur*<sup>908</sup>. L'article 1514 Code de procédure civile prévoit en effet que « les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international ».

Ainsi dans notre hypothèse, la mère porteuse française peut contester la reconnaissance ou l'exécution de la sentence en arguant sa contrariété à l'ordre public puisque la sentence porte sur l'état des personnes et sur une convention interdite par le droit français. La reconnaissance d'une sentence rendue sur un litige issu d'un accord de maternité pour autrui ne peut donc pas être admise en France.

432. La convention d'arbitrage ou la clause compromissoire n'ont pas besoin d'une loi étatique pour exister. Leur efficacité dépend de la volonté des parties, qui a toutefois été limitée en droit français. Néanmoins, la Cour de cassation dans l'arrêt

---

<sup>907</sup> L'article 1516 Code de procédure civile donne compétence exclusive au président du tribunal de grande instance de Paris pour donner l'*exequatur* en cas d'exécution forcée en France d'une sentence rendue à l'étranger. Avant le décret du 13 janvier 2011, aucune règle de compétence territoriale n'était prévue de telle sorte que le requérant pouvait saisir la juridiction française de son choix à condition que le choix soit conforme à une bonne administration de la justice (V. P. FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, n°1567). Ainsi est à présent concentré devant la juridiction du président du tribunal de grande instance de Paris, l'essentiel du contentieux de l'arbitrage international.

<sup>908</sup> V. P. FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *On International Commercial Arbitration*, *op. cit.* n° 1567.

*Dalico*<sup>909</sup> rappelle qu'il y a « des règles impératives du droit français et de l'ordre public international » auxquelles la volonté des parties ne peut déroger. En réalité, pour la jurisprudence ces « règles impératives » sont insérées dans l'ordre public international français au sein de la convention d'arbitrage<sup>910</sup>.

433. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, avec les affaires *Meulemans*<sup>911</sup>, la Cour ne recherche plus l'existence d'une éventuelle violation de l'ordre public dans l'objet du litige, mais dans la sentence rendue par l'arbitre. La jurisprudence a en effet retenu l'autonomie de la convention d'arbitrage et le principe compétence-compétence<sup>912</sup> de l'arbitre. C'est la cour d'appel de Paris qui concrétisa ces principes le 16 février 1989<sup>913</sup> dans un arrêt *Sté Almira Films c/Pierrel*, dans lequel il était en cause la réglementation du Conseil national de la cinématographie. Elle a jugé que « l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public »<sup>914</sup>. L'arbitre peut maintenant sanctionner une violation à l'ordre public international français en appliquant les règles d'ordre public sans avoir à se dessaisir.

L'application des règles d'ordre public entraîne des restrictions à la solution donnée au litige et ne doit pas se confondre pas avec l'arbitrabilité qui concerne les restrictions à la validité de la convention d'arbitrage qui résultent des limites données par les juges français à l'autorisation d'arbitrer. Ainsi, des clauses qui porteraient sur une

---

<sup>909</sup> Cass. Civ. 1ère 20 décembre 1993, « *Dalico* », *Rev. arb.* 1994, p. 116 ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663 ; *JDI* 1994 p. 432 et p. 692.

<sup>910</sup> CA Paris, 13 juin 1996, *KFTCIC*, *op. cit.* ; Cass. 1re civ. 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1997. 537, note E. GAILLARD.

<sup>911</sup> CA Paris, 21 févr. 1964 et Cass. com. 15 juin 1967, *JDI* 1965. 113 et 1968. 929, notes B. GOLDMAN, *Rev. arb.* 1964. 55 et surtout *Impex*, Cass. 1re civ. 18 mai 1971, *JDI* 1972. 62, 1re esp., note B. OPPETIT, *Rev. crit. DIP* 1972. 124, note E. MEZGER, *Rev. arb.* 1972. 2, note P. KAHN, *D.* 1972. 37, note D. ALEXANDRE.

<sup>912</sup> Articles 1466 et 1458 du Code de procédure civile. L'arbitre est, par priorité, juge de sa propre compétence. Il lui appartient, à l'exclusion de la juridiction étatique, de statuer sur la validité ou les limites de son investiture quand le principe ou l'étendue de son pouvoir juridictionnel sont contestés devant lui. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT.

<sup>913</sup> V. aussi Cass. 2e civ. 20 déc. 1965, *JCP* 1966. II. 14558, note P.L.

<sup>914</sup> *Rev. arb.* 1989. 711, note L. IDOT.

cause extrapatrimoniale, comme la maternité pour autrui ou plus largement le statut personnel<sup>915</sup>, seraient frappées de nullité<sup>916</sup>.

434. Le juge étatique doit donc chercher les limites fixées par l'ordre public international français à la convention d'arbitrage. Si l'arbitre n'a pas le pouvoir de statuer sur une demande, ce n'est pas en raison du contenu de sa décision mais, comme on l'a vu, des restrictions apportées à la validité de la convention d'arbitrage<sup>917</sup>. Les articles 2059 et 2060 du Code civil ne sont pas, par voie de conséquence, applicables à l'arbitrage international pour délimiter l'arbitrabilité<sup>918</sup>.

Le droit interne de l'arbitrage se range aujourd'hui à la solution laissant à l'arbitre le soin de sanctionner les atteintes à l'ordre public de fond<sup>919</sup> car, en réalité, l'article 2060 a créé une confusion entre arbitrabilité et ordre public<sup>920</sup>. L'arbitre peut donc se prononcer sur toutes les questions du droit économique<sup>921</sup>.

435. La sentence arbitrale rendue dans le cadre d'un accord de maternité pour autrui, ne peut donc pas être reconnue en droit français. Les accords étant interdits car contraire à l'ordre public, cela s'oppose à ce que les juges français ne les valident.

---

<sup>915</sup> P. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *op. cit.*, p. 355 et s., n° 572 et s.

<sup>916</sup> On sait depuis l'arrêt *Dalico* que leur validité s'apprécie sous réserve de l'ordre public international français.

<sup>917</sup> J.-F. POUURET et S. BESSON, *op. cit.*, p. 307, n° 339.

<sup>918</sup> Articles 83 et 1004 du code de procédure civile : Voir, CA Paris, 20 juin 1969, *Impex*, *JDI* 1971. 118, note B. OPPETIT.

Voir aussi CA Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz et autres c/SNCFT*, *Rev. arb.* 1991. 478, note L. IDOT.

Cette règle matérielle se trouve par exemple exprimée comme suit dans un arrêt de la cour d'appel de Paris : « Hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière - en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage - l'arbitre international, dont la mission consiste à assurer le respect de l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations entre partenaires du commerce international ».

<sup>919</sup> CA Paris, 16 juin 1998, *Rev. arb.* 1999. 333, note L. IDOT, à propos d'une réglementation sur l'étiquetage des produits.

<sup>920</sup> B. GOLDMAN, *Conclusions, Competition and Arbitration Law*, publ. CCI n° 480/3, 1993, p. 331.

<sup>921</sup> B. GOLDMAN, *Ibid.*

Quand bien même le recours aux mères porteuses serait légal, le recours à l'arbitrage doit être exclu. Les parties ne peuvent donc pas avoir recours à l'arbitrage puisqu'il s'agit d'une question de droit de la famille. Seules les juridictions étatiques doivent être déclarées compétentes pour régler les éventuels litiges issus d'un contrat.

## **CONCLUSION DE SECTION 2**

436. L'autonomie de la volonté n'a pas encore sa place dans les questions d'état des personnes en droit français. Si elle se développe de plus en plus en droit de la famille, ainsi que dans d'autres pays, comme les États-Unis, il n'est pas pertinent de lui laisser une place dans les accords de maternité pour autrui.

Dans l'hypothèse d'une légalisation de la pratique en droit français, seule la compétence des juridictions étatiques doit être autorisée. Qu'il s'agisse de l'insertion d'une clause attributive de volonté ou d'une clause compromissaire, ces deux pratiques mettent en danger la sécurité juridique des parties, ainsi que l'unité des situations juridiques au sein d'un même pays. En effet, selon la juridiction choisie les conséquences pour les parties pourront varier.

L'état des personnes doit rester en dehors de la logique contractuelle et de la volonté des parties. C'est pourquoi la reconnaissance de telles clauses ne peut être validée en France. Les problèmes relevant du droit de la famille doivent rester de la seule compétence des juridictions nationales, dont la compétence est déterminée selon le critère de la résidence habituelle de l'enfant.

## CONCLUSION DE CHAPITRE 2

437. Avec l'augmentation du recours aux mères porteuses étrangères, les accords de maternité pour autrui sont des contrats internationaux. Cette internationalité requiert qu'un cadre juridique international soit mis en place afin de réglementer et d'homogénéiser cette pratique.

Il serait souhaitable que tout législateur qui décide d'admettre la pratique des mères porteuses autolimite le domaine d'application de sa législation à ses seuls ressortissants nationaux. Et ce dans l'objectif d'éviter le développement du tourisme procréatif<sup>922</sup>. À cette fin, il faut un consensus international sur la loi applicable aux conventions de maternité pour autrui. Ces dernières, peut importe l'objet, sont intrinsèquement liées au corps humain, cela justifie l'application de la loi du statut personnel à ces contrats internationaux. Ce serait donc la loi des parties de s'appliquer, encadrant ainsi leur choix. En effet, eu égard aux enjeux de ces contrats, les parties ne doivent pas avoir la possibilité de choisir la loi applicable et ainsi pouvoir recourir à une loi étrangère comme le prévoit la loi d'autonomie. Ces dernières mesures reviendraient à annihiler le pouvoir des États d'encadrer ce qu'ils estiment devoir être ou non dans le commerce.

Il semble inévitable et indispensable d'adopter des mesures internationales, uniformes et contraignantes. Seule une convention internationale peut permettre de lutter efficacement contre les dérives mercantiles et les trafics qui se sont développés. La mise en place de cet instrument international doit également s'accompagner de la mise en place d'organes nationaux afin que l'État garde le contrôle sur les accords conclus. Pour certains aspects elle pourrait donc s'appuyer sur la Convention de La Haye sur l'adoption internationale de 1993 qui est un succès. Cependant, s'il est nécessaire de prendre toutes les mesures pour empêcher le « tourisme procréatif »<sup>923</sup>, qui permet aux situations juridiques illégales de poser de véritables problèmes juridiques et de société comme la

---

<sup>922</sup> Cette solution a été adoptée en droit néerlandais où seule les femmes de nationalité néerlandaise, aussi bien mère d'intention que mère porteuse, sont autorisées à recourir à cette pratique.

<sup>923</sup> H. BOSSE-PLATIERE, *op. cit.*

reconnaissance ou non des enfants issus de ces filiations, la mise en place d'un outil contraignant semble difficile.

438. En ce qui concerne la détermination de la juridiction compétente, là aussi il ne faut pas que le contrat fasse oublier l'objectif de la maternité pour autrui qui est l'établissement d'une filiation. Or, l'autorisation faite par certains États de régler les litiges par le biais de justice privée avec le recours aux clauses compromissoires, ou aux clauses attributives de juridiction qui permettent de faire appel à des justices étatiques étrangères, relèvent du droit des contrats internationaux plus que du droit de la famille.

Faut-il donc céder à ce libéralisme et laisser une telle place à l'autonomie de la volonté, ou doit-on continuer à encadrer la pratique dans tous ses aspects, mettant ainsi l'accent sur la primauté du droit de la famille ?

Il semble que l'encadrement de la pratique doit être privilégié. Si la pratique repose sur des contrats, il ne faut pas oublier leur objet. Ces contrats sont conclus dans le but de fournir un enfant à une famille. Dès lors l'aspect familial ne peut être écarté et doit être protégé par tous les moyens que le droit nous offre. À défaut de convention internationale le choix de la juridiction compétente doit donc rester du seul ressort des juridictions nationales, afin de protéger non seulement les parties, mais aussi l'égalité des droits entre les résidents d'un même pays.

Par souci de cohérence législative et d'unité entre les résidents d'un État, la seule solution reste cependant l'adoption d'une convention contraignante qui donnerait compétence au tribunal du lieu de résidence de l'enfant aussi bien pour les litiges relevant de la mauvaise exécution de la convention que de ceux qui touchent au problème de transcription à l'état civil de l'enfant. La notion de résidence habituelle doit s'entendre ici comme la résidence habituelle des parents légaux, ce qui permet de s'adapter au transfert de l'enfant lorsqu'il est remis aux parents intentionnels.

# **CONCLUSION DE TITRE 1**

439. L'objet du contrat qui est l'établissement d'une filiation doit primer dans l'élaboration des règles de conflit de droit international privé.

De nombreux textes internationaux contraignants ou non ont été adoptés en matière contractuelle et en droit de la famille. En effet, sur ce dernier point, si le droit international privé renvoi à la compétence de droit interne des États, il intervient parfois dans certains problèmes de droit de la famille comme le divorce ou l'autorité parentale. Aussi, ces textes peuvent-ils devenir une source d'inspiration dans l'élaboration d'une convention internationale contraignante.

En ce qui concerne la loi applicable on devrait se fonder sur le statut personnel puisqu'il s'agit d'une question qui relève du droit de la famille. Il semble en effet que la forme du contrat ne doive pas primer sur l'objectif de ces accords qui est la création d'une filiation élective.

440. La même logique sera appliquée à la détermination de la juridiction compétente. Après avoir étudié les conventions et règlements qui portent sur le droit des contrats en droit international, il semble plus opportun de s'inspirer des conventions relatives droit de la famille. Si la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale ne prévoit aucune mesure en ce qui concerne la juridiction compétente, le Règlement *Bruxelles II bis* et la Convention de La Haye de 1996 retiennent la compétence de la juridiction du lieu de résidence habituelle de l'enfant qui doit suivre la résidence des parents légaux, ce qui permet de s'adapter aux transferts d'autorité parentale et donc au déménagement de l'enfant selon qu'il ait été remis ou non au couple intentionnel.

En outre, si la question du recours à la clause attributive de juridiction ou à l'arbitrage se pose, il semble qu'il doive être écarté. La clause attributive de juridiction ainsi que la clause compromissoire accordent une trop grande liberté aux parties, ce qui ne peut être autorisé en matière d'état et de capacité des personnes. Le règlement des litiges issus des contrats de maternité de substitution doit être de la compétence des juridictions étatiques.

## **TITRE 2. L'ECHEC DES FILIATIONS ELECTIVES**

441. Le retour en France des parents avec leurs enfants issus de filiations électives peut s'avérer compliqué. En effet, si à l'étranger la filiation issue de la maternité pour autrui est reconnue, lorsque les parents demandent la reconnaissance de la filiation qui les unit à l'enfant ils sont confrontés au refus des autorités françaises qui après s'être fondées sur la contrariété à l'ordre public<sup>924</sup>, se fondent désormais sur la fraude<sup>925</sup>. La décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme a toutefois restreint le refus des autorités françaises en le limitant à l'établissement à l'égard de la mère.

En outre, l'échec de la filiation élective provient parfois simplement des parents ou de l'enfant. Les États ont donc adopté des dispositions afin d'assurer une situation à l'enfant qui est la victime directe de cet échec, et notamment lorsqu'il est issu de filiations électives internationales. Selon que la filiation est adoptive ou le fruit d'un accord de maternité pour autrui les solutions sont institutionnelles ou contractuelles et visent à protéger l'intérêt de l'enfant.

Si ces deux hypothèses sont différentes, l'une administrative ou judiciaire et l'autre personnelle, elles ont pourtant le même résultat, l'échec de la filiation.

442. Le retour en France est donc souvent compliqué pour les familles, puisque les parents peuvent être confrontés à un échec dû au contrôle de régularité de la filiation établie à l'étranger (Chapitre 1), mais aussi à l'échec dans leur relation avec l'enfant et donc de la filiation (Chapitre 2).

---

<sup>924</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, *op. cit.*

<sup>925</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, *op. cit.* : 19 mars 2014, *op. cit.*



# CHAPITRE 1. L'ECHEC PROVOQUE

## PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

443. Lorsque l'adoption ou la maternité pour autrui conduit à l'établissement d'un lien de filiation par la décision d'une autorité publique étrangère, se pose alors la question de la reconnaissance en France de cette décision. À la suite d'une évolution jurisprudentielle, le droit français prévoit une reconnaissance *de plano* des jugements étrangers en matière d'état et de capacité des personnes<sup>926</sup>. Cependant, cette reconnaissance n'est pas pleine, on pourrait parler d'une « présomption de reconnaissance »<sup>927</sup>. Les parties doivent tenter une action en opposabilité afin que la reconnaissance soit pleine. *L'exequatur* afin de conférer force exécutoire peut être demandé dans le cadre de l'adoption lorsque les parties souhaitent que l'adopté acquiert la nationalité française, ou lorsqu'elles souhaitent qu'une adoption simple soit transformée en adoption plénière.

Dans les deux cas, le jugement doit être conforme avec l'ordre international public français, mais aussi avoir été établi sans fraude à la loi. Ces deux critères peuvent être la raison d'un refus du juge de retranscrire l'acte de naissance, mais aussi d'accorder *l'exequatur*, comme l'a déjà fait la jurisprudence française à de nombreuses reprises.

Se pose la question du statut et de la filiation de l'enfant qui se trouve sur le territoire français en cas de refus de reconnaissance de l'adoption internationale (Section 1) ou de la filiation issue de l'accord de maternité pour autrui (Section 2).

---

<sup>926</sup> Req. 30 mars 1930, *Hainard*, S. 30.1.377 note NIBOYET, D. 30.981.

<sup>927</sup> P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> édition, 2013, n°539.

# SECTION 1. LE REFUS DE

## RECONNAISSANCE DE L'ADOPTION

### INTERNATIONALE PAR LE DROIT FRANÇAIS

444. L'adoption est reconnue de plein droit en France<sup>928</sup>. Cependant pour que l'efficacité du jugement étranger devienne définitive, celui-ci doit être soumis à un contrôle de régularité. Ce contrôle se fait selon des critères définis par la jurisprudence. Ils sont communs à l'action en opposabilité et à *l'exequatur* : la fraude à la loi et de la non contrariété à l'ordre public.

Ce dernier critère connaît cependant quelques tempéraments attachés à l'espèce du litige. En effet dans certains cas, les juges retiennent ou non la contrariété du litige à l'ordre public international, eu égard aux relations des parties avec le for. Pour autant, si l'ordre public atténué n'a pas été retenu par la jurisprudence pour les litiges de filiations électives, la Cour de cassation a déjà fait jouer l'ordre public de proximité lors d'une procédure en *exequatur* pour une adoption internationale<sup>929</sup>.

445. Lorsque *l'exequatur* ou l'action en opposabilité d'un jugement étranger sont demandés, les juges s'assurent que le jugement est conforme à l'ordre public international et n'est pas le fruit d'une fraude à la loi. Ce contrôle permet de s'assurer que l'adoption est conforme aux dispositions du droit français (I). L'exemple de la *Kafala*, et notamment sa demande de conversion en adoption, est ainsi à l'origine d'un important contentieux qui a été tranché par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le fameux arrêt *Harroudj*<sup>930</sup> (II).

---

<sup>928</sup> A. HUET, *J-Cl. Drt. Int. Privé*, Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale, Fasc. 584-40.

<sup>929</sup> Civ. 1re, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, î. 2010. 1787, obs. I. GALLMEISTER ; *AJ famille* 2010. 387, obs. A. MIRKOVIC , obs. B. HAFTEL , interview C. MÉCARY ; *RDSS* 2010. 1128, note C. NEIRINCK ; *RTD. civ.* 2010. 547, obs. J. HAUSER.

<sup>930</sup> CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c/ France*, n° 43631/09, D. 2012. 2947, note P. HAMMJE ; *AJ fam.* 2012. 546, obs. A. BOICHÉ ; *Rev. crit. DIP* 2013. 146, note S. CORNELOUP ; *RTD civ.* 2012. 705, obs.

# **I. LA PLEINE RECONNAISSANCE DE L'ADOPTION INTERNATIONALE SOUMISE AU CONTROLE DE REGULARITE DU JUGEMENT ETRANGER**

446. Il ne suffit pas qu'un jugement soit rendu dans un pays pour qu'il produise pleinement ses effets dans un autre. Ainsi, lorsqu'un jugement est rendu dans un État étranger, encore faut-il qu'il soit contrôlé par le juge français dans le cadre d'une action en opposabilité.

Aussi, le jugement d'adoption internationale ne bénéficie-t-il pas de l'« *exequatur* à toute fin utile »<sup>931</sup> en cas de fraude à la loi ou de contrariété à l'ordre public international (A). Bien que la jurisprudence ait quelque fois retenu des situations où la filiation est reconnue par le droit français alors qu'elle est contraire à l'ordre public international (B).

## **A. LE CONTROLE D'EXEQUATUR DU JUGEMENT D'ADOPTION INTERNATIONALE**

447. Le contrôle d'*exequatur* permet de s'assurer de la régularité du jugement d'adoption rendu par la juridiction étrangère. À plusieurs reprises la jurisprudence a refusé de l'accorder (1), notamment dans les hypothèses d'adoptions par des couples homosexuels (2).

### **1. L'inopposabilité du jugement d'adoption internationale**

448. Pour être jugée opposable, une décision étrangère devait remplir trois

---

J.-P. MARGUÉNAUD ; *ibid.* 2013. 105, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* 2012, comm. 187, obs. M. FARGE ; *RJPF* 2012. 11/34 obs. T. GARÉ ; *JCP* 2012. 1145, obs. G. GONZALEZ.

<sup>931</sup> P. BOUREL, P. De VAREILLES-SOMMIERES, Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 2013, 10<sup>e</sup> éd.

conditions : la compétence du juge étranger, la non contrariété à l'ordre public et l'absence de fraude à la loi. Le critère de la compétence du juge étranger a été abandonné à la suite de la jurisprudence *Bachir*<sup>932</sup> qui prévoit que le contrôle de la régularité du déroulement du procès doit s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public international français et au respect des droits de la défense. L'arrêt *Simitch*<sup>933</sup> s'y est d'ailleurs référé, mais seulement pour le rattachement du litige au pays dont le juge a été saisi. En revanche, en ce qui concerne la compétence internationale, il faut que le tribunal étranger ait compétence pour connaître du litige. Cette condition est satisfaite « toutes les fois que la règle française de conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français [...], si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux »<sup>934</sup>. Le juge français doit donc s'assurer de la compétence du juge étranger. Les critères de compétence des juges étrangers sont prévus par l'arrêt *Simitch*<sup>935</sup>. L'affaire présentée aux tribunaux étrangers doit alors « se rattache[r] de manière caractérisée »<sup>936</sup> au pays où le jugement est rendu.

449. En France, les décisions en matière d'état et de capacité des personnes sont reconnues de plein droit<sup>937</sup>. Le contrôle de la régularité du jugement ne se fait pas automatiquement<sup>938</sup>. Les parties peuvent, cependant, demander la transcription d'une adoption plénière au procureur de la République du tribunal de grande instance de Nantes dans le cadre d'une action en opposabilité pour que l'enfant puisse obtenir un acte de naissance français<sup>939</sup>. Le juge peut toutefois refuser de considérer l'adoption prononcée à l'étranger comme plénière au sens du droit français. Les adoptants pourront alors saisir le

---

<sup>932</sup> *Op. cit.*

<sup>933</sup> Civ, 1re, *Simitch*, 6 fév. 1985, *Bull.*, I, n° 55.

<sup>934</sup> Cass, civ 1ère, 6 fév 1985, *Rev Crit DIP* 1964, 344 in *Droit du commerce international*, deuxième édition, Litec de J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-L. PIERRE, 2000.

<sup>935</sup> Cass, civ, 1re, 6 fév. 1985, *Simitch*, *Bull.*, I, n° 55.

<sup>936</sup> Cass, civ. 1ère, 6 fév. 1985, *D.* 1985, p. 469.

<sup>937</sup> Cass. civ., 28 février 1860, *Buckley*, *Grands arrêts DIP* n°4.

<sup>938</sup> « L'adoption plénière d'un enfant de nationalité étrangère par un jugement émanant des autorités judiciaires du pays d'origine est reconnue de plein droit en France sans *exequatur* préalable ». Cass. soc., 11 juillet 1991, n°89-197.60 ; V. aussi Cass. soc. 19 avril 1989 : *Rev. crit DIP* 1990, p. 92, note E. POISSON-DROCOURT ; Circ. 16 février 1999 relative à l'adoption internationale.

<sup>939</sup> *Cf. Infra* n° 499 et s.

Tribunal de grande instance<sup>940</sup> d'une procédure *d'exequatur*.

450. Dorénavant, le juge français ne peut plus refuser « *l'exequatur* à toute fin utile » à une adoption internationale valablement prononcée à l'étranger en raison de l'incompétence du juge. Il peut seulement fonder son refus d'accorder cet *exequatur* sur le critère de la non conformité à l'ordre public international ou en cas de fraude. Lorsque la décision étrangère d'adoption apparaît comme irrégulière sur le plan international, le parquet peut demander au juge à ce qu'elle ne soit pas reconnue en France. C'est le cas lorsque la loi appliquée par le juge étranger n'est pas équivalente à la loi française en ce qui concerne les conditions et les effets de l'adoption. Ainsi, la violation des conditions de fond de l'adoption, prévues par la loi française lorsque celle-ci est compétente pour régir les conditions de l'adoption<sup>941</sup> fera obstacle à la pleine reconnaissance de l'adoption.

451. Lorsque les décisions d'adoptions étrangères ne rompent pas de façon complète et irrévocable le lien de filiation préexistant de l'adopté et ne sont donc pas conforme aux dispositions de l'article 370-5 du code civil<sup>942</sup>, les juges peuvent décider de ne reconnaître qu'une adoption simple.

Les adoptants ont cependant une voie de recours<sup>943</sup>. Ils peuvent saisir le juge de *l'exequatur* de leur domicile qui doit « qualifier » l'adoption étrangère<sup>944</sup>, assigner le parquet de Nantes devant le Tribunal de grande instance de Nantes en transcription de la décision étrangère et saisir le tribunal de grande instance de leur domicile en vue d'obtenir un jugement français de conversion de l'adoption simple étrangère en adoption plénière française. L'article 370-5 *in fine* du Code civil oblige, cependant, le tribunal français à

---

<sup>940</sup> Selon les dispositions du décret n° 2009-1221 du 12 octobre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière d'adoption internationale, ils peuvent saisir le Tribunal de grande instance de leur domicile en respectant les dispositions.

<sup>941</sup> Dans la plupart des cas, cela concerne par exemple l'adoption par deux concubins, l'adoption plénière d'un enfant de plus de 15 ans, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint ayant déjà une filiation à l'égard de l'autre parent, l'adoption par deux époux âgés de moins de 28 ans et mariés depuis moins de deux ans ou même de l'adoption malgré une différence d'âge de moins de 15 ans.

<sup>942</sup> Cela concerne les adoptions plénières avec maintien du nom d'origine de l'adopté, l'adoption irrévocable avec maintien des liens entre l'adopté et sa famille d'origine ou l'adoption laissant subsister une possibilité de reconstitution du lien de filiation préexistant en cas d'annulation ou de révocation.

<sup>943</sup> F. EUDIER, *Rép. droit civ.* n°336.

<sup>944</sup> Le juge de *l'exequatur* doit se prononcer sur l'opposabilité de la décision étrangère et qualifier l'adoption étrangère (simple ou plénière). Faute d'avoir qualifié l'adoption étrangère d'adoption plénière au sens du droit français, le jugement *d'exequatur* ne peut pas être transcrit au Service central d'état civil.

étudier *in concreto* l'étendue des consentements à l'adoption recueillis à l'étranger dans le cadre de l'instance initiale<sup>945</sup>. Les juges doivent s'assurer que les parents ont consenti en pleine connaissance de cause à l'adoption, qu'ils sont consentants pour rompre complètement et irrévocablement le lien de filiation préexistant, ou en une forme d'adoption qui s'assimilerait à l'adoption simple française.

452. Cependant, toutes les conditions ne se valent pas et la violation de certains critères prévus par le droit français n'est pas suffisante pour juger l'adoption irrégulière. La jurisprudence n'a donc pas toujours retenu la contrariété à l'ordre public pour le non respect des conditions françaises concernant l'âge des adoptés ou celui des adoptants ou à la différence d'âge entre eux<sup>946</sup>. Même si l'ordre public peut intervenir lorsqu'une loi étrangère autorise l'adoption au profit d'une personne trop jeune ou ayant une faible différence d'âge avec l'enfant, cela n'arrive presque jamais en pratique<sup>947</sup> puisque l'adoptant est généralement français, on appliquera donc le droit français, et que les lois étrangères concordent toutes sur ce point.

Avec l'arrêt *Torlet-Pistre*<sup>948</sup>, qui soumet le consentement de l'adopté à une règle matérielle, certains auteurs<sup>949</sup> ont estimé que cette jurisprudence écarte désormais le recours à l'exception d'ordre public en ce domaine<sup>950</sup>. Ainsi, la contrariété à l'ordre public ne serait pas non plus retenue à l'encontre des conditions du consentement par les parents par le sang ou les représentants de l'enfant. Puisque par application de l'adage *de minimis non curat practor*, il n'est pas nécessaire d'être intransigeant sur les seules modalités d'expression du consentement<sup>951</sup> tant que la réalité du consentement est établie.

453. La Cour de cassation a, cependant, confirmé l'irrégularité d'une adoption

---

<sup>945</sup> E. CADOU, « Adoption internationale : variations autour de l'exigence de légalisation du consentement des représentants légaux en vue d'une adoption plénière », *D* 2012 p. 2260.

<sup>946</sup> TGI Paris, 15 déc. 1975, *Rev. crit. DIP* 1976. 728, note Y. LEQUETTE pour l'adoption d'un mineur de plus de quinze ans ; *adde* : la jurisprudence citée par P. BOUREL, H. MUIR WATT, E. GALLANT, *Conflits de lois, J-CI Droit int. privé*, fasc. 548-3, n° 116.

<sup>947</sup> P. BOUREL, H. MUIR WATT, E. GALLANT, *J-CI Dr. int. privé*, fasc. 548-3, n° 119.

<sup>948</sup> *Op. cit.*

<sup>949</sup> P. BOUREL, H. MUIR WATT, E. GALLANT, *op. cit.*, fasc. 548-3, n° 122.

<sup>950</sup> Il en est *a fortiori* de même pour la règle matérielle de l'article 370-3, alinéa 3.

<sup>951</sup> É. POISSON, *L'adoption en droit international privé*, thèse, Paris, 1964, n° 176 et s.

internationale dans un arrêt du 9 mars 2011<sup>952</sup> en estimant que le consentement de la mère biologique n'était pas libre et éclairé.

En l'espèce, un couple de nationalité française a publié en janvier 2004 une annonce dans un journal américain afin de trouver un enfant. Peu de temps après, une jeune Américaine enceinte de six mois a contacté les époux et leur a fait part de son intention de faire adopter son enfant à naître. Les parties se sont rencontrées deux jours avant l'accouchement et la mère biologique a donné son consentement à l'adoption le lendemain de son accouchement par acte sous seing privé qui fut plus tard l'objet d'une légalisation par un *public notary* et d'un enregistrement au greffe du Tribunal du Comté de Montgomery dans l'État du Kansas. Le même jour une requête aux fins d'adoption fut déposée au greffe de la Cour du Comté de Montgomery. L'adoption fut prononcée par la cour un mois et demi plus tard tandis que le couple, muni d'un passeport américain pour l'enfant, était déjà rentré en France sans faire de visa pour ce dernier, ce qui pouvait laisser douter de la régularité de la procédure. Le 20 octobre 2004 les parents adoptifs saisirent le procureur de la République de Nantes d'une requête en transcription du jugement d'adoption sur les registres du Service central d'état civil. Leur requête fut rejetée, et le couple assigna le procureur de la République devant le tribunal de grande instance de Nantes. La juridiction conclut à l'inopposabilité du jugement d'adoption, jugement qui fut confirmé en Cour d'appel, au motif que le consentement de la mère biologique ne répondait pas aux dispositions de l'article 370-3 du Code civil qui prévoit que « les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe.

L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France.

Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ». Se fondant notamment sur les articles 1134 et 370-3 du Code civil, le pourvoi invoquait, les déclarations de la mère

---

<sup>952</sup> Cass. 1re civ., 9 mars 2011, n° 09-72.371, FS-D, S. GODECHOT-PATRIS, J. GUILAUME, *JDI* n° 4, Octobre 2011, 20.

biologique au moment de l'abandon, qui démontraient le caractère libre et éclairé du consentement. Ils reprochaient également à la cour d'appel d'avoir mis en avant, pour écarter l'existence d'un consentement libre et éclairé, le fait qu'au moment de la signature de l'acte d'abandon la mère ne s'était pas encore séparé de l'enfant et donc ignorait ce à quoi elle s'engageait. La Haute juridiction confirme l'arrêt en se fondant sur l'interprétation souveraine des juges du fond.

## 2. Le cas particulier de l'adoption par les couples homosexuels avant la loi du 18 mai 2013

454. La loi sur le mariage pour tous a été promulguée le 18 mai 2013<sup>953</sup>, celle-ci ouvre le mariage et donc l'adoption aux couples homosexuels. Dorénavant, les juridictions françaises ne peuvent plus refuser de reconnaître les adoptions faites par des couples mariés homosexuels. Cette loi ne règle cependant pas la situation des couples homosexuels non mariés

455. Dans un arrêt du 8 juillet 2010<sup>954</sup>, la Cour de cassation a jugé que la reconnaissance de l'adoption d'un enfant par la concubine homosexuelle de sa mère, n'est pas contraire à l'ordre public international dès lors qu'il y a partage de l'autorité parentale entre le parent d'origine et l'adoptant.

En l'espèce, une Française et une Américaine vivaient ensemble en Géorgie, aux États-Unis. Elles étaient unies par un *domestic partnership*, une convention de vie commune. Et en 1999, la partenaire américaine donna naissance à un enfant, né à la suite d'une insémination artificielle par donneur anonyme. La Cour supérieure du Comté de Dekalb dans l'État de Géorgie a prononcé l'adoption de l'enfant par la partenaire française et a ordonné que l'acte de naissance de l'enfant mentionne l'adoptante comme « parent ». L'adoptante française a ensuite sollicité la pleine reconnaissance en France de ce jugement américain d'adoption. La Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 9 octobre 2008,

---

<sup>953</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

<sup>954</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, *AJ fam.* 2010. 387, obs. A. MIRKOVIC, obs. B. HAFTEL, interview C. MÉCARY ; *D.* 2010. 1787, obs. I. GALLMEISTER ; *RDSS* 2010. 1128, note C. NEIRINCK ; *Rev. crit. DIP* 2010. 747, note P. HAMMJE ; *RTD civ.* 2010. 547, obs. J. HAUSER et Paris, 27 janv. 2011, *RG* n° 10/02614, *AJ fam.* 2011. 151, obs. N. NORD ; *D.* 2011. 1374, obs. JAULT-SESEKE, et 1585, obs. GRANET-LAMBRECHTS ; *JDI*, n°1, Janvier 2011, 4, note S. BOLLEE.

a confirmé le jugement de première instance<sup>955</sup> et refuse d'accorder l'opposabilité de ce jugement américain en raison de sa contrariété à l'ordre public international français, et notamment à l'article 365 du Code civil. Selon ses dispositions l'adoptante serait seule investie de l'autorité parentale, et la mère biologique privée de ses droits.

Cette décision est censurée par la Cour de cassation, au double visa des articles 509 du Code de procédure civile et 370-5 du Code civil, aux motifs que « le refus d'*exequatur* fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant ». Prononçant une cassation sans renvoi, la Cour ordonne l'opposabilité du jugement américain.

La solution s'explique par l'interdiction du droit français d'être adopté par deux personnes non mariées. En effet, si cette adoption avait été autorisée cela aurait entraîné une privation d'autorité parentale pour la mère biologique dès lors que le couple n'est pas marié. En effet, l'article 346 du Code civil dispose que « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est pas deux époux ». Un enfant ne peut pas être adopté par plus d'une personne, puisque l'adoption entraîne le transfert de l'autorité parentale et a pour vocation de créer une filiation qui remplacerait la précédente. Aujourd'hui, la seule possibilité pour qu'un enfant soit adopté par une deuxième personne, c'est qu'elles soient mariées. Le conjoint peut entamer une procédure d'adoption sous forme simple à l'égard de l'enfant de son conjoint. Cette solution ne prive pas le parent biologique de son autorité parentale. Il est donc logique qu'une adoption étrangère qui ne prive pas la mère de son autorité parentale ne soit pas jugée contraire à l'ordre public international. Une telle solution n'avait jamais été prise auparavant, même lors de demande d'adoption interne envers l'enfant de sa concubine par une femme homosexuelle<sup>956</sup>.

La Cour de cassation a estimé, *in concreto*, que le jugement étranger d'adoption qui permet le partage de l'autorité parentale entre la mère biologique et l'adoptante respectait l'ordre public international français. Or, comme l'explique Monsieur Bollée, la Cour de cassation aurait pu se fonder sur la théorie de « l'effet atténué » puisqu'en l'espèce il s'agissait simplement « de laisser se produire en France les effets d'une

---

<sup>955</sup> TGI Paris, 23 mai 2007, *Gaz. Pal.* 2007. 3247 note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE.

<sup>956</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 06-15.647, *AJ fam.* 2007. 182, obs. F. CHENEDE ; *D.* 2007. 1047, note D. VIGNEAU ; *ibid.* 721, obs. C. DELAPORTE-CARRE ; *ibid.* 891, chron. P. CHAUVIN ; *ibid.* 1460, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *GAJC*, 12<sup>e</sup> éd. 2007. n° 53-55 ; *RTD civ.* 2007. 325, obs. J. HAUSER.

situation déjà constitué sous l'empire d'un ordre juridique étranger »<sup>957</sup>. Les juges auraient pu également retenir l'ordre public de proximité puisque la mère biologique de l'enfant et l'enfant lui-même était Français. La Cour en se « plaçant exclusivement sur le terrain de la comparaison entre la nature de la situation consacrée par le jugement étranger et “ les principes dégagés des normes non applicables de l'ordre juridique d'accueil ” »<sup>958</sup> rend une décision « remarquable »<sup>959</sup>.

456. Cependant, par deux arrêts du 7 juin 2012<sup>960</sup>, la Cour de cassation est revenue à sa jurisprudence constante, et a jugé contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation la reconnaissance en France d'un jugement étranger prononçant une adoption conjointe par un couple homosexuel. En effet, sa transcription sur les registres d'état civil, aurait eu pour conséquences d'inscrire l'enfant comme né de deux parents de même sexe.

Dans le premier arrêt<sup>961</sup>, un couple homosexuel franco-britannique, demeurant au Royaume-Uni, avait adopté un enfant. Par la suite, il avait sollicité l'opposabilité de cette décision en France. Dans le second arrêt<sup>962</sup>, les faits étaient à peu près similaires. Un couple franco-canadien, vivant à Montréal, sollicitait le contrôle de régularité d'un jugement d'adoption. Dans les deux cas la Cour d'appel fit droit à la demande des parents adoptifs en estimant que le jugement étranger ne portait pas atteinte à l'ordre public international.

Le procureur général près la cour d'appel de Paris argumenta dans ses moyens, qu'en reconnaissant l'adoption conjointe par deux concubins, la cour d'appel avait violé

---

<sup>957</sup> S. BOLLEE, note sous Cass. 1re Civ., 8 juillet 2010, *JDI*, n°1, Janvier 2011, 4 ; Sur la théorie « d'effet atténué » v. Cass. civ., 17 avr. 1953, *Rivière : Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1953, p. 860, note R. PLAISANT ; *JCP* 1953, II, n° 7863, note J. BUCHET ; *Rabelszeitung* 1955, p. 520, note Ph. FRANCESKAKIS ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* : LGDJ, 5e éd., 2006, n° 26.

<sup>958</sup> S. BOLLÉE, *op. cit.*

<sup>959</sup> *Ibid.*

<sup>960</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2012, n° 11-30.261 et n° 11-30.262, cassant Paris, 24 févr. 2011, deux arrêts, *D.* 2012. 1546, obs. I. GALLMEISTER, 1992, note D. VIGNEAU, et 1973, point de vue L. D'AVOUT ; *AJ fam.* 2012. 397, obs. B. HAFTTEL, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RTD civ.* 2012. 522, obs. J. HAUSER ; *JCP* 2012. 856, avis C. PETIT, et 857, note F. CHENEDE. V. aussi F. MILLET, « La voie d'une homoparentalité bien ordonnée : retour aux fondamentaux de la filiation », *D.* 2012. 1975.

<sup>961</sup> N° 11-30.261.

<sup>962</sup> N° 11-30.262.

l'article 346 du code civil et qu'en accordant *l'exequatur*, elle avait également violé l'article 509 du code de procédure civile. Pourtant, la Cour de cassation<sup>963</sup> avait déjà admis que le refus d'opposabilité fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français et qu'il n'en est pas ainsi de la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant.

Dans ses arrêts du 7 juin 2012, la Cour de cassation confirme sa position prise précédemment et confirme que le refus d'opposabilité pour cause de contrariété à l'ordre public international français implique que la décision étrangère heurte des principes essentiels en droit interne. Mais cette fois l'opposabilité est refusée eu égard aux conséquences qu'emporterait la reconnaissance en France du jugement étranger. On peut alors se demander si ce n'est pas un revirement de la Cour de cassation par rapport à sa solution du 8 juillet 2010 ? Madame Gallmeister<sup>964</sup> estime que non. En effet, dans l'arrêt de 2010, l'adoption prononcée à l'étranger correspondait à l'adoption simple du droit français, ainsi, l'acte de naissance de l'adopté continue à désigner ses père et mère comme tels. En revanche, dans le cas d'une adoption plénière, selon les dispositions de l'article 354 du code civil, la transcription du jugement d'adoption tient lieu d'acte de naissance. La Cour de cassation a suivi les fondements du pourvoi dans sa seconde branche « *l'exequatur* des décisions étrangères devrait conduire à la transcription de l'adoption sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, dans lequel l'enfant sera dit être né de deux parents du même sexe, heurtant ainsi les dispositions d'ordre public relatives à la filiation, qui interdisent l'établissement conjoint de la filiation par deux personnes du même sexe », ce qui explique le refus *d'exequatur*.

457. La Cour européenne des Droits de l'Homme avait d'ailleurs été saisie de l'interdiction française de l'adoption de l'enfant du concubin homosexuel. En l'espèce, l'enfant est élevé depuis sa naissance par un couple de femmes. L'une d'elles était la mère de l'enfant, il avait été conçu dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation à l'étranger, avec donneur anonyme. Les requérantes souhaitaient que la concubine de la mère puisse adopter l'enfant en la forme simple.

---

<sup>963</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, *op. cit.*, obs. A. MIRKOVIC, obs. B. HAFTEL, interview C. MÉCARY ; *op. cit.*, obs. I. GALLMEISTER ; *op. cit.*, note C. NEIRINCK ; *op. cit.*, note P. HAMMJE ; *op. cit.*, obs. J. HAUSER ; S. BOLLEE, *op. cit.*

<sup>964</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 (n° 755 FP-P+B+I+R), *D* 2012 p. 1992.

La Cour a estimé que la Convention européenne des Droits de l'Homme ne garantit ni le droit de fonder une famille, ni le droit d'adopter<sup>965</sup>. Ainsi, dans cet arrêt *Gas et Dubois c/ France* du 15 mars 2012<sup>966</sup>, la Cour a jugé qu'il existe *de facto* une vie familiale et que l'orientation sexuelle relève de la sphère personnelle. Par conséquent, les juges ont estimé que les faits entraient dans le champ de l'article 8 et que cela rendait applicable l'article 14 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Elle a donc confirmé l'arrêt de la Cour de cassation.

## B. LE RECOURS A L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC ATTENUÉ ET A L'ORDRE PUBLIC DE PROXIMITÉ EN MATIÈRE D'ADOPTION INTERNATIONALE

458. Le mécanisme de l'effet atténué de l'ordre public permet à des situations irrégulières en droit français, mais créées en conformité à une loi étrangère, de produire des effets en France. Dans certains cas, maintenir une position trop stricte conduirait à faire prévaloir à un niveau international l'ordre public et plus largement le système judiciaire de l'État en question. De même, l'ordre public de proximité permet d'écarter l'ordre public français lorsque la situation juridique présente un lien étroit avec un autre État.

Toutefois, qu'il s'agisse de l'ordre public atténué (1) ou de l'ordre public de proximité (2) les juridictions n'y recourent que rarement.

---

<sup>965</sup> V. déjà, 22 janv. 2008, n° 43546/02, *E. B. c/ France*, *D.* 2008. 351, obs. E. ROYER, 2038, note P. HENNION-JACQUET, et 1786, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; *AJDA* 2008. 117, et 978, chron. J.-F. FLAUSS ; *AJ fam.* 2008. 118, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RDSS* 2008. 380, obs. C. NEIRINCK ; *RTD civ.* 2008. 249, obs. J.-P. MARGUENAUD, et 287, obs. J. HAUSER ; *JCP* 2008. II. 10071, note A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE.

<sup>966</sup> CEDH 15 mars 2012, n° 25951/07, *D.* 2012. 814, obs. I. GALLMEISTER ; *AJ fam.* 2012. 220, obs. C. SIFFREIN-BLANC, et 163, point de vue F. CHENEDE. V. déjà la décision sur la recevabilité rendue le 31 août 2010, n° 25951/07, *Gas c/ France*, *D.* 2011. 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, et 1713, obs. V. BERNAUD ; *AJ fam.* 2010. 433, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *Constitutions* 2011. 75, obs. P. CHEVALIER ; *RTD civ.* 2011. 114, obs. J. HAUSER ; *RJPF* 2010/12, note C. LE BOURSICOT.

## 1. L'ordre public atténué rarement retenu par la jurisprudence

459. Dans son arrêt *Rivière*<sup>967</sup>, la Cour de cassation a énoncé que « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ». La notion d'ordre public international a donc été tempérée<sup>968</sup>. Le juge peut refuser d'accorder ses effets à une situation créée à l'étranger en étudiant la situation dans son ensemble<sup>969</sup>. La justification de cette intervention éventuelle de l'ordre public, qui ne peut être que l'existence d'un lien entre la situation et le territoire du for est moins rigoureuse que dans l'affaire *Baaziz*<sup>970</sup>. Dans cet arrêt pour opposer l'ordre public, la Cour avait considéré la situation dans son ensemble, comme le permet la solution de l'arrêt *Rivière*.

L'arrêt *Rivière* a distingué l'acquisition d'un droit en France et les effets en France d'un droit acquis à l'étranger en énonçant que « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français »<sup>971</sup>. La Cour de cassation a ensuite précisé que, lorsqu'il s'agit « de donner effet en France à des droits régulièrement acquis à l'étranger l'ordre public, qui n'[intervient] que par son effet atténué, se [trouve] moins exigeant que s'il [s'agit] de l'acquisition des mêmes droits en France »<sup>972</sup>. Depuis

---

<sup>967</sup> Cass. 1re civ., 17 avr. 1953, *Rev. crit. DIP* 1953. 412, note H. BATIFFOL, *JDI* 1953. 860, note R. PLAISANT, *JCP* 1953. II. 7863, note J. BUCHET.

<sup>968</sup> Pour un historique de la notion d'ordre public atténué voir : P. LAGARDE, *Rép. Dr. int.*, n°36-45.

<sup>969</sup> P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES Y. LOUSSOUARN, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10<sup>e</sup> édition, 2013 ; F. MONÉGER, *Droit international privé*, Litec, Éditions du JurisClasseur, coll. Objectif droit, 3e éd., 2005, B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, coll. Corpus droit privé, 4e éd., 2006, P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 8e éd. 2004.

<sup>970</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1988, *Baaziz*, *Rev. cit. DIP* 1989.71, note Y. LEQUETTE, retenant le droit pour la première épouse française de se prévaloir de la protection de l'ordre public contre une seconde union valablement contractée par son époux à l'étranger.

<sup>971</sup> Cass. 1re civ., 17 avr. 1953 : *op. cit.*.

<sup>972</sup> Cass. 1re civ., 7 janv. 1964, *Munzer*, *op. cit.*

cet arrêt la notion d'ordre public atténué a pris de l'ampleur et permet de reconnaître un état de droit régulièrement créé à l'étranger et qui entend produire des effets en France. On pourrait alors parlé de « l'idée d'un effacement de l'ordre juridique d'accueil au profit de l'ordre juridique d'origine »<sup>973</sup>.

460. Pour autant, l'effet atténué n'est pas uniquement soumis au fait que la situation soit née à l'étranger. Tous les effets d'un droit acquis à l'étranger ne seront pas nécessairement admis en France. C'est exactement ce qui se passe avec les contrats de maternité pour autrui, il est donc intéressant de s'y arrêter. Les conventions passées à l'étranger ne sont pas valables en France, du seul fait qu'elles ont été conclues valablement sur un territoire qui les autorise. La théorie de « l'effet atténué » ne peut donc pas être transposable aux couples français se rendant à l'étranger pour conclure une convention de maternité pour autrui. En revanche, à la lecture de cet arrêt, on peut se demander qu'elle serait la position de la Cour de cassation dans l'hypothèse où un couple, dont l'un des deux membre serait de nationalité étrangère et l'autre français, demanderait à ce que soit reconnu en France la filiation légalement créée à l'étranger suite à un contrat de maternité pour autrui. D'ailleurs il semble que la solution serait la même que ce soit la mère ou le père qui ait la nationalité française, puisque la Cour de cassation a jusqu'alors estimé que la filiation du père, qui pourtant est biologique, est nulle car corrompue par la fraude. *Fraus omnia corrumpit*. Si l'on applique la logique retenue par la Cour de cassation dans cet arrêt, la filiation valablement créer à l'étranger, entre des personnes résidant à l'étranger, serait reconnue en France au regard de l'ordre public de proximité. Lorsque le couple a conclu le contrat de maternité pour autrui, rien à l'exception de la nationalité de l'un des membres du couple ne les reliait à la France.

461. Si l'effet atténué de l'ordre public permet de ne pas sanctionner la violation de certains principes dont le caractère d'ordre public est avéré, l'ordre public de proximité permet de renforcer les exigences de l'ordre public international dans les situations qui entretiennent des liens étroits avec le for.

---

<sup>973</sup> P. HAMMJE, « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP*, 2011 p. 747.

## 2. L'application de l'ordre public de proximité en matière de filiations

462. La notion d'ordre public de proximité a été créée à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle. Selon elle, l'éviction de la loi étrangère au profit de celle du for ne devait se produire que sous la condition préalable de l'existence d'un lien suffisant entre la situation soumise au juge et le for. Cette notion d'*Inlandsbeziehung*<sup>974</sup>, qui signifie lien avec le territoire, est progressivement apparue dans la jurisprudence<sup>975</sup>. Pour que l'ordre

---

<sup>974</sup> V. N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Travaux du Credimi, vol. 29, Paris, LexisNexis Litec, 2007.

<sup>975</sup> V. P. LAGARDE, *Rép. de Dnt int. privé*, V. Ordre public, n° 43. La théorie de l'ordre public de proximité est principalement utilisée en matière de répudiation, il est admis sans contestation que l'ordre public s'oppose à ce qu'une répudiation soit prononcée en France par un mari dont le statut personnel connaîtrait cette institution (TGI Paris, 26 janv. 1978, *Rev. crit. DIP* 1979. 112, note D. H. ; de même, pour un divorce rabbinique, Cass. 1re civ., 15 juin 1982, *Rev. crit. DIP* 1983. 300, note J.-M. BISCHOFF). La théorie de l'effet atténué a conduit, sans doute un peu vite, à reconnaître en France les effets d'une répudiation prononcée à l'étranger (Cass. 1re civ., 18 déc. 1979, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1981. 88, et I. FADLALLAH, Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ?, *ibid.* 1981. 17 ; Cass. 1re civ., 3 nov. 1983, 1re esp., *Rev. crit. DIP* 1984. 325, note I. FADLALLAH ; 8 déc. 1987 et 6 juill. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 733, note M.-L. NIBOYET-HOEGY, *JDI* 1989. 63, note F. MONEGER, 2e arrêt). Le cas le plus fréquent est celui où la femme domiciliée en France saisit les tribunaux français d'une demande en contribution aux charges du mariage, à laquelle le mari oppose comme fin de non-recevoir une répudiation prononcée, souvent en cours d'instance, apparemment dans son pays d'origine. Il serait facile, en raisonnant en termes d'*Inlandsbeziehung*, de juger que dans de telles affaires le domicile de la femme en France et l'instance commencée en France constituent des liens avec le territoire qui justifient le refus de reconnaissance de la répudiation même intervenue à l'étranger. Des décisions récentes ont eu recours à des moyens détournés pour faire échec à ces répudiations (V. invoquant la fraude, CA Paris, 6 juill. 1982, *Rev. crit. DIP* 1984. 325, note I. FADLALLAH ; 15 nov. 1988, *D.* 1989. somm. 257, obs. B. AUDIT ; Cass. 1re civ., 1er mars 1988, *D.* 1988. 486, note J. MASSIP, *Rev. crit. DIP* 1989. 721, note A. SINAY-CYTERMANN ; invoquant la violation des droits de la défense, Cass. 1re civ., 26 juin 1990, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1991. 593, note P. COURBE ; 1er juin 1994, *D.* 1995. 263, note J. MASSIP, *Rev. crit. DIP* 1995. 103, note J. DEPRez ; invoquant les règles du conflit mobile, Cass. 1re civ., 17 mai 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 684, note P. COURBE ; pour le recours à l'*Inlandsbeziehung*, V. H. GAUDEMET-TALLON, La désunion du couple en droit international privé, *Rec. cours La Haye*, t. 226, 1991-I, p. 270, n° 122). Récemment, la Cour de cassation paraît avoir mis un terme à la reconnaissance en France des répudiations marocaines, en plaçant au rang des exigences de l'ordre public auxquelles elles doivent satisfaire « l'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage », imposée par l'article 5 du Protocole n° 7 du 22 novembre 1984 (*JO* 27 janv. 1989) à la Convention européenne des droits de l'homme (Cass. 1re civ., 11 mars 1997, *D.* 1997. 400, note M.-L. NIBOYET ; *adde* : H. FULCHIRON, note *JCP* 1998. I. 101, p. 20).

public de proximité soit reconnu, il nécessite un lien étroit entre la relation litigieuse et le for où elle a été créée. Ainsi, certaines situations nées dans un for étranger peuvent être soumises aux règles de ce même for, alors même que ces règles sont contraires à la législation du pays où la situation va produire ses effets. Les limites de la « proximité » entre la situation et le for dans lequel elle a été créée ne sont pas précisément définies. La jurisprudence relève simplement, *in concreto*, de l'existence de relations avec l'État du for. Sur son fondement les juges français ont admis dans le célèbre arrêt *Bulkley* du 28 février 1860<sup>976</sup>, qu'une Anglaise régulièrement divorcée en Angleterre pouvait se remarier en France sans que l'ordre public ne s'oppose à ce divorce. Il a été jugé que la loi du 8 mai 1816 qui interdisait le divorce en France devait être « renfermée dans les limites qu'elle s'est tracées » et ne devait s'appliquer que pour l'avenir et pour la France.

En matière de filiation, le tribunal de grande instance de Paris avait raisonné de la même façon et écarté au nom de l'ordre public la loi algérienne de la mère qui ignorait la recherche de paternité naturelle, dans une espèce où l'enfant et le père prétendu étaient français et vivaient en France<sup>977</sup>. La Cour de cassation, qui dans une affaire similaire avait refusé de suivre la solution et jugé que les lois étrangères prohibitives n'étaient pas contraires à l'ordre public international français<sup>978</sup>, a finalement estimé qu'« il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation »<sup>979</sup>. Réciproquement, il a été jugé que l'ordre public international français n'était pas heurté par une loi étrangère restrictive en matière de contestation de reconnaissance d'enfant dès lors que la situation en cause ne présentait quasiment aucun lien de rattachement avec la France<sup>980</sup>.

Et, plus généralement, la Cour de cassation a jugé, dans l'affaire *Baaziz*, que la conception française de l'ordre public international « s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française

---

<sup>976</sup> S. 60. 1. 260, concl. DUPIN, Grands arrêts, *op. cit.*, no 4.

<sup>977</sup> TGI Paris, 23 avr. 1979, *Rev. crit. DIP* 1980. 83, note P. LAGARDE ; rappr. TGI Paris, 3 juin 1980, cité par LAGARDE, *Rec. cours La Haye*, t. 196, 1986-I, p. 111

<sup>978</sup> Cass. 1re civ., 3 nov. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 495, note J. FOYER, *JDI* 1989. 703, note F. MONEGER.

<sup>979</sup> Cass. 1re civ., 10 févr. 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 620, note J. FOYER, *D.* 1994. 66, note J. MASSIP, et *D.* 1994. somm. 32, obs. KERCKHOVE, 1re esp., *JDI* 1994. 124, 1re esp., note I. BARRIERE-BROUSSE ; voir aussi, TGI Paris, 5 avr. 1994, *D.* 1995. somm. 118.

<sup>980</sup> TGI Paris, 23 nov. 1993, *D.* 1995. 306, note S. AUBERT.

produise ses effets à l'encontre de celle-ci »<sup>981</sup>. Dans la même affaire, la Cour de cassation avait jugé<sup>982</sup> que la seconde épouse ne pouvait faire porter sur l'acte de décès du mari la mention des deux mariages du défunt. Le lien avec le territoire était alors constitué moins par la nationalité française de la première femme que par le fait qu'il s'agissait des registres de l'état civil français.

La jurisprudence française admet donc assez largement l'utilisation de la nationalité comme critère déterminant mais non exclusif de l'ordre public dans le domaine du statut personnel, ce qui s'explique en raison des liens étroits entre statut personnel et nationalité. Cela ne signifie pas que l'ordre public ne doit pas intervenir, indépendamment de la nationalité des parties, si des principes fondamentaux sont menacés.

## **II. LA POSITION DU DROIT FRANÇAIS SUR LA KAFALA ET** **LE REFUS DE CEDER A LA VOLONTE DES PARTIES** **CONFIRMEE PAR LA COUR EDH DANS L'AFFAIRE** **HARROUDJ**<sup>983</sup>

463. L'exemple le plus courant de loi étrangère plus restrictive en matière d'adoption concerne principalement l'adoption dans des pays musulmans<sup>984</sup> qui ne reconnaissent pas les formes d'adoptions telles que prévues par le droit français.

Il s'agit de l'hypothèse de la *Kafala*. Cette procédure, plus proche de la délégation d'autorité parentale que de l'adoption, interdit qu'un étranger adopte un enfant issu d'un pays musulmans. Pourtant, une fois arrivée en France les parents ont tendance à demander l'adoption de cet enfant et se heurtent au refus des autorités françaises (A). Un

---

<sup>981</sup> Cass. 1re civ., 6 juill. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 71, note Y. LEQUETTE, cassant l'arrêt qui avait accordé à la seconde épouse le partage de la rente du conjoint survivant prévue en cas d'accident du travail par la Convention franco-algérienne relative à la sécurité sociale.

<sup>982</sup> Cass. 1re civ., 17 févr. 1982, *Rev. crit. DIP* 1983. 275, note Y. LEQUETTE.

<sup>983</sup> CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c/ France*, n° 43631/09, *op. cit.*

<sup>984</sup> V. le tableau dressé à la fin de la Circ. du 16 févr. 1999 relative à l'adoption internationale, *JORF* n°78 du 2 avril 1999, p. 4930

recours devant la Cour européenne des Droits de l'Homme a été déposé et cette dernière dans l'arrêt *Harroudj c/ France*<sup>985</sup> a soutenu la position française (B).

## A. LA *KAFALA* EN DROIT FRANÇAIS

464. La position française sur les effets en France de la *Kafala* vient de l'arrêt *Pistre*<sup>986</sup>. La Cour de cassation avait affirmé, à propos de la loi brésilienne, que « ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international français, ni aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ou à celles du Pacte international des Nations unies relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, les dispositions de la loi brésilienne qui prohibent l'adoption d'un enfant en sa forme plénière par un étranger ne résidant pas au Brésil ». Cette décision fut motivée par le fait de ne pas couper l'enfant de ses origines<sup>987</sup>.

465. De plus, l'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil prévoit que l'adoption d'un mineur étranger qui n'est pas né et ne réside pas habituellement en France ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution. Avec cette disposition le législateur a souhaité éviter la création d'adoptions qui ne seraient pas reconnues dans les États d'origine des mineurs. Il faut toutefois préciser que l'interdiction de ce texte ne concerne pas l'enfant né et résidant habituellement en France<sup>988</sup>. Aussi, un enfant algérien né en France et abandonné par ses parents peut-il être adopté par un français.

466. On peut se demander pourquoi la France n'utilise pas l'ordre public international pour permettre à des couples français d'adopter un enfant marocain ou algérien ? En effet, à quelques exceptions près, la jurisprudence refuse de faire jouer

---

<sup>985</sup> CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c/ France*, n° 43631/09, *op. cit.*

<sup>986</sup> *Op. cit.*

<sup>987</sup> É. POISSON-DROCOURT, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 31 janv. 1990, *Rev. crit. DIP* 1990. 519, spéc. p. 524.

<sup>988</sup> Sur la détermination de la résidence habituelle de l'enfant, V. H. FULCHIRON, « Adoption sur *kafala* ne vaut », *D.* 2007. Chron. 816, spéc. p. 820.

l'ordre public à l'encontre des lois étrangères prohibant ou ignorant l'adoption. Selon la cour d'appel d'Agen<sup>989</sup>, « si la loi nationale prohibe l'institution de l'adoption, il y a lieu d'en refuser le prononcé, même si le demandeur et l'adopté remplissent les conditions au regard du droit français ; en effet l'ordre public ne commande pas qu'il soit dérogé au statut personnel des intéressés »<sup>990</sup>.

467. Dans deux arrêts rendus le 10 octobre 2006<sup>991</sup>, la première chambre civile a fait une stricte application de la loi française. En l'espèce, elle cassa sans renvoi deux décisions rendues par la cour d'appel de Reims et par la cour d'appel de Toulouse<sup>992</sup>, qui avaient prononcé l'adoption simple d'enfants marocain et algérien recueillis en *kafala*. Sur le fondement de l'article 370-3, alinéa 2, du Code civil, la Cour reproche aux juges du fond d'avoir assimilé « la *kafala* à une adoption simple alors qu'il résultait de leurs propres constatations que la loi étrangère applicable interdisait l'adoption, que la *kafala* n'est pas une adoption et que l'enfant n'était pas né et ne résidait pas habituellement en France ». Cette solution est donc conforme aux dispositions prévues pour l'adoption d'un enfant de statut personnel prohibitif sans distinction entre l'adoption plénière ou l'adoption simple<sup>993</sup>.

468. Cependant, des juridictions du fond ont exercé une sorte de résistance en se fondant sur l'intérêt de l'enfant. En effet, elles prononçaient l'adoption simple d'enfants confiés en *kafala*<sup>994</sup>, voire, leur adoption plénière<sup>995</sup>. Et ce en dépit de l'interdiction du

---

<sup>989</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 6 mars 1997, *JCP* 1997. IV. 1681.

<sup>990</sup> V. dans le même sens : Cass. 1<sup>re</sup> civ. 19 oct. 1999, préc. *supra*, n°162, considérant que la loi marocaine prohibant l'adoption simple n'est pas contraire à l'ordre public.

<sup>991</sup> N° 06-15.264, *Bull. civ.* I, n° 431, et n° 06-15.265, *Bull. civ.* I, n° 432, *JCP* 2007. I. 170, no 13, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI, et 2007. II. 10072, note M. FARGE ; *AJ fam.* 2007. 32, obs. A. BOICHE, *RJPF* 2007-1/35, note M.-C. LE BOURSICOT, *Dr. fam.* 2007. Comm. 96, note M. FARGE, *Defrénois* 2007. 133, note M. REVILLARD, et p. 307, obs. J. MASSIP ; V. ég. P. SALVAGE-GEREST, Du nouveau, hélas !... pour la *kafala*, *Accueil*, nov.- déc. 2006, p. 42 ; H. FULCHIRON, *op. cit.*, *D.* 2007. Chron. 816 ; D. THEVENET-MONTFROND, La *kafala* et le respect de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, *RLDC* 2007/40. 2610.

<sup>992</sup> Toulouse, 15 févr. 2005, *Dr. fam.* 2006. Comm. 43, obs. M. FARGE.

<sup>993</sup> En faveur de la limitation du champ d'application de l'article 370-3 Code civil à l'adoption plénière, V. C. CHABERT, « L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois », 2001, PUAM, n° 993 et s. ; M.-C. LE BOURSICOT, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2006, préc.

<sup>994</sup> V. par ex. : Aix-en-Provence, 24 oct. 2006, *JCP* 2007. I. 170, no 13, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI, *JCP* 2007. II. 10073, note A. VERDOT ; *contra*, Nîmes, 12 déc. 2007, *JCP* 2008. IV. 1794.

prononcé de l'adoption.

Sur ce point, le Conseil d'État<sup>996</sup> a rendu une décision le 24 mars 2004 dans laquelle la Haute juridiction administrative, sur le fondement de l'article 3 de la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, a affirmé qu'une décision de refus de regroupement familial peut être contestée dans un tel cas de figure. Le juge administratif consacra ainsi le droit au respect de la vie familiale de l'enfant et de sa famille nourricière du fait de l'existence d'une relation affective et préexistante entre le mineur et son *kafil*, et de l'intégration de l'enfant en France. Pourtant, la *kafala* ne saurait, en tant que telle, justifier une décision de regroupement familial. En effet, à la différence de l'adoption, la *kafala* ne crée aucun lien de filiation et s'apparente à un simple transfert de l'autorité parentale ; elle n'entraîne aucun droit particulier à l'accès de l'enfant sur le territoire français<sup>997</sup>.

469. Certains candidats à l'adoption d'un enfant étranger de statut personnel prohibitif ont tenté de contourner la loi personnelle du mineur, en transformant l'adoption internationale en adoption interne<sup>998</sup>. En effet, si la loi française est applicable aux

---

<sup>995</sup> Limoges, 1er oct. 2007, *JCP* 2008. IV. 1431 : les juges du second degré relèvent qu'il est dans l'intérêt de l'enfant abandonné d'avoir une filiation ; ils se fondent sur l'attitude des autorités algériennes qui confient des enfants à des étrangers tout en ayant conscience que l'adoption pourra être prononcée ; pourtant, le consentement des autorités étrangères au recueil de l'enfant peut difficilement être interprété comme un consentement implicite à une adoption future lorsque cette institution est prohibée dans l'état d'origine de l'enfant ; cette décision a été cassée par la Cour de cassation : Civ. 1re, 9 juill. 2008, n° 07-20.279, *D.* 2008. 2144 ; la haute juridiction fait ainsi prévaloir la permanence du statut personnel sur l'intérêt de l'enfant d'avoir une filiation.

<sup>996</sup> Req. n° 249369, *Min. Affaires sociales, travail et solidarité c/ Mme Boulouida*, *D.* 2005. 129, note F. BOULANGER, *RJPF* 2004-9/21, *Dr. fam.* 2004. Comm. 170, note M. FARGE et N. TAOULI, *RTD civ.* 2004. 722, obs. J. HAUSER.

<sup>997</sup> CE 27 juin 2008, no 291561, *AJ fam.* 2008.342, obs. F. CHENEDE.

<sup>998</sup> V. ainsi Paris, 30 oct. 2001, *AJ fam.* 2002.26 : en l'espèce, la tutrice française d'un enfant ressortissant du Maroc souscrit une déclaration de nationalité française au nom de l'enfant en application de l'article 21-12 code civil, alinéa 2, 1<sup>o</sup> anc., prévoyant l'acquisition de la nationalité française pour l'enfant recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ; elle dépose ensuite une requête en adoption plénière de cet enfant ; la cour d'appel constate que le conseil de famille a donné régulièrement son consentement, et prononce l'adoption plénière en application de la loi française devenue la loi personnelle de l'enfant.

conditions de l'adoption d'un enfant étranger qui a acquis la nationalité française<sup>999</sup>, il n'y a pas de raison de refuser d'appliquer cette règle aux enfants de statut personnel prohibitif qui ont acquis la nationalité française. À condition que la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, la loi des effets de leur mariage ou la loi nationale de l'un et l'autre époux n'interdise pas l'adoption.

La Cour de cassation a jugé dans un premier temps que la règle qui interdit l'adoption de l'enfant dont la loi personnelle prohibe cette institution doit s'appliquer, même si l'enfant est sans filiation connue et confié dès sa naissance par une *kafala* à un couple de nationalité française<sup>1000</sup>. Dans un second temps, elle a décidé que l'acte de naissance établi par un *kafil* à partir d'une déclaration mensongère attestant d'un faux accouchement de son épouse doit être annulé. L'intérêt supérieur de l'enfant ne peut justifier l'établissement d'un état civil et d'une filiation en fraude à la loi, d'autant plus que l'enfant, de nationalité marocaine et résidant au Maroc, est titulaire d'un acte de naissance marocain<sup>1001</sup>.

470. Certains auteurs estiment qu'une interprétation stricte de l'article 370-3 du Code civil devrait conduire, dans l'intérêt de l'enfant, au prononcé de son adoption, en se fondant sur l'absence de prohibition explicite ce qui permettrait d'ignorer la loi personnelle de l'enfant<sup>1002</sup>. Monsieur le professeur Fulchiron<sup>1003</sup> estime, néanmoins, que seule l'adoption simple pourrait être prononcée ; selon lui, la rupture des liens avec la famille d'origine se heurte à l'absence de disposition en ce sens de la loi étrangère, absence qui, sauf cas particulier, interdit l'adoption plénière.

---

<sup>999</sup> Civ. 1re, 30 sept. 2003, *RJPF* 2004-2/36, note M.-C. LE BOURSICOT, *Defrénois* 2004. 155, obs.

J. MASSIP.

<sup>1000</sup> Civ. 1re, 15 déc. 2010, no 09-10.439, *AJ fam.* 2011. 101, obs. B. HAFTTEL.

<sup>1001</sup> Civ. 1re, 17 nov. 2010, no 09-68.399, *Dalloz actualité*, 7 déc. 2010, obs. C. SIFFREIN-BLANC.

<sup>1002</sup> V. H. MUIR-WATT, « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *JDI* 2001. 995, no 27.

<sup>1003</sup> H. FULCHIRON, *op. cit.*, *D.* 2007. Chron. 816, spéc. p. 820.

## B. LA POSITION DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME :

### ARRET *HARROUDJ C/ FRANCE*<sup>1004</sup>

471. La Cour européenne des Droits de l'Homme a rendu le 4 octobre 2012, le célèbre arrêt *Harroudj* qui porte sur la question de la transformation de la *Kafala* en une adoption. En l'espèce, en novembre 2003 Zina Hind naît à Alger, de père inconnu et de mère biologique ayant accouché sous X. Deux mois plus tard, le président du Tribunal de Bourmedes accorde à Mme Harroudj le droit de recueil légal sur cette pupille de l'État algérien. Elle fut autorisée à l'emmener vivre avec elle et sa propre mère à Villeurbanne sous le nom de Zina Harroudj. En 2006, le *kafil* déposa une requête en adoption plénière s'appuyant sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3-1 de la Convention internationale des Droits de l'Enfant. Or, le tribunal de grande instance approuvé par la Cour d'appel a débouté la requérante de sa demande. Par un arrêt du 25 février 2009, la première chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en statuant sur le fondement de la règle de conflit de l'article 370-3 alinéa 2 du code civil en affirmant qu'elle respectait le principe de non-discrimination et le droit à la vie familiale. Elle nota également que la *kafala* était expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention internationale des Droits de l'Enfant.

La requérante a saisi la Cour européenne des Droits de l'Homme sur le fondement de la contrariété à l'article 8 de la Convention. Selon elle la position des juges français était contraire à l'article 8 en ce qu'ils refusaient l'adoption de l'enfant que la requérante avait recueillie sous la forme de la *kafala*.

La Cour a estimé que le refus ne semble pas être un obstacle majeur dans le déroulement de la vie familiale de la demanderesse. Cependant cette dernière souhaite la reconnaissance d'un lien de filiation. Or, la Cour rappelle que le Code civil l'exclut en l'espèce, puisque l'adoption est interdite dans le pays d'origine de l'enfant.

Dans un premier temps, la Cour a retenu qu'aucun État n'assimile la *kafala* à une adoption. En effet, les législations sont relativement nuancées sur la question de savoir si la loi nationale de l'enfant mineur est un obstacle à l'adoption. Il n'existe donc aucun accord sur cette question parmi les États membres du Conseil de l'Europe. La Cour estime que la France disposait d'une la marge d'appréciation. Dans un second temps, la Cour a

---

<sup>1004</sup> CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c/ France*, n° 43631/09, *op. cit.*

relève que le refus de la France se fondait sur le Code civil français, et en grande partie sur le respect des conventions internationales, notamment la Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant. Cette dernière reconnaît la *kafala* de droit islamique en tant qu'une « protection de remplacement », au même titre que l'adoption. La Cour a donc considéré que la reconnaissance de la *kafala* par le droit international est un élément déterminant pour apprécier la manière dont les États l'envisagent dans leurs droits nationaux et envisagent les conflits de lois qui se présentent.

Dans cet arrêt la Cour a relevé que l'interdiction d'adoption ne prive pas l'enfant de tout statut juridique, puisque « la *kafala* est reconnue de plein droit » et « produit des effets comparables en l'espèce à ceux d'une tutelle »<sup>1005</sup>. La Cour a donc étudié la vie *in concreto* de la famille et relevé que l'enfant porte le nom de la requérante, que celle-ci bénéficie de l'autorité parentale et qu'un testament peut combler l'absence de statut successoral.

De plus, selon les dispositions du Code civil, l'enfant a la possibilité d'obtenir dans un délai réduit la nationalité française, et à terme la faculté d'être adopté puisqu'elle a été recueillie en France par une personne de nationalité française.

Ainsi, les autorités ont entendu favoriser l'intégration de ces enfants sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respectant de cette manière le pluralisme culturel. En effet, le droit français prévoit une exception pour les enfants nés et résidant en France à qui elle rapidement l'accès à la nationalité française à l'enfant recueilli en France par une personne de nationalité française. Ainsi, le droit au respect de sa vie privée et familiale n'a pas été atteint, tout en préservant l'intérêt public. La Cour a donc conclu à la non-violation de l'article 8, dans la mesure où il y a la possibilité au bout de cinq ans de résidence en France de réclamer la nationalité française et de devenir adoptable.

472. Au-delà de sa solution, l'arrêt *Harroudj*<sup>1006</sup> semble assouplir les exigences du droit au respect de la vie familiale dans les contentieux internationaux relatifs à la filiation. Une telle position de la Cour est rassurante, en effet il ne faut pas sous couvert de l'article 8 et au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, que la Cour protège la volonté de fonder une famille, *a fortiori* en violation des lois étatiques.

---

<sup>1005</sup> § 51.

<sup>1006</sup> CEDH, 4 octobre 2012, n° 43631/09, *Harroudj c/ France*, *op. cit.*

Dans ses arrêts *Menesson et Labassé*<sup>1007</sup>, la Cour semble d'ailleurs avoir trouvé une alternative, en reconnaissant la filiation paternelle, mais en maintenant la non reconnaissance de la filiation maternelle.

473. Le contrôle de la régularité est donc essentielle dans le cadre des filiations électives nées à l'étranger et dont les parents souhaitent une reconnaissance en droit français. En effet, étant donné les différentes législations nationales en matière d'adoption, mais aussi concernant les accords de maternité pour autrui, elle permet aux juridictions françaises d'opérer un ultime contrôle avant que la filiation qui fraude la loi française ne produise ses effets en France.

---

<sup>1007</sup> CEDH, 26 juin 2014, *Menesson et Labassé c/ France*, *op. cit.*

## **CONCLUSION DE SECTION 1**

475. Lorsque le jugement d'adoption international étranger est soumis au contrôle de sa régularité, le juge doit s'assurer qu'il n'a pas été rendu en fraude à la loi et qu'il respecte l'ordre public international. À de nombreuses reprises la jurisprudence a refusé d'accorder l'opposabilité et donc la pleine reconnaissance de ce jugement sur le fondement de la contrariété à l'ordre public. Cependant, il existe deux exceptions : l'ordre public atténué et l'ordre public de proximité qui permettent dans certains cas que le jugement soit reconnu, quand bien même il serait contraire à l'ordre public international. C'est d'ailleurs ce qui a été jugé par la Cour de cassation dans le cas d'une demande d'adoption par la concubine de la mère américaine<sup>1008</sup>.

Les juges français ne cèdent pas non plus face à la volonté des parents en matière de *kafala*. En effet, la France respecte la législation d'origine de l'enfant et refuse de transformer la *kafala* en adoption. Cette position a été confirmée par les juges européens<sup>1009</sup> qui ont estimé que la loi française même si elle ne transformait pas la relation entre l'enfant et la requérante en adoption, ne les empêchait pas de vivre, *de facto*, comme une mère et sa fille.

---

<sup>1008</sup> Civ. 1re, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, *op. cit.*

<sup>1009</sup> CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c/ France*, n°43631/09, *op. cit.*

## SECTION 2. LE REFUS DE

### RECONNAISSANCE DE LA FILIATION ISSUE D'UN

### ACCORD DE MATERNITE POUR AUTRUI

476. Comme le jugement étranger d'adoption internationale, l'acte de naissance étranger est également reconnu de plein droit de manière superficielle jusqu'à ce que sa régularité soit contrôlée<sup>1010</sup>.

L'acte de naissance des enfants nés de maternité pour autrui en tant qu'acte quasi public<sup>1011</sup> n'est soumis qu'à une procédure de transcription et non à un contrôle *d'exequatur*. Les juridictions françaises refusent de lui accorder l'opposabilité. Sur le fondement de ce refus, la jurisprudence française a d'ailleurs évolué, pendant de nombreuses années elle a retenu la contrariété à l'ordre public international - c'est d'ailleurs sur ce fondement qu'elle a été condamnée par la Cour européenne des Droits de l'Homme<sup>1012</sup> - puis, c'est sur la fraude à la loi que les juges ont refusé la transcription de l'acte de naissance, puisque « la fraude à la loi corrompt tout ». Enfin, par deux arrêts du 3 juillet 2015<sup>1013</sup> la Cour de cassation a ordonné la transcription dans les registres de l'état civil français d'actes de naissance d'enfant issus de gestation pour autrui sur le fondement des articles 47 du Code civil et 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

477. La régularité de l'acte de naissance étranger (I), serait donc en passe d'être

---

<sup>1010</sup> F. MONÉGER, *Droit international privé*, Litec, Éditions du JurisClasseur, coll. Objectif droit, 3e éd., 2005, B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, coll. Corpus droit privé, 4e éd., 2006, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 8e éd., 2004, P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 8e éd. 2004.

<sup>1011</sup> C. PAMBOUKIS, « L'acte quasi public en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1993 p. 565.

<sup>1012</sup> CEDH, 26 juin 2014, *Menneson et Labassé c/ France*, *op. cit.*

<sup>1013</sup> Cass., ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002, *D.* 2015. 1438, obs. I. GALLMEISTER, 1481, édito. S. BOLLEE, 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, et 2015 p.1773, note D. SINDRES ; *AJ fam.* 2015. 364, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

reconnu dans le cadre d'une gestation pour autrui suite à de nombreux revirements de jurisprudence (II).

## **I. LA REGULARITE DE L'ACTE DE NAISSANCE ETRANGER**

478. La transcription de la filiation étrangère à l'état civil français (A) est soumise respect des conditions imposées à l'article 47 du Code civil (B).

### **A. L'EXIGENCE DE LA TRANSCRIPTION DE LA FILIATION ETRANGERE A L'ETAT CIVIL FRANÇAIS**

479. Pour pouvoir être reconnue en France, une décision étrangère doit être internationalement régulière. Mais ce seul critère ne suffit pas, puisque la reconnaissance d'une décision étrangère, même régulière, ne doit pas être contraire aux conditions de l'ordre juridique d'accueil. Une décision étrangère ne peut donc être reconnue dans l'ordre juridique français qu'à condition qu'elle ne soit pas inconciliable avec une autre décision qui y produit déjà ses effets.

Les juges justifient le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondée sur la contrariété à l'ordre public international français, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français tel que celui de l'indisponibilité de l'état des personnes.

Une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, même licite à l'étranger ne peut produire d'effet en France. La transcription sur les registres d'état civil français d'un acte de naissance établi en application d'une telle décision doit donc être rectifiée. Selon la Cour de cassation cette dernière ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant au sens de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, ainsi qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3§1<sup>er</sup>, de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant<sup>1014</sup>.

*De facto* ce refus ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'État étranger lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les époux en France. Il ne porte donc pas non plus atteinte au droit au respect de la vie privée

---

<sup>1014</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, 3 arrêts, *op. cit.*

et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 Convention Européenne des Droits de l'Homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3§1<sup>er</sup> de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant comme le prétendent les défenseurs de la pratique. C'est d'ailleurs le raisonnement retenu par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Harroudj c. France*<sup>1015</sup>.

L'enfant à qui la transcription de son acte de naissance est refusée, ne peut pas prétendre être juridiquement rattachés à la France par un lien de filiation envers ses parents d'intention ou en tout cas à sa mère d'intention.

En outre, lorsque les informations mentionnées dans l'acte de naissance ne correspondent pas à la réalité les juges refusent la transcription de cet acte à l'état civil. En effet, par un arrêt du 12 novembre 1986<sup>1016</sup> la Cour a exigé que soient respectées les modalités d'inscription de la loi française telle que l'inscription du lieu réel de naissance, au double motif du caractère de loi de police de l'organisation de l'état civil et de la règle de conflit selon laquelle « les effets de l'adoption sont régis par la loi personnelle du ou des adoptants ».

480. Dans le cadre de la maternité pour autrui, les parents peuvent choisir de ne pas demander la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français. La transcription d'un acte de l'état civil étranger concernant un Français n'est pas une condition de son opposabilité<sup>1017</sup>. Il suffit qu'il soit traduit et légalisé<sup>1018</sup> sauf dispositions contraires. Comme le rappelle Monsieur le professeur Lagarde, seuls les actes de mariage étrangers doivent être transcrits sur les registres de l'état civil français pour être opposables aux tiers en France, notamment en matière de nationalité<sup>1019</sup>. Donc, sans transcription, les parents peuvent simplement produire l'acte californien. Cette solution est toutefois peu pratique et nécessite des démarches qui peuvent être longues et

---

<sup>1015</sup> Cf. *Supra* n° 396 et s.

<sup>1016</sup> Cass. 1re civ., 12 nov. 1986 : *D.* 1987, jurispr. p. 157, note J. MASSIP ; Cass. 1re civ., 20 nov. 1990 : *Bull. civ.* 1990, I, n° 153 ; *Defrénois.* 1991, p. 290, obs. J. MASSIP ; Cass. 1re civ., 19 nov. 1991 : *Bull. civ.* 1991, I, n° 315.

<sup>1017</sup> IGEC n° 490.

<sup>1018</sup> IGEC n° 592 s., qui prévoit que la légalisation est refusée si le contenu du document est contraire à l'ordre public français, v. n° 595 ; sur la condition de légalisation d'un acte de naissance étranger produit en vue de l'enregistrement d'une déclaration de nationalité, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 novembre 2007, *Revue crit. DIP*, 2008. 298, note M. REVILLARD.

<sup>1019</sup> Article 171-5 Code civil, réd. loi 14 novembre 2006.

coûteuses chaque fois qu'il faut demander aux services étrangers une copie ou un extrait de l'acte et le faire traduire. De plus, la force probante de l'acte de l'état civil étranger peut être contestée en France.

Dans la plupart des arrêts qui portent sur des affaires de maternité pour autrui, ce sont les parents ou le ministère public afin d'en prononcer l'annulation qui l'ont demandé. La transcription est ensuite annulée par un jugement mentionné en marge de l'acte de naissance. Les conséquences pour l'enfant sont plus graves encore que dans la situation précédente. Les parents de l'enfant ne peuvent plus invoquer en France les actes de naissance établis à l'étranger. L'enfant est privé en France de filiation maternelle et paternelle. C'est en effet la transcription de l'acte de naissance dans son ensemble, indiquant les filiations maternelle et paternelle, qui est annulée. Toutefois le père bénéficie éventuellement d'alternatives pour faire établir sa filiation. Ainsi, si les parents ne sont pas mariés, le père pourrait reconnaître l'enfant. S'ils sont mariés, le père peut également, théoriquement, reconnaître l'enfant comme adultérin et né de la mère porteuse, mais ce serait contraire à la réalité psychologique et sociale, et même à la vérité juridique, car il n'y a pas d'acte de l'état civil établissant la maternité de la mère porteuse.

481. Si le père est américain et la mère française, l'enfant n'a pas la nationalité française de sa mère. À défaut de lien juridique avec l'enfant, la mère intentionnelle n'aura pas l'autorité parentale, au mieux elle obtiendra une délégation de l'autorité parentale dont le maintien pose un problème en cas de séparation des parents commanditaires. En cas de décès de la mère, l'enfant n'a aucun droit de succession, puisqu'il n'a aucun lien légal de parenté avec elle. Et cela, même si la question préalable de filiation est régie en vertu de la règle de conflit française<sup>1020</sup> par une loi étrangère permissive, en raison de l'exception d'ordre public<sup>1021</sup>. De même, si l'enfant bénéficie d'un legs de sa mère, il devra payer les droits de succession les plus élevés, car il sera considéré par le fisc comme étranger à la *de cuius*.

482. Cependant, une circulaire du 25 janvier 2013, d'application immédiate, invite les procureurs et greffiers en chef à délivrer un certificat de nationalité française aux enfants nés à l'étranger d'un parent français ayant eu vraisemblablement recours à une

---

<sup>1020</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, *Djenangi*, cette *Revue*, 1988. 302, note J.-M. BISCHOFF ; *JDI* 1987. 1025, note A. SINAY-CYTERMANN.

<sup>1021</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 décembre 2008, *Ministère public c. époux X*, *Rev. crit DIP* 2009 p. 320, note P. LAGARDE.

procréation ou gestation pour le compte d'autrui, 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 Code civil. Le seul soupçon de recours à une convention de gestation pour autrui effectuée à l'étranger ne peut suffire à opposer un refus de délivrance.

En revanche, face à un acte d'état civil étranger qui lui semble faux, le greffier en chef du tribunal d'instance reste fondé à refuser la délivrance d'un certificat de nationalité française.

## B. LA PROPOSITION DE RECOURIR A L'ARTICLE 47 CODE CIVIL

483. Si l'on se place sur un plan purement formel, il est possible de prononcer le refus de transcription ou même l'annulation de la transcription en restant sur la sphère du droit interne. Ainsi, les actes de l'état civil dressés à l'étranger et invoqués en France en vue de leur transcription sans *exequatur* sur les registres français de l'état civil, selon les dispositions de l'article 47 du Code civil nous offrent une alternative. Le texte prévoit que lorsqu'ils sont rédigés selon les formes usitées dans le pays étranger, ils font foi « sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ».

484. L'arrêt *Suhami*<sup>1022</sup> définit l'acte d'état civil comme « un écrit dans lequel l'autorité publique étrangère constate d'une manière authentique un événement dont dépend l'état de plusieurs personnes ». L'authenticité est donc une condition dans la qualification même de l'acte, ce qui se justifie par la force probante de l'acte de naissance accordée par l'article 47 du Code civil. Le critère d'authenticité doit être vérifiée dans la loi étrangère, selon les règles imposées par la loi du for. Dans cet arrêt, elle avait conduit à disqualifier, et donc à priver de la foi due aux actes de l'état civil français, un certificat émis par le bureau de l'état civil turc en 1976, malgré la force probante que lui concédait le droit turc. En l'espèce, les juges n'en tennaient pas compte, car il était pas question d'étudier la force probante de l'acte par rapport à la loi locale, mais uniquement les

---

<sup>1022</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 1983, n°82-13247.

conditions dans lesquelles l'autorité publique étrangère avait procédé à l'authentification des conditions françaises.

485. Dans les accords de maternité pour autrui, le problème provient de la mention de la mère légale indiquée dans l'acte de naissance français. Le droit français estime que la mère légale d'un enfant est la femme qui en a accouché et n'envisage pas qu'il puisse y avoir une mère biologique et une mère d'intention. L'absence de distinction s'explique par le fait que la pratique de la maternité de substitution est interdite en France. Or l'officier d'état civil de l'État où le contrat de maternité pour autrui a été conclu, indique ou bien le nom des deux « mères » impliquée dans la convention, ou bien aucun et indique le seul nom de la mère d'intention comme mère légale de l'enfant. Et lors de la demande de transcription à l'état civil français, l'officier d'état civil n'indique que le nom de la mère d'intention. Ce qui est, d'une part, contraire au principe français de détermination de la mère comme étant la femme qui accouche. D'autre part, comme l'explique Monsieur le professeur Ancel<sup>1023</sup>, l'inscription à l'état civil français de la femme du couple commanditaire comme mère légale de l'enfant est une information erronée qui constitue un faux légal. Madame le professeur Muir Watt<sup>1024</sup> estime qu'il s'agit de « considération d'ordre public » qui se retrouve également dans le cadre de l'adoption internationale. En effet, dans le cadre de l'adoption internationale, l'exigence d'équivalence des garanties offertes par l'authenticité conduit parfois à disqualifier certains actes portant sur l'état civil d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption internationale. Il arrive que, selon la loi étrangère du lieu de prononcé de l'adoption, l'enfant adopté ait un acte de naissance reconstitué comportant la mention d'un lieu de naissance fictif. Or un acte comportant la mention d'un lieu de naissance fictif est contraire aux exigences impératives de l'article 354 du Code civil, dont le respect s'impose à tous les actes transcrits sur les registres français de l'état civil. Si dans le cadre de l'adoption l'indication est fictive pour le droit étranger aussi, celui-ci l'accepte. Dans le cadre des mères porteuses, la mention de la mère commanditaire, comme mère de l'enfant n'est pas un faux, c'est une réalité juridique. Cependant, l'ordre public français de l'état civil interdit que soit occultée, la réalité de la filiation par le sang de l'enfant

---

<sup>1023</sup> B. ANCEL, « L'épreuve de vérité, Propos de surface sur la transcription des actes de naissances des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Le droit entre tradition et modernité : Mélanges à la mémoire de Patrick COURBE*, Paris, Dalloz, 2012, p. 1 à 9.

<sup>1024</sup> N. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juill. 2000, *Époux Wallon*, *Rev. crit. DIP* 2001.349, spéc. p.353.

adoptif, ainsi que celle des conditions de sa naissance. L'officier de l'état civil français ne peut transcrire sur les registres français de l'état civil un tel acte, qui ne respecte pas les obligations posées par la loi de son pays<sup>1025</sup>.

486. Le principe de l'article 47 du Code civil disqualifie l'acte de l'état civil étranger et lui retire ainsi toute force probante lorsque « les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la volonté ». Ce principe de véracité justifie l'annulation ou le refus d'une transcription d'une relation consacrée par le droit américain en une filiation maternelle française. La violation de ce principe d'ordre public justifie donc l'application de l'article 423 du Code de procédure civile qui permet d'ordonner la transcription pour en demander par la suite l'annulation<sup>1026</sup>, comme l'on fait le procureur de la République dans l'arrêt 17 décembre 2008<sup>1027</sup>. Et protège la France d'une censure européenne, puisque l'argument ne serait plus le non respect d'un principe jugé d'ordre public par la France, mais bien d'une exigence administrative ce qui dès lors n'est plus discutable.

## **II. VERS UNE LEGALISATION DE LA PRATIQUE DE LA GESTATION POUR AUTRUI**

487. Suite à sa condamnation par la Cour européenne des Droits de l'Homme la France ne pouvait maintenir la position qu'elle avait adopté avec ses arrêts de 2011<sup>1028</sup>, puis avec ses arrêts de 2013 et 2014<sup>1029</sup> (A). Ainsi, lorsque l'occasion lui a été donnée, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence<sup>1030</sup>, qui sans reprendre le

---

<sup>1025</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1986 (2 arrêts), *Rev. crit. DIP*, 1987.557, note E. POISSON-DROCOURT ; *Rev. crit. DIP*, 2001.349, note H. MUIR WATT.

<sup>1026</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 1996, *LPA*, 18 juin 1997 n° 73, p. 33 note J. MASSIP. *Cf. Infra* n° 539.

<sup>1027</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 2008, *op. cit.*

<sup>1028</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, 3 arrêts, *op. cit.*

<sup>1029</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n°s 12-18.315 et 12-30.138, *op. cit.* ; Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, n° 13-50.005, FS-P+B+I, *D.* 2014. 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, et 901, avis J.-P. JEAN ; *AJ fam.* 2014. 244, obs. F. CHENEDE, et 211, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2 avr. 2014, obs. R. MESA.

<sup>1030</sup> Cass., ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002, *D.* 2015. 1438, obs. I.

raisonnement de la Cour européenne, a autorisé la transcription dans les registres de l'état civil français d'actes de naissance d'enfants issus d'une convention de maternité pour autrui (B).

#### A. DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL AU FONDEMENT DE LA FRAUDE, EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

488. Si pendant de nombreuses années la Cour de cassation s'est fondée sur la contrariété à l'ordre public international pour justifier le refus de transcription de l'état civil des enfants nés de maternité pour autrui (1), elle retient dorénavant la fraude à la loi ce qui entraîne de graves conséquences sur le statut de l'enfant (2).

##### 1. Le refus de transcription fondée sur la contrariété à l'ordre public international

489. Par des arrêts du 6 avril 2011, la Cour de cassation a refusé la transcription à l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant issu d'une maternité de substitution sur le motif de la contrariété de la pratique à l'ordre public international français. La Cour a estimé qu'« est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil ;

Que, dès lors, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que dans la mesure où ils donnaient effet à une convention de cette nature, les jugements "américains" du 4 juin 2001 étaient contraires à la conception française de l'ordre public international, en sorte

---

GALLMEISTER, 1481, édito. S. BOLLEE, 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, et 2015 p.1773, note D. SINDRES ; *AJ fam.* 2015. 364, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

que l'acte de naissance litigieux ayant été établi en application de ces décisions, sa transcription sur les registres d'état civil français devait être, dans les limites de la demande du ministère public, rectifiée par voie de suppression de la mention de Mme Y... en tant que mère ; qu'une telle rectification, qui ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle, ni de la filiation maternelle que le droit de l'État du Minnesota lui reconnaît, ni ne l'empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de cet enfant au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à son intérêt supérieur garanti par l'article 3 §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant ».

Les juges se sont fondés, comme dans les précédentes affaires sur une atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. Avec ces arrêts, cette notion est élevée au rang de principes auquel le droit français refuse de déroger. Madame le professeur Hammje<sup>1031</sup> parle alors de « socle inaltérable qui s'imposerait face à une mondialisation des relations familiales, laquelle tendrait au contraire à promouvoir une interchangeabilité des droits, par promotion des volontés individuelles ». Et en effet, le désir d'enfant des couples les amène à se rendre à l'étranger. Pour refuser la légalisation de ces filiations créées à l'étranger en dépit de l'interdiction française, la Haute juridiction invoque l'ordre public international. Dans ce cas, la Cour de cassation ne fait pas jouer l'ordre public atténué, ou ne suit pas la décision retenue dans l'affaire de 2010 portant sur l'adoption par un couple homosexuel<sup>1032</sup>. Le refus des juges de reconnaître la filiation issue du contrat de maternité pour autrui montre la volonté de la jurisprudence française de maintenir l'interdiction de cette pratique.

490. Si aujourd'hui la Cour a changé la base de son raisonnement, on peut se demander si ce fondement était le plus adéquat ? En effet, l'article 16-7 du Code civil qui prohibe les conventions de maternité pour autrui est un principe d'ordre public interne en vertu de l'article 16-9 du Code civil, dont on a pu s'interroger sur sa légitimité pour s'appliquer dans la sphère internationale.

Dans les affaires de 2011<sup>1033</sup>, la cour d'appel de Paris<sup>1034</sup> avait considéré qu'ayant validé indirectement une convention de gestation pour autrui qui au regard de l'article 16-

---

<sup>1031</sup> P. HAMMJE, « De l'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP*, 2011 p. 747.

<sup>1032</sup> Civ. 1re, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, *op. cit.*

<sup>1033</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, 3 arrêts, *op. cit.*

7 du Code civil<sup>1035</sup> est nulle, l'arrêt prononcé par la juridiction étrangère était « en contrariété avec la conception française de l'ordre public international » et il y avait donc lieu d'annuler la transcription des actes de naissance américains « sans qu'il [fût] nécessaire de rechercher si une fraude à la loi [avait] été réalisée ». En l'espèce, les intéressés étaient mis en cause pour demander l'établissement d'un état civil inexact. En conséquence, la transposition dans la sphère interne de l'ordre public international à laquelle se livrait la cour d'appel est donc *a priori* légitime. Toutefois, comme le souligne le rapporteur de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris le 25 octobre 2007<sup>1036</sup>, le domaine dans lequel l'ordre public international déploie ses effets est plus restreint que celui de l'ordre public interne. Sur ce point, on remarque que l'intensité de la réaction de l'ordre public n'est pas la même selon qu'il s'agit de faire obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou seulement de permettre d'y développer les effets d'un droit obtenu sans fraude à l'étranger<sup>1037</sup>. « La contrariété à l'ordre public serait appréciée avec d'autant plus de souplesse qu'aucune des parties à la relation n'aurait la nationalité française ou ne serait domiciliée en France »<sup>1038</sup>. En effet, au facteur spatial et au facteur temporel semblent s'adjoindre de plus en plus fréquemment, un facteur personnel<sup>1039</sup>.

---

<sup>1034</sup> Paris, 25 oct. 2007, *D.* 2007. AJ. 2953, obs. F. LUXEMBOURS, 2008. Pan. 1371, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, et Pan. 1435, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJ fam.* 2007. 478, obs. F. CHENEDE ; *RTD civ.* 2008. 93, obs. J. HAUSER ; *Gaz. Pal.* 2008. 20, note G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE ; *JDI* 2008, note G. CUNIBERTI ; F. BELLIVIER et C. NOIVILLE, Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ?, *RDC* 2008. 545 ; L. BRUNET, « De l'art d'accommoder la gestation pour autrui au droit français », *RGDM* 2008, n° 27. 155 ; R. CHENDEB, « La convention de mère porteuse », *Deffrénois* 2008. 291, n° 38717 ; M. LAMARCHE, « Intérêt supérieur de l'enfant : de l'admission des effets d'une convention de mère porteuse à la destruction du droit français de la filiation ? », *Dr. fam.* 2007, Focus n° 87.

<sup>1035</sup> Article 16-7 Code civil : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

<sup>1036</sup> Paris, 25 oct. 2007, *op. cit.*

<sup>1037</sup> V. H. FULCHIRON, C. GUILARTE MARTIN-CALERO, « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille », *Rev. crit. DIP*, 103 (3) 2014.

<sup>1038</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, n° 26 p. 542.

<sup>1039</sup> Les effets de cet « ordre public de proximité » qui viendrait contrecarrer ceux de l'ordre public improprement dit « atténué » sont perceptibles à travers la série des arrêts rendus le 17 février 2004 par la première chambre civile (Cass. 1re civ., 17 févr. 2004, n<sup>os</sup> 01-11549, 02-11618, 02-15766, 01-12315 ; sur

Les principes défendus dans les arrêts de 2011 constituent le cœur de l'ordre public international, qui permet à la France de résister à l'utilisation de règles ou de décisions étrangères qui créent ou avalisent des situations juridiques qui ont vocation à se déployer en France. Ces pratiques heurtent des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »<sup>1040</sup>. Comme le font observer Messieurs Ancel et Lequette<sup>1041</sup>, la contrariété à l'ordre public devrait « toujours être appréciée en fonction du seul résultat concret auquel conduit l'application de la norme étrangère » ou l'exécution du jugement étranger.

491. L'utilisation de l'ordre public international par les juges, nous amène à nous interroger sur la pertinence de ces principes pour refuser l'application en France des effets attachés à une décision étrangère. Or, à moins d'admettre que l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de la vie privée et familiale à laquelle il a droit ne soient pourvus d'une force juridique qui peut tenir en échec l'ordre public international, la réponse est affirmative, et justifie l'annulation des actes d'état-civil.

L'interdiction de la maternité pour autrui, aujourd'hui codifiée à l'article 16-7 du Code civil a été consacrée une première fois par l'arrêt de l'assemblée plénière de 1991<sup>1042</sup> énonçant qu'« alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption ». De nombreux auteurs s'interrogent sur la force de ce principe d'indisponibilité du corps humain tant il est assorti d'exceptions. À ce sujet on peut noter d'ailleurs que la loi de bioéthique de

---

la première espèce : *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423, note P. HAMMJE ; *JDI* 2004, 1200, note L. GANNAGE ; *D.* 2004, p. 824 ; *Concl. CAVARROC*, *Chr. P. COURBE*, p. 815 ; *JCP* 2004, II, 10128, note H. FULCHIRON ; *Defrénois* 2004, 812. obs. J MASSIP), refusant d'accueillir des répudiations prononcées au Maroc ou en Algérie, entre des époux qui bien qu'ayant la nationalité de ces pays, étaient domiciliés sur le territoire français, au motif que de telles ruptures du lien conjugal *more islamico* sont contraires au principe de l'égalité des époux (Principe énoncé à l'art. 5 du protocole n°7 additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme.)

<sup>1040</sup> Cass. civ., 25 mai 1948 : *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note BATIFFOL ; *JCP* 1948 II, 4532, note VASSEUR.

<sup>1041</sup> *Op. cit.*

<sup>1042</sup> Cass. civ. 31 mai 1991, *op. cit.*

1994 n'y fait pas référence de manière explicite et que le Conseil constitutionnel n'a pas pris position sur cette question<sup>1043</sup>.

Cette interrogation concerne également le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, qui sert également d'arguments aux juridictions pour justifier le refus de transcription et qui, bien qu'identifié avant la décision de 1991<sup>1044</sup> est lui aussi assorti de nombreuses exceptions<sup>1045</sup>. Aussi, ces principes n'ont peut-être pas la valeur absolue, ainsi que l'universalité, qu'on leur reconnaît dans les affaires de maternité pour autrui<sup>1046</sup>. Si l'on peut admettre qu'ils exercent pleinement leur rôle en droit interne, il est sans doute plus difficile de leur reconnaître une influence aussi importante dans la sphère des relations internationales.

492. La Cour européenne des Droits de l'Homme<sup>1047</sup> a d'ailleurs condamné la France pour ses décisions rendues en 2011<sup>1048</sup>. On ne parlera d'ailleurs que d'une condamnation partielle dans la mesure où elle concerne la position de la France uniquement à l'égard de la filiation du père, elle ne prévoit aucun changement sur la filiation de la mère intentionnelle. Cette différence s'explique par le fait que le père intentionnel est également le père biologique de l'enfant, tandis que la mère intentionnelle n'est pas génétiquement liée à l'enfant.

Aussi, l'argument de la contrariété à l'ordre public international en ce qui concerne la filiation paternelle ne semble pas l'argument le plus solide pour fonder le refus de la Cour de cassation. En effet, si au niveau national on peut parler d'un

---

<sup>1043</sup> Cons. const., 27 juill. 1994, 94-343/344 DC : *Rec.* 1994, p. 122. Il se déduit même de ces décisions que les quatre principes examinés, dont celui d'inviolabilité et d'absence de caractère patrimonial du corps humain n'ont pas valeur constitutionnelle (v. Grands arrêts n° 37).

<sup>1044</sup> La doctrine l'ayant induit des termes de l'art. 311-9 du Code civil disposant que les « actions relatives à la filiation ne peuvent faire l'objet d'une renonciation ». V. sur cette question : A. SERIAUX : *JCP* 1990, II, 21526.

<sup>1045</sup> V. C. LABRUSSE-RIOU, « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in *Études offertes à René RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 169 qui parle de « l'expression d'une altération et peut-être d'un renversement du principe de l'indisponibilité de l'état » ; Voir également M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les “ principes ” d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution) », *RTD Civ.* 1992 p. 489.

<sup>1046</sup> Voir sur ce point B. CHENOT, « Les principes généraux sont ceux qui viennent lorsqu'on les appelle après les avoir choisis » in « Le Conseil constitutionnel 1958-1985 », *LPA* 10 janv. 1986, p. 8.

<sup>1047</sup> CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson et Labassé c/ France*, *op. cit.*

<sup>1048</sup> 1<sup>ère</sup> civ., 6 avril 2011, *op. cit.*

« principe de justice universelle considéré dans l'opinion française comme doué de valeur internationale absolue »<sup>1049</sup> qu'en est-il au plan international ?

L'argument de la fraude utilisé en 2013<sup>1050</sup> et confirmé dans un arrêt de 2014<sup>1051</sup> semble davantage à l'abri d'une sanction européenne et juridiquement plus logique.

## 2. Le recours à l'argument de la fraude à la loi

493. Dans ses arrêts en date de septembre 2013 et mars 2014, la Cour de cassation a fondé son refus de transcription des états civils des enfants nés de maternité pour autrui sur la fraude. Par une série d'arrêts datant de 2013 et 2014, la Cour a abandonné l'argument de la contrariété à l'ordre public et se fonde désormais sur l'article 336 du Code civil qui donne compétence au Ministère public lorsqu'il estime que la filiation est établie en fraude à la loi (a). Se pose alors la question des conséquences de ce fondement sur la filiation de l'enfant (b).

### a) La qualification de fraude par la Cour de cassation

494. La fraude se définit comme une « violation de la loi qui s'abrite derrière les règles de droit elles-mêmes et peut ainsi prétendre à une régularité formelle »<sup>1052</sup>. Il y a donc fraude lorsqu'une personne soumise à une loi qui la contrarie peut être tentée de se placer sous l'empire d'une loi étrangère plus complaisante. La fraude est constituée de deux éléments : l'application artificieuse d'une règle de conflit et une intention frauduleuse<sup>1053</sup>.

495. La Cour de cassation a rendu des arrêts datés du 13 septembre 2013<sup>1054</sup> et

---

<sup>1049</sup> V. arrêt *Labassé*.

<sup>1050</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n<sup>os</sup> 12-18.315 et 12-30.138, *op. cit.*

<sup>1051</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, n<sup>o</sup> 13-50.005, FS-P+B+I, *D.* 2014. 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, et 901, avis J.-P. JEAN ; *AJ fam.* 2014. 244, obs. F. CHENEDE, et 211, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2 avr. 2014, obs. R. MESA.

<sup>1052</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français*, Paris 1957.

<sup>1053</sup> B. AUDIT, *La Fraude à la loi*, Dalloz, Bibl. de Droit International Privé, Prix Julliot DE LA MORANDIERE, 1974 ; J. VIDAL, *Essais d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit Français*, Paris Dalloz 1957, p 59.

<sup>1054</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n<sup>o</sup> 12-30.138, *op. cit.*

du 19 mars 2014<sup>1055</sup>, dans lesquels elle confirme le refus de transcription sur les registres français de l'état civil d'un acte de naissance étranger d'un enfant issu de gestation pour autrui et juge irrégulière la reconnaissance d'un enfant par son père biologique<sup>1056</sup>. La Cour a estimé que les conventions de maternité pour autrui constituent une fraude à la loi française et sont donc inopposables, ceci, quand bien même elles seraient licites dans le pays de naissance de l'enfant.

Dans les arrêts de la Cour de cassation rendus en septembre 2013<sup>1057</sup>, un français avait conclu une convention de maternité pour autrui en Inde. Il avait reconnu l'enfant issu de cet accord et avait demandé la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français de l'état civil. Le procureur de la République s'était opposé à la demande. La cour d'appel de Rennes saisie de la demande avait rendu un arrêt du 15 janvier 2013, ordonnant la transcription aux motifs que ni la régularité de l'acte de naissance étranger ni le fait que le demandeur et la femme ayant donné naissance à l'enfant soient le père et la mère de celui-ci n'étaient contestés, ce qui rendait l'acte de naissance conforme à l'article 47 du code civil, mais aussi que la fraude à la loi invoquée par le ministère public lui ouvrait la possibilité d'intenter l'action en contestation de l'article 336 du code civil, sans pour autant permettre de considérer que l'acte de naissance litigieux était contraire à l'ordre public.

La Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel au visa des articles 16-7, 16-9 et 336 du Code civil. Elle a repris d'ailleurs la même formule quelques mois plus tard pour l'arrêt de mars 2014<sup>1058</sup>. Ainsi, « en l'état actuel du droit positif, est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui, convention qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public ». Dans les deux arrêts, la Cour de cassation a jugé que les éléments réunis par le ministère public établissaient bien l'existence d'une convention de maternité pour autrui qui est un processus frauduleux dont la naissance de l'enfant est l'aboutissement et qui

---

<sup>1055</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, n° 13-50.005, FS-P+B+I, *D.* 2014. 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, et 901, avis J.-P. JEAN ; *AJ fam.* 2014. 244, obs. F. CHENEDE, et 211, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *D.* 2 avr. 2014, obs. R. MESA.

<sup>1056</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n<sup>os</sup> 12-18.315 et 12-30.138 ; *op. cit.*

<sup>1057</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n<sup>os</sup> 12-18.315 et 12-30.138, *op. cit.*

<sup>1058</sup> Civ. 19 mars 2014, n° 13-50.005, FS-P+B+I, *op. cit.*

interdit la transcription de l'acte de naissance de celui-ci sur les registres français de l'état civil.

496. Cette qualification de fraude à la loi ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. Ainsi Monsieur le professeur Fulchiron estime que la fraude ne peut pas être retenue en l'espèce<sup>1059</sup>. « L'élément matériel s'entend comme la manipulation de l'élément de rattachement de la règle de conflit afin d'obtenir la désignation d'un autre droit matériel pour régir la situation ou le rapport de droit. Or, aucune élément de rattachement n'a été manipulé ». En effet, il explique que « le père s'est certes déplacé à l'étranger pour y conclure une convention prohibée en France, mais il n'y a aucune manipulation d'élément de rattachement en ce qui concerne la reconnaissance. Celle-ci a été établie devant l'autorité française en application de la loi française, la loi personnelle de l'auteur, autrement dit conformément aux prescriptions de l'article 311-17 du Code civil. Si la fraude à la loi prise en compte par la Cour de cassation est celle du droit civil, elle suppose un "artifice", *i.e.* une manœuvre caractérisée par l'utilisation de moyens réguliers dans le seul but d'éluder une disposition impérative du droit interne ». Si Monsieur le professeur Fulchiron admet que « la prohibition de la gestation pour autrui est bien une loi impérative. Pour autant, peut-on dire que l'établissement de la filiation d'un enfant, du moins lorsqu'elle est conforme à la vérité biologique, soit "frauduleuse" ? ». Il estime que la qualification de fraude est le résultat d'une double confusion. En effet, d'une part la naissance ne peut être le résultat d'un « processus frauduleux », d'autre part le refus d'établir le lien de filiation à l'égard de son père ou de sa mère serait abusif dans la mesure où l'enfant « est étranger à la "fraude" ».

497. Monsieur le professeur Bollée après avoir rappelé qu'il est « très souvent admis que la reconnaissance d'une décision mérite d'être refusée, sur le fondement de la fraude, lorsque les ressources procurées par l'ordre juridique étranger ont été exploitées pour contourner des normes prohibitives qui empêchaient de constituer la situation en France »<sup>1060</sup>. Et, après avoir défini la fraude, explique qu'il n'y a rien de frauduleux dans l'attitude du père<sup>1061</sup>. L'homme est bien le père biologique de l'enfant et la reconnaissance de la filiation entre un père et son enfant ne dépend pas des circonstances

---

<sup>1059</sup> H. FULCHIRON, C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *op. cit.*, p. 541.

<sup>1060</sup> Note sous 1<sup>re</sup> civ. 19 mars 2014, CA Versailles, 29 avril 2014, *Rev. crit. DIP*, 103 (3) 2014, p. 617.

<sup>1061</sup> *Ibid.*, p. 624.

de sa conception. Pourtant sur le fondement très discutable de l'article 336 du Code civil la Cour de cassation a refusé de reconnaître la filiation au père biologique de l'enfant. S'il semble que le refus de reconnaissance de la filiation de la mère intentionnelle s'explique, celle du père biologique est en revanche contestable.

b) Les conséquences pour l'enfant du refus de transcription fondée sur la fraude

498. Il y a deux conséquences pour la famille de l'absence de transcription de l'acte de naissance à l'état civil français. Les parents ne peuvent invoquer en France l'acte de naissance étranger, et la filiation n'est pas reconnue.

499. Les parents peuvent choisir de ne pas demander la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres français. Celle-ci n'est pas une condition de son opposabilité pour un Français<sup>1062</sup>. Il suffit qu'il soit traduit et légalisé<sup>1063</sup>, sauf s'il existe une convention internationale qui l'en exonère. Donc, sans transcription, les parents peuvent se contenter de produire l'acte du pays dans lequel sa filiation a été établie. Cette solution n'est pas pratique et nécessite des démarches qui peuvent être longues et coûteuses chaque fois qu'il faut demander aux services étrangers une copie ou un extrait de l'acte et le faire traduire. De plus, la force probante de l'acte de l'état civil étranger pourra être contestée en France.

Néanmoins l'enfant peut obtenir un titre de voyage pour vivre en France avec ses parents, un titre de séjour, des prestations sociales ou un certificat de nationalité si son père est Français.

500. Lorsque la transcription est refusée sur le fondement de la fraude, c'est la filiation toute entière qui est remise en question, même celle reconnue à l'étranger. L'enfant est privé en France de filiation maternelle, mais également de filiation paternelle. Les parents de l'enfant ne pourraient plus invoquer en France les actes de naissance établis à l'étranger. Les juges estiment que la fraude à la loi corrompt toute la filiation, même celle établie à l'égard du père, parent biologique de l'enfant. C'est donc la

---

<sup>1062</sup> N° 490 IGEC.

<sup>1063</sup> N° 592 et s. IGEC, qui indique que la légalisation est refusée si le contenu du document est contraire à l'ordre public français, v. n° 595 ; sur la condition de légalisation d'un acte de naissance étranger produit en vue de l'enregistrement d'une déclaration de nationalité, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 novembre 2007, *Rev. crit. DIP*, 2008. 298, note M. REVILLARD.

transcription de l'acte de naissance dans son ensemble, indiquant les filiations maternelle et paternelle, qui est annulée<sup>1064</sup>.

501. Si l'on étudie le raisonnement de la Cour parallèlement à la jurisprudence *Wagner et Négrépointis* de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>1065</sup> et de l'arrêt du 26 juin 2014<sup>1066</sup>, la Cour de cassation a semblé se mettre à l'abri d'une censure de la Cour européenne en retenant la fraude. En effet, comme l'expliquait Madame le professeur Hammje<sup>1067</sup>, « à transposer le raisonnement de la Cour de cassation, la fraude pourrait justifier, faute de confiance légitime des parties, une mise à l'écart de la protection reconnue au nom de l'article 8 Convention européenne des Droits de l'Homme à une vie familiale valablement créée à l'étranger, si les parties ont sciemment délocalisé la situation à l'étranger, en pleine connaissance d'une violation d'un principe essentiel de l'État d'accueil<sup>1068</sup>. L'effet de la fraude serait alors maximal puisque seule pourra exister en France une vie familiale *de facto*, mais non un statut juridique, ni celui créé à l'étranger, ni celui qui serait créé en France, l'illicéité originelle y faisant barrage ».

Ainsi, en optant pour la fraude et si celle-ci est avérée, la Cour de cassation semble se mettre à l'abri d'une sanction européenne.

## B. UN REVIREMENT DE JURISPRUDENCE OUVRANT LA VOIE DE LA RECONNAISSANCE DE LA GESTATION POUR AUTRUI

502. Par ses deux arrêts du 3 juillet 2015<sup>1069</sup> la Cour de cassation a ordonné la

---

<sup>1064</sup> Selon Monsieur le professeur Fulchiron la nullité peut être discutée. En effet, la fraude entraîne plus généralement l'inopposabilité que la nullité : H. FULCHIRON, C. GUILARTE MARTIN-CALERO, *op. cit.*, p. 541.

<sup>1065</sup> CEDH, 28 juin 2007, *op. cit.*

<sup>1066</sup> CEDH, 26 juin 2014, *op. cit.*

<sup>1067</sup> P. HAMMJE, *Rev. crit. DIP* 2013 p. 909

<sup>1068</sup> P. KINSCH, *Rev. crit. DIP* 2011. 817, spéc. p. 821.

<sup>1069</sup> Cass., ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002, *D.* 2015. 1438, obs. I. GALLMEISTER, 1481, édito. S. BOLLEE, 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, et 2015 p.1773, note D. SINDRES ; *AJ fam.* 2015. 364, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

transcription dans les registres de l'état civil français d'actes de naissance établis en Russie, où des Français avaient eu recours aux services d'une mère porteuse russe.

Dans les deux espèces, l'acte de naissance russe de l'enfant, dont la transcription sur les registres d'État civil français était sollicitée, mentionnait comme père l'homme qui avait sollicité les services de la mère porteuse russe et qui se présentait comme son géniteur, et en qualité de mère, la femme qui avait porté et accouché de l'enfant et l'avait ensuite abandonné. Dans les deux espèces, le père avait également procédé à une reconnaissance de l'enfant en France. Pour rejeter le pourvoi dans l'un des arrêts<sup>1070</sup>, la Cour de cassation affirme que la cour d'appel « ayant constaté que l'acte de naissance n'était ni irrégulier ni falsifié et que les faits qui y étaient déclarés correspondaient à la réalité, (...) en a déduit à bon droit que la convention de gestation pour autrui conclue [entre le père et la mère] ne faisait pas obstacle à la transcription de l'acte de naissance ». Dans l'autre arrêt<sup>1071</sup>, la Haute juridiction casse pour violation de la loi l'arrêt d'appel qui avait refusé la transcription de l'acte de naissance de l'enfant sur les registres d'État civil français, au motif « qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre [le père et la mère mentionnés dans l'acte] ». La haute juridiction a jugé qu'« en statuant ainsi, alors qu'elle n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Il semblerait qu'en l'espèce la transcription des actes d'état civil ne dépende que d'une question de vérité factuelle. En effet, l'article 47 du code civil subordonne pour l'essentiel la transcription des actes d'état civil dressés à l'étranger à la sincérité de ces actes, c'est-à-dire à l'exactitude des faits relatés<sup>1072</sup>. Or, cette conception de la transcription, dont les conditions seraient limitées à l'examen de la sincérité des actes étrangers, est celle que retient en l'espèce la Cour de cassation. Ainsi, dans la mesure où les faits relatés dans les actes de naissance étrangers ne taisent pas la réalité, les voies de la transcription seront ouvertes.

---

<sup>1070</sup> N° 15-50.002

<sup>1071</sup> N° 14-21.323

<sup>1072</sup> Cf. *Supra* n° 483.

Même si l'article 47 du Code civil suffirait à justifier la décision de la Cour de cassation, cette dernière, dans l'un de ses arrêts du 3 juillet<sup>1073</sup>, se fonde sur le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, la Cour de cassation ne se référant ni à l'intérêt de l'enfant, ni à son droit à l'identité, il est en réalité ici question de vérité instrumentaire et non du droit de l'enfant à connaître son identité.

Pareille conception de la transcription, limitée à la véracité des faits relatés, trouve toutefois bien vite, et de manière évidente, ses limites. L'acte étranger est en effet porteur d'un état de droit, et le for requis, en ordonnant la transcription, accepte de reconnaître cet état et de lui faire produire des conséquences en son sein. Or, pour qu'un état de droit puisse ainsi être reconnu, il faut non seulement qu'il existe, mais encore qu'il soit conforme aux normes auxquelles le for subordonne la reconnaissance de situations juridiques constituées à l'étranger. Ce n'est pas parce qu'une situation a été créée à l'étranger et qu'elle existe effectivement, qu'elle devrait *ipso facto* être reconnue dans l'ordre juridique du for. Le droit sinon, ne servirait à rien d'autre qu'à enregistrer des faits établis et il suffirait alors aux juristes de se muer en enquêteurs.

Les solutions de la Cour de cassation conduisent à faire produire effet à une convention de gestation pour autrui qui est pourtant nulle d'une nullité d'ordre public selon les termes de l'article 16-7 du code civil français. Même si la loi française ne semble a priori guère applicable, puisqu'en vertu de l'article 311-14 du code civil, la loi applicable est celle de la mère, qui est russe en l'espèce. Cependant, comme le soulève Monsieur le professeur Sindres, la loi russe est à l'évidence contraire à l'ordre public international français, et notamment au principe d'indisponibilité du corps humain. L'ordre public devrait jouer avec d'autant plus de fermeté que les pères français ont, dans ces affaires, sciemment éludé l'interdit français en recherchant en Russie ce qu'ils ne pouvaient obtenir en France. Il y a dans ce « voyage de la procréation », une fraude indéniable, qui empêche toute atténuation de l'ordre public international<sup>1074</sup>. Ainsi au regard du droit positif français, la prohibition s'imposait.

Une telle jurisprudence incite même à se demander si un acte d'état civil étranger qui mentionnerait comme parents « *légaux* » des commanditaires sans lien biologique avec l'enfant puisse bénéficier de la transcription. En effet, même si ces « parents » ne

---

<sup>1073</sup> n° 14-21.323

<sup>1074</sup> Cass., ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002, *D.* 2015. 1773, *D.* SINDRES.

répondent pas à la définition qu'en donne le droit français, l'acte ne dissimulerait rien et serait donc conforme à cette vérité factuelle<sup>1075</sup>. La jurisprudence française irait alors au delà des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui a condamné la France dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée*<sup>1076</sup> pour n'avoir pas admis le lien de filiation entre l'enfant et son seul parent biologique, ce qui portait atteinte au droit de l'enfant au respect de sa vie privée<sup>1077</sup>.

503. Monsieur le professeur Bollée opère un parallèle entre le problème par la transcription des actes d'état civil d'enfants issus de gestation pour autrui à la reconnaissance des jugements étrangers. Il explique que ce n'est pas parce qu'une décision étrangère a entériné un état de droit, qui bénéficie dans le for étranger de cette présomption irréfragable de vérité qu'est l'autorité de chose jugée, que cet état sera reconnu dans le for. Il ne le sera que si certaines conditions sont réunies, parmi lesquelles figurent la conformité de la décision étrangère à l'ordre public international et l'absence de fraude.

Or les conditions qui président à la reconnaissance de l'état de droit consacré par une décision étrangère doivent s'étendre à la transcription d'actes de l'état civil étrangers. Dans le cas contraire, si on limitait les exigences relatives à la transcription à la véracité de la situation relatée, l'on entérinerait des résultats absurdes.

504. Se pose toujours la question est de savoir si un autre individu que celui auquel le droit français rattacherait *a priori* l'enfant est susceptible de se voir reconnaître, en France, la qualité juridique de parent. Cette question est récurrente dans les affaires de maternité pour autrui, notamment depuis les arrêts rendus par la CEDH, puisque la place juridique laissée au parent purement intentionnel n'est pas réglée. Ce problème concerne donc la mère d'intention ou, dans un couple d'hommes, celui qui n'a pas fourni son matériel génétique. Or, comme le précise le communiqué de presse de la Cour de

---

<sup>1075</sup> *Ibid.*

<sup>1076</sup> CEDH 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson*, et n° 65941/11, *Labassée*, D. 2014. 1797, note F. CHENEDE, 1773, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, 1806, note L. D'AVOUT, 2015. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, 755, obs. J.-C. GALLOUX, 1007, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, et 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON ; *AJDA* 2014. 1763, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJ fam.* 2014. 499, obs. B. HAFTTEL, et 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RDSS* 2014. 887, note C. BERGOIGNAN ESPER ; *Rev. crit. DIP* 2015. 1, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, et 144, note S. BOLLEE ; *RTD civ.* 2014. 616, obs. J. HAUSER, et 835, obs. J.-P. MARGUENAUD.

<sup>1077</sup> *Cf. Supra* n°141

cassation « les espèces soumises à la Cour de cassation ne soulevaient pas la question de la transcription de la filiation établie à l'étranger à l'égard de parents d'intention : la Cour ne s'est donc pas prononcée sur ce cas de figure ». Pourtant ce point qui reste en suspend est indéniablement l'un des problèmes majeurs soulevés par la gestation pour autrui, et notamment après les arrêts de la CEDH *Menesson* mais aussi *Paradiso et Campanelli* qui ne se prononcent pas sur la place du parent intentionnel. Cependant, on peut légitimement déduire du visa de la Cour de cassation qu'en se fondant principalement sur la réalité factuelle de la filiation, elle exclut toute reconnaissance de liens juridiques entre la mère d'intention et l'enfant.

Une partie de la doctrine<sup>1078</sup> estime que la position prise par la Cour de cassation est un moindre mal au regard de sa jurisprudence précédente et ses conséquences sur l'enfant. Ainsi, Madame le Professeur Gouttenoire<sup>1079</sup> relève que la Cour de cassation n'accepte de reconnaître les effets, en matière de filiation, d'une gestation pour autrui conclue à l'étranger que dans la mesure où ces derniers ne heurtent pas de principes essentiels du droit de l'Etat dans lequel leur reconnaissance est sollicitée. D'après l'auteur il ne s'agirait pas de reconnaître la gestation pour autrui en elle-même mais d'en admettre les effets dont la négation serait disproportionnée au regard des règles relatives à la filiation et au droit à l'identité de l'enfant. Elle ajoute que « cette approche minimaliste est sans doute la moins mauvaise... ».

Toutefois, Monsieur le professeur Bollée<sup>1080</sup> estime qu'il « serait sage que la jurisprudence en reste là, car aussi longtemps que la gestation pour autrui demeurera interdite en France, la possibilité d'établir partiellement la filiation représentera le moins mauvais compromis possible. C'est que l'on ne peut guère se passer d'une sanction : une interdiction n'a pas de sens si, lorsqu'elle est enfreinte, tout se passe comme si elle n'existait pas ». Il ajoute que s'il est vrai que « d'aucuns font valoir [...] que l'ineffectivité de la position du droit français est déjà amplement constatée et devrait conduire à reconsidérer cette interdiction. C'est cependant un autre débat, qu'il revient au législateur et non aux juges de trancher ».

---

<sup>1078</sup> Cass., ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002, *JCP G* n°38, 14 sept. 2015, 965, A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2015. 1481, édito. S. BOLLEE.

<sup>1079</sup> Cass., ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002, *JCP G* n°38, 14 sept. 2015, 965, A. GOUTTENOIRE.

<sup>1080</sup> Cass., ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002, *D.* 2015. 1481, édito. S. BOLLEE.

## CONCLUSION DE SECTION 2

505. De retour en France les parents qui ont eu recours à une mère porteuse étrangère doivent demander la reconnaissance de la filiation étrangère afin que celle-ci produise ses pleins effets en France. Or, les juges en faisant une stricte application de l'article 16-7 du Code civil ont pendant longtemps refusé d'accorder l'opposabilité à l'acte de naissance étranger. En effet, les juges ont estimé que le recours aux mères porteuses était contraire à l'ordre public international. La Cour de cassation a ensuite opéré un revirement avec ses arrêts de septembre 2013<sup>1081</sup> et mars 2014<sup>1082</sup> dans lesquels les juges se sont fondés sur l'article 336 du Code civil qui dispose que « la filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi ».

Enfin, suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme, la Cour de cassation en se fondant sur les articles 47 du Code civil et 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme a reconnu la transcription sur les registres d'état civil d'enfant issus de maternité pour autrui. Cette reconnaissance se limitant au parent biologique de l'enfant, elle ne confère pour l'instant aucun statut au parent purement intentionnel de l'enfant.

---

<sup>1081</sup> 1<sup>re</sup> civ, 13 septembre 2013, *op. cit.*

<sup>1082</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, n° 13-50.005, FS-P+B+I, *op. cit.*

# CONCLUSION DE CHAPITRE 1

507. Malgré les nombreuses tentatives de détournement de l'adoption ou de transcription à l'état civil d'un acte de naissance issu d'un accord de maternité pour autrui, les juges ont pendant longtemps refusé de céder au fait accompli et se fondaient sur la contrariété à l'ordre public ou la fraude à la loi afin de refuser la reconnaissance des filiations issues de gestation pour autrui. Toutefois la Haute juridiction française, suite aux arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, a reconnu la transcription des actes de naissances au registre d'états civils d'enfants issus de maternité pour autrui.

Depuis l'arrêt de 1991 qui a marqué le refus de la jurisprudence française de reconnaître les filiations issues des accords de maternité pour autrui en se fondant sur la contrariété de cette pratique à l'ordre public international, la jurisprudence a évolué. En effet, depuis les arrêts de septembre 2013<sup>1083</sup> et confirmé par celui de mars 2014<sup>1084</sup>, les juges optent désormais pour la fraude à la loi. Si jusqu'alors la filiation bien que non reconnue en France, les parents pouvaient se fonder sur l'acte de naissance étranger sur lequel les parents intentionnels sont reconnus comme les parents légaux de l'enfant. Or, avec l'argument de la fraude à la loi, les conséquences étaient plus importantes encore puisque la fraude remettait en question la filiation établie à l'étranger.

En reconnaissant la filiation à l'égard du parent qui a fourni son matériel génétique, les juges opèrent un revirement total de jurisprudence. Toutefois, ce revirement que l'on peut qualifier d'*a minima* ne règle pas la situation du parent purement intentionnel à l'égard de qui la filiation n'est toujours pas reconnue en France. Si d'aucuns espéraient que le droit français reconnaisse la filiation à l'égard de ses deux parents intentionnels, une telle démarche n'est pas du ressort des juges tant que la maternité pour autrui est frappée d'interdiction d'ordre public au regard de l'article 16-7 du Code civil.

508. En matière d'adoption le problème de la régularité de la filiation se pose notamment avec la demande de transformation de la *kafaka* en adoption. Les juridictions

---

<sup>1083</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 sept. 2013, n<sup>os</sup> 12-18.315 et 12-30.138, *op. cit.*

<sup>1084</sup> Cass. 19 mars 2014, n<sup>o</sup>13-50.005, *op. cit.*

françaises se refusaient de reconnaître une adoption, position confirmée par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt *Harroudj*<sup>1085</sup>, où malgré le refus des juges français de transformer la *Kafala* en adoption, la Cour européenne a estimé que cela n'empêchait pas la *kafil* et l'enfant de vivre une vie de famille. Logique qui semble avoir été que partiellement reprise par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans les arrêts *Menesson et Labassé contre France*<sup>1086</sup>, puisqu'elle sanctionne la France sur son refus de reconnaissance de la filiation paternelle qui est la filiation biologique mais par sur son refus de reconnaître la filiation maternelle de la mère d'intention.

---

<sup>1085</sup> CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c/ France*, n° 43631/09, *op. cit.*

<sup>1086</sup> CEDH, 26 juin 2006, *Menesson et Labassé c/ France*, *op. cit.*

## CHAPITRE 2. L'ÉCHEC PROVOQUÉ PAR LA VOLONTÉ DES PARTIES

509. Les contrôles de régularité de la filiation ou d'*exequatur* du jugement d'adoption ne sont pas les seules raisons qui peuvent amener les filiations électives à échouer. En effet, l'échec des filiations électives peut également être dû à la mésentente entre les adoptants et l'adopté, ou à l'inexécution de son obligation par l'une des parties au contrat de maternité pour autrui. En vue de ces échecs les États ont généralement pris des mesures afin de protéger les personnes lésées. Or, s'il semble important que ces dispositions protègent le consentement des personnes concernées, cela ne signifie pas pour autant que les parties puissent imposer leur volonté ou que la protection de la partie faible se fasse au détriment de l'intérêt de l'enfant. Les modalités de rétractation du consentement des différentes parties à une filiation élective dépendent de l'importance accordée à leur volonté par les législations.

Si pour l'adoption, les législations prévoient généralement des mesures législatives pour encadrer la rétractation ou la révocation du consentement, pour les accords de maternité pour autrui elles sont très diverses et prévoient tantôt une grande liberté de la volonté des parties, tantôt des règles qui régissent rigoureusement les conditions de rétractation ou de révocation du consentement des contractants, comme le fait le Royaume-Uni ou certains États des États-Unis. L'étude des différents régimes permet de s'interroger sur la pertinence et la législation la plus adaptée afin d'encadrer au mieux la pratique des contrats de gestation pour autrui.

En outre l'interdiction française pure et simple des accords de maternité pour autrui semble un échec. En effet, la législation actuelle est incapable de lutter contre les accords de maternité pour autrui conclus à l'étranger. La volonté des parents d'intention semble plus forte que la prohibition française. La seule hypothèse restante serait peut-être de légaliser pour mieux encadrer la gestation pour autrui, et ainsi mettre un terme au réseau parallèle qui s'est créé et sur lequel les autorités n'ont aucun pouvoir. À cette fin, certains régimes peuvent inspirer comme le régime anglais où l'autorisation des accords

de gestation pour autrui est limitée aux personnes domiciliées en Royaume-Uni. Cette solution permettrait d'éviter les problèmes de droit international privé qui sont actuellement soulevés en France.

Si une telle solution n'est guère satisfaisante pour les opposants à la pratique, elle semble malgré tout la solution la plus consensuelle. En effet une légalisation stricte permettrait au droit français de conserver un contrôle sur les filiations issues des conventions de maternité pour autrui contrairement à ce qui se passe actuellement et de prévoir des dispositions en cas d'échec de la filiation.

510. L'échec des filiations électives doit être prévu par les États qu'il s'agisse de l'adoption (Section 1) ou de la maternité pour autrui (Section 2).

## **SECTION 1. L'ÉCHEC DE L'ADOPTION**

511. Afin de prévenir les échecs de l'adoption, la loi du 4 juillet 2005 met en place un soutien aux adoptants sous la forme d'une information, et aux adoptés sous la forme d'un accompagnement. Ainsi, il est prévu que les conseils généraux doivent proposer aux candidats en attente d'agrément des réunions d'information<sup>1087</sup>, afin d'aider les familles à mieux appréhender la réalité et les difficultés de l'adoption. Il s'agit également de les aider à construire un projet qui leur correspond.

En outre, l'article L. 225-18 du Code de l'Action sociale et des familles prévoit que « le mineur placé en vue de son adoption ou adopté bénéficie d'un accompagnement par les services de l'aide sociale à l'enfance ou l'organisme autorisé mentionné à l'article 225-11 à compter de son arrivée au foyer de l'adoptant et jusqu'au prononcé de l'adoption plénière en France ou jusqu'à la transcription du jugement étranger ». L'accompagnement de l'adopté est donc obligatoire jusqu'au prononcé de l'adoption plénière si celle-ci l'est par une juridiction française ou, s'il s'agit d'un jugement étranger ayant la portée d'une adoption plénière française, jusqu'à sa transcription sur les registres de l'état civil. De plus, à la demande de l'adoptant l'accompagnement peut-être prolongé, il sera maintenu tant qu'il sera jugé nécessaire. Toutefois, cet accompagnement n'est envisagé que comme une prolongation à l'accompagnement initial, il ne peut être repris si des difficultés apparaissent au cours de l'adoption.

Dans le cadre de l'adoption internationale, l'adoptant peut être obligé de suivre l'accompagnement s'il s'y est engagé envers l'État d'origine de l'enfant. Ce suivi s'effectuera selon les modalités déterminées au moment où les adoptants ont pris cet engagement. Ici encore, il s'agit de donner satisfaction aux pays d'origine, de les rassurer sur le sort des enfants qu'ils ont confié à des étrangers.

Cependant, malgré les dispositions mises en place par le droit français certaines adoptions font encore l'objet de demande de révocation.

---

<sup>1087</sup> Article L. 225-3 du Code de l'action sociale prévoit des réunions qui permettent aux futurs adoptants de mieux percevoir les difficultés réelles de l'adoption et ainsi de prévenir des échecs.

Le droit français encadre strictement les demandes de révocation d'adoption simple (I), et les interdit pour l'adoption plénière ce qui pose davantage de problèmes lorsque cette dernière est internationale. En effet, la Convention de La Haye envisage seulement l'échec de l'adoption avant que le jugement ne soit prononcé, les États doivent donc trouver des solutions. Le droit français a opté pour la technique de la substitution qui, même si elle montre ses limites, semble une alternative correcte pour trouver une solution à ces situations juridiquement et humainement complexes (II).

## **I. LA REVOCABILITE DE L'ADOPTION SIMPLE**

512. La révocation du consentement à l'adoption simple est possible en droit français. Elle est strictement encadrée par la jurisprudence qui ne la prononce qu'en cas de motifs graves selon les dispositions du Code civil (A). Se pose alors la question des conséquences de l'échec sur le statut de l'enfant (B).

### **A. UNE REVOCATION POSSIBLE SEULEMENT POUR MOTIFS GRAVES**

513. Si pour l'instant le droit français prévoit la révocabilité de l'adoption simple pour motifs graves (1), certains auteurs s'interrogent sur les avantages à admettre son irrévocabilité (2).

#### **1. La notion de motifs graves appréciée par la jurisprudence**

514. Les dispositions de l'article 370 du Code civil prévoient une action en révocation de l'adoption simple (a) pour motifs graves. Cette limite imposée à la volonté des parties à l'adoption est nécessairement très encadrée par les juges du fond (b).

##### **a) L'action en révocation**

515. L'adoption simple est toujours révocable<sup>1088</sup>. Ce principe prévu à l'article 370 du Code civil, laisse la possibilité aux parties à l'adoption de mettre un terme à la filiation, même après le jugement définitif déclaratoire. Comme le jugement d'adoption simple n'est pas assorti de l'autorité de la chose jugée les parties peuvent en demander la

---

<sup>1088</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La Famille*, Défrenois, 4<sup>e</sup> éd. 2011 ; A. BENABENT, *Droit civil. La famille*, 11<sup>e</sup> éd., 2003, Les manuels, Litec ; G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 9<sup>e</sup> éd., 2006, Domat droit privé, Montchrestien ; I. CORPART, *L'adoption - Une filiation affective*, 2003, ASH ; P. COURBE, *Droit de la famille*, 4<sup>e</sup> éd., 2005, coll. U, A. Colin ; F. Terré et D. FENOUILLET, *Les personnes. La famille. Les incapacités*, Précis Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2005.

révocation. Toutefois la révocation est soumise à certaines conditions et nécessite une nouvelle instance comme le prévoient les articles 1177 et 1178 du Code de procédure civile<sup>1089</sup>. L'instance obéit aux règles de la procédure en matière contentieuse<sup>1090</sup>. La partie demanderesse, l'adoptant ou l'adopté, doit donc introduire son action par voie d'assignation devant le tribunal de grande instance territorialement compétent, c'est-à-dire celui du domicile du défendeur, l'adoptant ou l'adopté, sauf dispositions contraires.

La révocation peut-être demandée par l'adoptant lui-même, mais n'est recevable que si l'adopté est âgé de plus de 15 ans<sup>1091</sup>. Si l'adoption a été réalisée par deux époux, chacun dispose d'un droit propre pour demander la révocation. En l'absence de disposition spéciale, l'adoptant marié n'est pas tenu de demander le consentement de son conjoint pour intenter l'action en révocation.

Elle peut également être demandée par l'adopté et, lorsqu'il est mineur, les père et mère par le sang ou, à défaut, un membre de la famille d'origine, jusqu'au degré de cousin germain inclus<sup>1092</sup>. Si l'action en révocation est une action personnelle à l'adoptant et à l'adopté, la Cour de cassation a admis, à la suite d'un revirement de jurisprudence<sup>1093</sup>, que lorsqu'elle a été intentée par eux, elle peut en cas de décès être poursuivie par leurs héritiers. La Cour a précisé que la révocation est intransmissible lorsqu'elle n'a pas été engagée avant le décès<sup>1094</sup>.

Certains auteurs<sup>1095</sup> estiment que l'adopté mineur peut agir à partir de l'âge de treize ans<sup>1096</sup>, âge auquel il doit consentir à son adoption. L'adopté doit être représenté par

---

<sup>1089</sup> Article 1177 du Code civil « L'instance obéit aux règles de la procédure en matière contentieuse.

L'affaire est instruite et débattue en chambre du conseil, après avis du ministère public.

Le jugement est prononcé en audience publique ».

Article 1178 du Code civil « L'appel est formé comme en matière contentieuse. Il est instruit et jugé selon les règles applicables en première instance ».

<sup>1090</sup> Article 1177, al. 1<sup>er</sup> Code de procédure civile.

<sup>1091</sup> Article 370, alinéa 2 Code civil.

<sup>1092</sup> Article 370, al. 3 Code civil.

<sup>1093</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juin 1989, *D.* 1990. 182, note LESCA ; *JCP* 1990. II. 21547, note CHARLES ; *Defrénois* 1989, art. 34625, no 111, note J. MASSIP ; *Journ. not.* 1990. 30, note Raison.

<sup>1094</sup> Rappr., pour l'exercice des voies de recours, de Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 2005, n°04-11.689, *Bull. civ.* I, no 477 ; *D.* 2006. IR 10 ; *Dr. fam.* 2006, n°52, note P. MURAT ; *RTD civ.* 2006. 100, obs. J. HAUSER.

<sup>1095</sup> V. en ce sens : J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *La famille. Fondation et vie de la famille*, 2e éd., 1993, LGDJ, n° 988.

un administrateur *ad hoc* puisque, par hypothèse, les intérêts de l'enfant sont en contradiction avec ceux de ses représentants légaux. Les dispositions de l'article 370 du Code civil semblent plutôt indiquer que la révocation ne peut jamais être prononcée à l'initiative personnelle de l'adopté mineur. En revanche, en l'absence de disposition spéciale, le mineur émancipé peut exercer seul l'action en révocation. En effet, l'article 413-6, alinéa 2, du Code civil dispose que le mineur émancipé doit observer les mêmes règles que s'il n'était pas émancipé pour « se donner en adoption ». D'interprétation stricte, l'exception ne doit pas être étendue à l'action en révocation.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1996, le ministère public peut également intenter l'action en révocation si l'adopté est mineur<sup>1097</sup>. Cette faculté peut s'avérer opportune si les parents par le sang n'agissent pas et qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de rompre le lien juridique de l'adoption. Le ministère public peut aussi demander des mesures d'assistance éducative au profit de l'adopté mineur si les actes de l'adoptant le mettent en danger dans sa sécurité, sa santé ou sa moralité<sup>1098</sup>. Il peut également exiger un retrait total ou partiel de l'autorité parentale<sup>1099</sup>.

516. Selon l'article 1177 alinéa 2 du Code de procédure civile, la demande de révocation est instruite et débattue en chambre du conseil, après avis du ministère public, qui est partie jointe. Après audition du ministère public, le jugement est prononcé en audience publique<sup>1100</sup>. Le prononcé de la révocation est subordonné selon l'article 370, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil à la preuve de motifs graves.

---

Outre le consentement parental, le consentement personnel de l'adopté mineur est requis lorsque celui-ci est âgé de plus de treize ans (article 360, al. 3 Code civil). Il a été jugé que ce consentement devait être suffisamment éclairé pour être valable. Ainsi, a été annulé le consentement donné par des adoptés, au motif que ceux-ci ignoraient les effets essentiels et obligatoires du jugement (spéc. adjonction du nom de l'adoptant au nom de l'adopté, TGI Versailles, 26 nov. 1979, *Gaz. Pal.* 1980. 2. Somm. 471). Le consentement du mineur âgé de plus de treize ans ne suffit pas ; ses parents doivent également consentir à son adoption. Il en est de même pour le mineur émancipé qui n'est pas assimilé à un majeur dans le cadre de l'adoption (Article 413-6, al. 2 du Code civil, L. n° 2007-308 du 5 mars 2007 ; V. I. CORPART, Le déclin de l'émancipation des mineurs, *JCP N* 2003. 1523).

<sup>1096</sup> Civ. 1re, 21 juin 1989, *D.* 1990. 182, note LESCA ; *JCP* 1990. II. 21547, note CHARLES ; *Defrénois* 1989, art. 34625, no 111, note J. MASSIP ; *Journ. not.* 1990. 30, note Raison.

<sup>1097</sup> Article 370, al. 1<sup>er</sup> Code civil.

<sup>1098</sup> Article 375 Code civil.

<sup>1099</sup> Article 378 et s. Code civil.

<sup>1100</sup> Article 1177, al. 3 Code de procédure civile.

517. L'article 362 du Code civil<sup>1101</sup> dispose que le jugement de révocation de l'adoption doit être motivé et son dispositif est mentionné en marge de l'acte de naissance ou de la transcription du jugement d'adoption. La révocation doit être transcrite dans les quinze jours de la date à laquelle la décision est passée en force de chose jugée, à la requête du procureur de la République, elle produit ses effets à la date de la demande. En vertu de l'article 370-2 du Code civil, la révocation fait cesser, pour l'avenir seulement, tous les effets de l'adoption. L'adopté reprend donc son nom d'origine, et perd tous ses droits vis-à-vis de l'adoptant. S'il est encore mineur il revient sous l'autorité parentale de ses parents par le sang.

Le jugement de révocation est susceptible de toutes les voies de recours. Ainsi l'appel est formé comme en matière contentieuse et il est instruit et jugé selon les règles applicables en première instance<sup>1102</sup>. Un recours en révision est également possible. La Cour de cassation a d'ailleurs considéré que « le recours en révision contre un jugement de révocation est exclusivement attaché à la personne de l'adoptant et de l'adopté, de sorte que l'héritier de l'adopté est irrecevable à l'exercer lorsque cette action n'a pas été engagée par l'adopté de son vivant »<sup>1103</sup>. Un pourvoi en cassation peut également être formé dans les deux mois de la signification de la décision.

Le cas échéant les parents peuvent revenir sur leur décision et révoquer leur révocation.

#### b) La condition de motifs graves

518. La révocation ne peut être prononcée que si elle est justifiée par des motifs graves<sup>1104</sup>. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier, dans chaque cas, si les motifs allégués sont d'une gravité suffisante pour justifier la révocation<sup>1105</sup>. Si l'adoption simple « procède d'un accord de volontés », elle revêt

---

<sup>1101</sup> Article 370-2 du Code civil

<sup>1102</sup> Article 1178 du Code de procédure civile.

<sup>1103</sup> Civ. 1re, 6 déc. 2005, n° 04-11.689.

<sup>1104</sup> V. F. GRANET, Les motifs de révocation d'une adoption simple, *AJ fam.* 2002. 24 ; F. EUDIER, *Rép. Dalloz Drt civ.*, Adoption.

<sup>1105</sup> Civ. 1re, 10 juill. 1973, *Bull. civ.* I, no 243, *JCP* 1974. II. 17689, note E. S. de LA MARNIERRE ; 20 mars 1978, *Bull. civ.* I, n° 114. La prise en considération des conséquences de la révocation pour l'adopté reviendrait à ajouter l'article 370 du code civil une condition qu'il ne comporte pas. Dijon, 28 janv. 1997, *BICC* 1<sup>er</sup> juill. 1997, n° 865.

néanmoins « un aspect institutionnel prépondérant, de telle sorte que sa révocation constitue une mesure exceptionnelle qui ne peut, en dépit de l'accord des parties, être prononcée que pour des motifs graves »<sup>1106</sup>. Les faits doivent montrer une altération irrémédiable des liens affectifs entre l'adoptant et l'adopté. Le maintien de la relation créée par l'adoption doit être moralement impossible.

Par principe la révocation ne peut être qu'exceptionnellement accordée. En aucun cas elle ne peut résulter du seul consentement mutuel des intéressés<sup>1107</sup>. Ainsi que l'affirme la Cour d'appel de Paris, « l'article 370 du Code civil interdit la révocation de l'adoption simple pour convenances personnelles », c'est-à-dire sans motifs objectivement identifiés appréciés dans un contexte de filiation<sup>1108</sup>. Le tribunal de grande instance doit apprécier si les causes établies sont de nature à rendre très difficile, voire impossible, le maintien des liens créés par l'adoption. Le jugement révoquant l'adoption doit être motivé<sup>1109</sup>.

519. Les motifs graves de la révocation sont généralement tirés du comportement que le demandeur reproche à l'autre, adoptant ou adopté. De manière générale, ce sont les faits reprochés à l'adopté qui suscitent la demande de révocation émanant de l'adoptant ou de ses héritiers. Ainsi, il peut y avoir révocation lorsque l'adoptant a un comportement répréhensible, notamment si celui-ci ne remplit pas les obligations qui découlent de l'autorité parentale<sup>1110</sup>. La jurisprudence a estimé que dans le cadre de l'adoption de l'enfant du conjoint, l'indifférence totale du parent adoptif à la suite du divorce peut également justifier la révocation<sup>1111</sup>. La révocation est prononcée en cas

---

<sup>1106</sup> TGI Paris, 28 mai 1996, *D.* 1997. Somm. 162, obs. F. GRANET.

<sup>1107</sup> CA Aix-en-Provence, 29 nov. 2001 : *Juris-Data* n° 2001-175694.

<sup>1108</sup> CA Paris, 3 oct. 2002 : *Juris-Data* n° 2002-191687.

<sup>1109</sup> Article 370-1 du Code civil.

<sup>1110</sup> TGI Paris, 3 juill. 1979, *D.* 1980. IR. 58. En l'espèce, l'adoptante n'avait jamais pourvu à l'éducation et à l'entretien de l'adopté.

<sup>1111</sup> V. Limoges, 26 nov. 1992, *D.* 1994. 207, note B. BERRY : en l'espèce, les enfants ont été adoptés par leur belle-mère deux ans seulement après le mariage, mais l'adoptante a demandé le divorce un an seulement après le prononcé de l'adoption ; celle-ci est révoquée ; Aix-en-Provence, 5 mars 2002, *Dr. fam.* 2003. Comm. 117, note C. GAILLARD : la cour d'appel infirme le jugement ayant prononcé l'adoption simple d'un enfant par son beau-père, une demande de divorce ayant été introduite après le prononcé du jugement d'adoption simple.

de mésentente réelle et profonde<sup>1112</sup>, ou lorsqu'il y a entre les adoptés et l'adoptant un climat conflictuel générant des conflits permanents entre eux, révélant que l'adoption a produit l'effet inverse de ce qui était recherché et a provoqué la mésentente<sup>1113</sup>. De même, les manquements graves du défendeur aux devoirs qu'impose le lien de filiation sont retenus<sup>1114</sup>. Le caractère irrémédiable de l'altération du lien filial est établi soit par une grave indifférence de l'adopté et une absence totale de contact avec ses parents<sup>1115</sup>, soit par des propos intolérables telles des menaces de mort réitérées<sup>1116</sup>. Une conduite indigne à l'égard de l'adoptant<sup>1117</sup> peut aussi être retenue comme motif grave. Peut également justifier la révocation des voies de fait sur la personne de l'adoptant<sup>1118</sup> ou une extorsion de fonds par des moyens malhonnêtes suivie d'une lettre injurieuse manifestant une profonde ingratitude<sup>1119</sup>. Enfin, la révocation peut être prononcée lorsque le comportement de l'adopté mêle refus d'autorité, violence et actes de délinquance<sup>1120</sup> ou le fait de tenir de manière habituelle des propos très désobligeants à l'encontre du parent adoptif<sup>1121</sup>.

Les tribunaux peuvent également prendre en compte une accumulation de faits, qui pris isolément, ne présenteraient pas le caractère de gravité requis<sup>1122</sup>.

520. En revanche la jurisprudence a estimé que ne saurait constituer un motif grave de révocation un comportement, même regrettable, de l'adoptant ou de l'adopté,

---

<sup>1112</sup> CA Paris, 16 mars 1989 : *Juris-Data* n° 1989-022921. CA Limoges, 1er juin 1995 : *Juris-Data* n° 1995-042302.

<sup>1113</sup> CA Aix-en-Provence, 29 nov. 2001 : *Juris-Data* n° 2001-175694.

<sup>1114</sup> Cass. 1re civ., 12 janv. 1966 : *D.* 1966, jurispr. p. 236. Cass. 1re civ., 20 mars 1978, préc., supra n° 113.

<sup>1115</sup> Pas une visite en dix ans : CA Grenoble, 3 juill. 2001 : *Juris-Data* n° 2001-015054.

<sup>1116</sup> CA Poitiers, 16 avr. 2002 : *Juris-Data* n° 2002-182246.

<sup>1117</sup> Pau, 10 juill. 1997, *RTD civ.* 2000. 310, obs. J. HAUSER : injures, atteintes à l'honneur de l'adoptant et dégradation de ses biens ; Grenoble, 10 déc. 2004, *Dr. fam.* 2005. Comm. 129, note P. MURAT : l'adopté entretenait une liaison avec la femme de l'adoptant qui était également sa mère adoptive ; ayant appris l'existence de cette liaison, l'adoptant s'était suicidé.

<sup>1118</sup> Civ. 1re, 20 mars 1978, *Bull. civ.* I, n° 144.

<sup>1119</sup> T. civ. Bayonne, 31 juill. 1930, *S.* 1931.2.200.

<sup>1120</sup> Dijon, 28 janv. 1997, *JCP* 1997. IV. 1978.

<sup>1121</sup> Bordeaux, 7 mars 2002, *JCP* 2002. I. 165, no 7, obs. RUBELLIN-DEVICHI, *Dr. fam.* 2002. Comm. 83, note P. MURAT, *RTD civ.* 2002. 797, obs. J. Hauser.

<sup>1122</sup> CA Pau, 10 juill. 1997 : *Juris-Data* n° 1997-046308 ; CA Aix-en-Provence, 27 mars 1998 : *Juris-Data* n° 1998-041023.

lorsqu'il a été provoqué<sup>1123</sup>. De même que la mésentente entre l'adopté et l'adoptant, même profonde et réciproque<sup>1124</sup>. La jurisprudence a également jugé que la cessation de toute correspondance, à la suite des premières difficultés familiales<sup>1125</sup> ou même l'existence d'une simple querelle familiale qui a précédé le départ de l'adopté<sup>1126</sup> ou qui oppose les adoptés à leur mère adoptive à propos de l'héritage de leur père et de la gestion de l'indivision successorale<sup>1127</sup> ne justifient pas la révocation. Ne constituent pas non plus un motif grave une action de l'adopté tendant au versement d'une pension alimentaire pour parfaire ses études<sup>1128</sup>, ainsi que l'altération des relations de l'adopté et de l'adoptant due principalement au comportement de ce dernier<sup>1129</sup> ou encore la demande de mise sous curatelle de l'adoptant formée par l'adopté malgré les allégations de tentative de captation d'héritage invoquées<sup>1130</sup>.

Les juges ont estimé que les défauts de l'adopté, les imperfections de son comportement, les négligences et les oublis, en l'absence de toute autre circonstance, ne sont pas suffisants pour justifier une révocation dans la mesure où ils ne peuvent être assimilés à une méconnaissance consciente des devoirs qu'implique la parenté. Lorsque l'adopté est mineur, les difficultés éducatives auxquelles les parents sont confrontés ne suffisent pas pour justifier la révocation, le comportement de l'enfant pouvant s'expliquer par les modifications importantes de ses conditions de vie<sup>1131</sup>.

Les juges ont également estimé que dans le cadre d'une adoption simple de l'enfant du conjoint, le divorce survenu entre l'adoptant et le parent par le sang de l'adopté n'est pas, à lui seul, un motif suffisant de révocation<sup>1132</sup>. Dans les faits, ce qui compte, ce n'est pas le divorce en lui-même, mais la situation que le divorce risque de créer pour l'adopté, ainsi que l'indifférence de la mère adoptive après le divorce<sup>1133</sup>. Les juges ont estimé que le fait que « les deux parties sollicitent la révocation réciproquement pour des

---

<sup>1123</sup> Civ. 1re, 10 juill. 1973, *op. cit.*

<sup>1124</sup> Versailles, 9 déc. 1999, *BICC* 15 oct. 2000, n° 1174, *RDSS* 2000. 437, obs. F. MONÉGER.

<sup>1125</sup> Civ. 1re, 19 janv. 1966, *Bull. civ.* I, n° 40, *RDSS* 1966. 150.

<sup>1126</sup> Civ. 1re, 30 juin 1992, n° 90-22.016.

<sup>1127</sup> Bordeaux, 8 nov. 2006, *JCP* 2007. IV. 1393.

<sup>1128</sup> Paris, 11 juill. 1975, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1976. 695, note J. FOYER.

<sup>1129</sup> Civ. 1re, 10 juill. 1973, *préc.* ; TGI Paris, 28 oct. 1980, *RDSS* 1981. 329, obs. P. RAYNAUD.

<sup>1130</sup> Paris, 21 nov. 1995, *RTD civ.* 1996. 138, obs. J. HAUSER.

<sup>1131</sup> Poitiers, 7 févr. 2007, *AJ fam.* 2007. 322.

<sup>1132</sup> Rouen, 31 mars 1987, *Gaz. Pal.* 1988. 2. Somm. 278.

<sup>1133</sup> V. Limoges, 26 nov. 1992, *op. cit.*

motifs différents est insuffisant »<sup>1134</sup> de même qu'un profond dissentiment réciproque entre les parties<sup>1135</sup>.

En outre, les juges ont retenu que l'adoptant ne peut se prévaloir d'une fraude dont il est l'auteur, pour solliciter la révocation de l'adoption simple qui avait été prononcée<sup>1136</sup>. Une personne qui a détourné l'adoption ne peut en demander la révocation sur le fondement de sa fraude.

521. Il semble donc qu'il ne suffise pas d'établir que la demande est motivée par un fait quelconque. Le requérant doit établir que l'adoption est devenue insupportable. La demande de révocation d'une adoption simple fondée sur l'ingratitude de l'adopté à l'égard de l'adoptant doit être rejetée dès lors que l'adoptant ne démontre pas une ingratitude caractérisée rendant moralement impossible le maintien des liens de filiation adoptive<sup>1137</sup>. Ainsi, l'existence d'une simple querelle qui a précédé le départ de l'adopté ne constitue pas un motif grave<sup>1138</sup>, pas plus que l'absence de l'adoptée auprès de l'adoptante lors de l'hospitalisation de cette dernière<sup>1139</sup>, ou que l'existence de tensions explicables par des intérêts financiers<sup>1140</sup>.

Les juges refusent de prononcer la révocation lorsque chaque parties est responsable de la situation de conflit qui sépare les intéressés<sup>1141</sup> ou encore lorsqu'elle résulte du comportement d'une tierce personne<sup>1142</sup>. Ainsi, en dehors du comportement de l'adoptant ou de l'adopté, d'autres motifs de révocation ont été admis par les juridictions du fond, parfois à la suite d'une interprétation très extensive de la notion de motifs graves. Il a, par exemple, été jugé qu'était un motif grave de révocation l'établissement de la filiation naturelle d'un enfant, alors que son père naturel l'avait précédemment adopté<sup>1143</sup>.

---

<sup>1134</sup> CA Pau, 6 oct. 1993 : *Juris-Data* n° 1993-047767.

<sup>1135</sup> CA Paris, 11 oct. 2001 : *Juris-Data* n° 2001-156037.

<sup>1136</sup> Civ. 1re, 19 nov. 1991, n° 90-16.950, *Bull. civ.* I, no 316 ; *LPA* 1992, n° 91, note J. MASSIP.

<sup>1137</sup> CA Pau, 20 févr. 1991 : *Juris-Data* n° 1991-040967.

<sup>1138</sup> Cass. 1re civ., 30 juin 1992 : *Juris-Data* n° 1992-001504.

<sup>1139</sup> CA Rennes, 16 févr. 1993 : *Juris-Data* n° 1993-041798.

<sup>1140</sup> TGI Paris, 21 nov. 1995 : *Juris-Data* n° 1995-053684.

<sup>1141</sup> CA Paris, 2 juill. 1993 : *Juris-Data* n° 1993-022332.

<sup>1142</sup> TGI Paris, 28 mai 1996 : *Juris-Data* n° 1996-043809.

<sup>1143</sup> TGI Paris, 2 févr. 1993, *D.* 1993. Somm. 327, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS : en l'espèce, le père biologique de l'enfant la reconnaît après l'avoir adoptée ; il demande au tribunal de révoquer l'adoption simple ; les juges considèrent que la filiation reposant sur la vérité biologique est incompatible avec

Enfin, comme en matière de divorce, le comportement du défendeur peut être excusé par le comportement fautif antérieur du demandeur<sup>1144</sup>. Les juges estiment que lorsque la situation ne peut être imputée au comportement de l'adoptant et qu'aucun des reproches formulés à son encontre ne sont de nature à justifier l'attitude de l'adopté, la révocation de l'adoption est justifiée<sup>1145</sup>.

522. La révocation de l'adoption simple eu égard aux conséquences qu'elle entraîne, est rigoureusement encadrée et n'est que rarement admise par les juges. Le droit a également dû prévoir les conséquences de la révocation pour l'avenir et le statut de l'enfant.

## 2. Les avantages à admettre l'irrévocabilité de l'adoption simple

523. Le Rapport *Filiation, origines, parentalité*<sup>1146</sup> établi en 2014 préconise l'irrévocabilité de l'adoption simple. Les auteurs estiment que « la possibilité de révoquer l'adoption simple peut être perçue à la fois comme une menace potentielle de remise en cause du lien de filiation instauré pour la famille adoptive, mais aussi comme permettant une adoption “à l'essai”, que l'apparition de difficultés relationnelles permettrait de remettre en cause ». Or, « devenir parent par adoption suppose de s'engager à l'égard de l'adopté en principe à vie et la révocabilité ne s'avère conforme ni avec l'intérêt de l'adopté, ni avec la dimension filiale de l'adoption : un lien de filiation régulièrement institué est en principe indissoluble, et ne peut être remis en cause que de manière exceptionnelle et limitée dans le temps (ainsi, les actions en contestation d'un lien de filiation établi selon les modalités du titre VII obéissent à des conditions de recevabilité et de fond strictement définies) ».

Les membres du Groupe de travail prévoient malgré tout une révocation à titre exceptionnel pour motifs graves, et lorsque l'intérêt de l'adopté l'exige. Le rapport estime

---

l'adoption génératrice d'une filiation fictive ; la motivation peut étonner puisqu'il n'est pas interdit à une personne d'adopter son enfant biologique ; V. ég. Civ. 1re, 28 févr. 2006, *op. cit.*

<sup>1144</sup> CA Paris, 24 févr. 1994 : *Juris-Data* n° 1994-020985.

<sup>1145</sup> CA Bordeaux, 7 mars 2002 : *Juris-Data* n° 2002-172988 ; *Dr. famille* 2002, comm.83, note P. MURAT.

<sup>1146</sup> I. THERY, Rapp. *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, 2014.

que « les titulaires et délais devraient être mieux définis et encadrés : ainsi, pendant la minorité, il conviendrait d'interdire toute possibilité de révocation à l'initiative de l'adoptant comme de la famille d'origine et d'instaurer un filtre des demandes via le ministère public : seul celui-ci pourrait agir, lui-même saisi par un tiers (l'enfant via son représentant légal, les parents d'origine ou adoptifs, le service de l'aide sociale ayant recueilli l'enfant). Le ministère public déciderait ainsi, au vu des éléments produits et de la gravité de la situation, s'il est opportun d'introduire l'instance ou non.

S'agissant des majeurs, il serait *a minima* opportun d'encadrer la possibilité de solliciter, à titre exceptionnel, la révocation en enfermant l'action dans des délais restreints ».

524. Ces propositions n'interdisent donc pas complètement la révocation de l'adoption simple, elles restreignent les conditions de sa révocabilité. On pourrait penser cependant que l'intérêt de l'adopté mais aussi des adoptants n'est pas nécessairement de vivre ensemble alors que leurs relations rendent intolérable le maintien d'une vie de famille. Il semble qu'au contraire l'adoption simple doit rester révocable, révocabilité qui devrait également être appliquée à l'adoption plénière. En revanche, cela nécessite de faciliter la mise en place de nouveaux projets après l'échec d'une première adoption. Ces projets pourraient prendre la forme d'une nouvelle adoption, mais aussi de formes que nous ne connaissons pas en droit français comme le *fostercare* du droit anglais qui se rapproche d'une famille d'accueil<sup>1147</sup>.

## B. LE STATUT DE L'ENFANT APRES LA REVOCATION DE L'ADOPTION SIMPLE

525. Une fois la révocation prononcée se pose la question de l'avenir de l'enfant adopté dans le cadre d'une adoption interne (1), mais surtout dans le cadre d'une adoption internationale (2).

---

<sup>1147</sup> Voir Thèse V. VOISIN, *L'adoption en droits français et anglais comparés*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004 ; K. O'DONOVAN, L'adoption dans le droit du Royaume-Uni, *RIDC*, 2003, Vol. 55, N°4, pp. 845-860.

## 1. Le statut de l'enfant après la révocation de l'adoption interne

526. Dans la mesure où le droit a permis aux parties à l'adoption simple de mettre un terme au lien de filiation qui les unit, il a fallu adopter des mesures pour envisager l'après révocation.

Ainsi, la cessation des effets de l'adoption simple entraîne la disparition du lien de parenté, l'adopté reprend son nom d'origine et ne porte plus celui de l'adoptant, et l'adoptant n'exerce plus l'autorité parentale, une éventuelle tutelle ou l'administration légale des biens de l'adopté. De même, les empêchements au mariage découlant de l'adoption et l'obligation alimentaire réciproque entre l'adoptant et l'adopté, disparaissent<sup>1148</sup>. Cependant, la disparition des effets de l'adoption simple ne concerne pas la modification éventuelle des prénoms de l'adopté<sup>1149</sup>.

527. Le jugement prononçant la révocation de l'adoption simple est un jugement constitutif d'état. Il ne produit donc pas d'effets rétroactifs et est opposable *erga omnes*<sup>1150</sup>. Si l'article 370-2 du Code civil précise que « la révocation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption », la Cour de cassation, dans son arrêt du 21 juillet 1989<sup>1151</sup> a opéré un revirement de jurisprudence et fait remonter les effets au jour de la demande. À partir de cette date l'adoption simple cesse et ne produit plus aucun effet, d'ordre extrapatrimonial ou patrimonial. Les droits héréditaires que l'adopté avait dans la succession de l'adoptant et de sa famille, et les droits que ceux-ci avaient dans la sienne disparaissent. L'adopté n'a plus que sa seule famille d'origine qui retrouve tous ses droits. Si l'adopté est mineur les père et mère biologiques redeviennent titulaires de l'autorité parentale et de l'administration légale. Ils se retrouvent également débiteurs de l'obligation d'entretien. Si l'adopté est orphelin de ses parents par le sang, le conseil de famille doit se réunir pour désigner un tuteur.

---

<sup>1148</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La Famille*, Défrenois, 4<sup>e</sup> éd. 2011 ; A. BENABENT, *Droit civil. La famille*, 11<sup>e</sup> éd., 2003, Les manuels, Litec ; G. CORNU, *Droit civil. La famille*, 9<sup>e</sup> éd., 2006, Domat droit privé, Montchrestien ; I. CORPART, *L'adoption - Une filiation affective*, 2003, ASH ; P. COURBE, *Droit de la famille*, 4<sup>e</sup> éd., 2005, coll. U, A. Colin ; F. Terré et D. FENOUILLET, *Les personnes. La famille. Les incapacités*, Précis Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2005.

<sup>1149</sup> Article 370-2 Code civil.

<sup>1150</sup> EUDIER J. *Rép. Dalloz Drt civ.*, Adoption.

<sup>1151</sup> D. 1990, jurispr. p. 182.

Les effets passés de l'adoption révoquée sont donc maintenus. L'adopté peut conserver tous les avantages recueillis en cette qualité avant la révocation<sup>1152</sup>.

## 2. Le statut de l'enfant après la révocation de l'adoption simple internationale

528. En cas d'échec de l'adoption simple internationale se pose la question du statut et de l'avenir de l'enfant qui a nécessairement plus de quinze ans et qui n'a probablement plus aucun contact avec son pays d'origine et sa famille. Il faut distinguer deux situations : lorsque l'adoption produit des effets en France (a) et lorsqu'elle n'est pas reconnue en France (b).

### a) L'adoption reconnue en France

529. C'est l'hypothèse dans laquelle le jugement étranger d'adoption a fait l'objet d'un contrôle de son opposabilité et de ses effets, à l'occasion soit d'une demande de transcription directe, soit d'une demande d'*exequatur*. En matière d'état des personnes, le jugement étranger d'adoption est reconnu de plein droit en France, sous réserve de sa régularité internationale. La filiation établie par l'adoption est donc présumée opposable indépendamment de toute déclaration d'*exequatur*, tant qu'elle ne fait l'objet d'aucune contestation. Cependant, lorsque l'adoption est un échec, il faut vérifier l'opposabilité et donc les effets de l'adoption en France afin de déterminer la situation juridique de l'enfant. Dans ce cas, l'aide sociale à l'enfance n'accepte pas la remise de l'enfant et son immatriculation en qualité de pupille de l'État avant de déterminer s'il a une filiation établie en France. Lorsque l'enfant est abandonné avant que son statut ne soit établi, il doit faire l'objet d'un recueil provisoire par les services de l'Aide sociale à l'enfance, éventuellement sous le contrôle du juge des enfants. Le Procureur de la République doit être saisi afin de faire vérifier l'opposabilité et les effets de l'adoption en France.

530. Le statut de l'enfant dépend des effets et de l'opposabilité du jugement d'adoption étranger en France<sup>1153</sup>. Si le jugement étranger produit les effets d'une adoption plénière comme c'est le cas des adoptions prononcées dans les pays parties à la Convention de La Haye dès lors que le lien de filiation avec la famille d'origine est

---

<sup>1152</sup> P. Malaurie, H. FULCHIRON, *La Famille*, Défrenois, 4<sup>e</sup> éd. 2011.

<sup>1153</sup> [http://agence-adoption.fr/espacepro/IMG/pdf/Les\\_echecs\\_d\\_adoptions\\_internationales.pdf](http://agence-adoption.fr/espacepro/IMG/pdf/Les_echecs_d_adoptions_internationales.pdf)

rompu complètement, même de façon révocable<sup>1154</sup>, l'adoption est irrévocable en France. Pour les adoptions prononcées dans les pays non parties à la Convention de La Haye, si le lien de filiation est rompu de façon complète et définitive<sup>1155</sup>, cette adoption est également irrévocable<sup>1156</sup> puisque selon la loi du 6 février 2001<sup>1157</sup> on applique la loi de l'adoptant et donc en l'espèce la loi française. Les parents adoptifs sont considérés comme les parents de l'enfant au regard de la loi française. Cependant, l'article 360 alinéa 2 du Code civil prévoit que l'adoption simple d'un enfant qui a fait l'objet d'une adoption plénière est permise, si elle est justifiée de motifs graves. Les parents adoptifs ont donc qualité pour consentir à l'adoption simple de leur enfant, sous les conditions posées par la loi. Or, si la situation juridique d'un enfant ayant déjà fait l'objet d'une adoption plénière fait obstacle au prononcé d'une nouvelle adoption plénière, le conseil de famille des pupilles peut définir un projet d'adoption simple. Lorsque les services de l'aide sociale à l'enfance déposent une requête en déclaration judiciaire d'abandon, le jugement de déclaration d'abandon emporte délégation d'autorité parentale au profit du service de l'aide sociale à l'enfance. L'enfant est alors admissible comme pupille de l'État<sup>1158</sup>, et peut faire de nouveau l'objet d'une adoption simple selon les termes de l'article 360 alinéa 2 du Code civil.

Lorsque le jugement étranger produit les effets d'une adoption simple<sup>1159</sup> la révocation fait renaître le lien de filiation avec la famille d'origine. L'adoption peut être révoquée en France à l'initiative des parents si l'adopté a plus de quinze ans, ou du ministère public. Dans ce cas, ce sont les parents d'origine qui doivent consentir à une nouvelle adoption ou l'institution qui a la charge de l'enfant. L'adoptabilité de l'enfant est

---

<sup>1154</sup> Article 26.2 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

<sup>1155</sup> Article 370-5 du Code civil. C'est le cas des adoptions plénières irrévocables ou plénières révocables sans renaissance du lien de filiation avec la famille d'origine.

<sup>1156</sup> Article 359 du Code civil « L'adoption est irrévocable ».

<sup>1157</sup> Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, parue au JO n° 33 du 8 février 2001.

<sup>1158</sup> Article L. 224-4, 6° du Code de l'action sociale et des familles.

<sup>1159</sup> C'est le cas d'une adoption simple prononcée à l'étranger ou d'une adoption plénière révocable prononcée dans un pays non partie à la Convention de la Haye.

régie par sa loi personnelle. L'opportunité de mettre en place une tutelle d'État se fait au cas par cas en fonction de l'enfant<sup>1160</sup>.

b) L'adoption non reconnue en France

531. L'absence de reconnaissance en France de l'adoption ne peut être la conséquence d'un refus de transcription d'un jugement d'adoption plénière par le parquet de Nantes, de mention d'un jugement d'adoption simple par le parquet territorialement compétent, d'*exequatur* par le tribunal de grande instance ou de rejet d'une nouvelle demande d'adoption en France. Le parquet informe l'Autorité centrale pour l'adoption internationale de la situation pour qu'il fasse le nécessaire auprès de l'Autorité Centrale étrangère s'il y en a une. S'il s'avère que l'adoption est le fruit d'une procédure illicite, l'autorité centrale peut proposer une suspension de l'adoption dans ces pays<sup>1161</sup>.

532. Il y a deux situations à distinguer lorsque les personnes qui ont recueilli l'enfant sur la base du jugement étranger souhaitent s'en occuper.

D'une part lorsque l'adoption prononcée à l'étranger a rompu le lien de filiation avec la famille d'origine de l'enfant ou que l'enfant n'avait pas de filiation d'origine, il est considéré comme étant sans filiation en France. Il est alors possible d'ouvrir une tutelle. Elle est organisée selon les règles de droit français. La Convention de La Haye du 5 octobre 1961, entrée en vigueur en France le 10 novembre 1972 prévoit les règles de conflits de compétence et de loi applicable en matière de protection des mineurs résidant habituellement sur le territoire français. Cette Convention s'applique à tous les mineurs qui résident dans un État partie, même s'ils sont originaires d'un pays non contractant<sup>1162</sup>. Elle dispose que les autorités compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens du mineur sont celles de l'État de sa résidence habituelle<sup>1163</sup>. En outre, l'article 2 de la Convention prévoit que les autorités compétentes selon l'article 1<sup>er</sup> prennent les mesures prévues par leur loi interne<sup>1164</sup>, sauf quelques cas limitativement énumérés où la loi de l'État d'origine de l'enfant peut trouver à

---

<sup>1160</sup> Il peut s'agir du retour de l'enfant vers son pays d'origine ou un nouveau placement en vue d'adoption rendant inutiles la constitution d'une tutelle d'État.

<sup>1161</sup> [http://agence-adoption.fr/espacepro/IMG/pdf/Les\\_echecs\\_d\\_adoptions\\_internationales.pdf](http://agence-adoption.fr/espacepro/IMG/pdf/Les_echecs_d_adoptions_internationales.pdf)

<sup>1162</sup> Article 13 alinéa 1.

<sup>1163</sup> Article 1.

<sup>1164</sup> On fait une application du principe de la loi du for.

s'appliquer. Toutefois ces exceptions ne s'appliquent pas aux enfants sans filiation établie. Dans cette hypothèse, l'organisation de la tutelle s'effectue au cas par cas avec le conseil de famille.

D'autre part, lorsque l'adoption prononcée à l'étranger a maintenu un lien de filiation avec la famille d'origine, il est possible de constituer une tutelle avec conseil de famille. Par la suite, après cinq années de recueil en France, l'enfant peut demander la nationalité française<sup>1165</sup>. En revanche, lorsque les personnes qui ont recueilli l'enfant ne veulent pas s'en occuper et que l'adoption prononcée à l'étranger a rompu le lien de filiation avec la famille d'origine de l'enfant ou que l'enfant n'avait pas de filiation d'origine, il peut bénéficier du statut de pupille de l'État selon les 1 et 2 de l'article L. 224-4 du Code de l'action sociale et des familles. Si l'adoption prononcée à l'étranger a maintenu un lien de filiation avec la famille d'origine, la situation de l'enfant et l'opportunité de constituer une tutelle d'État sont étudiées au cas par cas, en fonction de l'éventualité ou non d'un retour dans le pays d'origine, ou encore de l'existence d'un nouveau projet d'adoption<sup>1166</sup>.

533. L'échec de l'adoption dans le cadre de l'adoption internationale soulève la question de la nationalité de l'enfant. L'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, réclamer la nationalité française par déclaration<sup>1167</sup>. Cependant, lorsque l'adoption plénière n'est pas opposable en France, il reste à l'enfant mineur étranger qui n'a pas de filiation établie avec un parent de nationalité française la possibilité de souscrire une déclaration pour acquérir la nationalité française. Il peut le faire ou bien durant sa minorité, en application de l'article 21-12 du Code civil 1°, comme enfant recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française depuis 5 années ; ou bien très exceptionnellement, lorsqu'il est majeur et pourra bénéficier des dispositions de l'article 21-13 du Code civil, à condition, qu'il puisse justifier d'une possession d'état de français de plus de dix ans.

L'article 21-12 du Code civil permet à l'enfant, adopté simplement d'acquérir la nationalité française sans condition de délai, alors qu'il ajoute un délai de cinq ans lorsque l'enfant est seulement recueilli par une personne de nationalité française. En

---

<sup>1165</sup> Article 21-12 du Code civil.

<sup>1166</sup> [http://agence-adoption.fr/espacepro/IMG/pdf/Les\\_echecs\\_d\\_adoptions\\_internationales.pdf](http://agence-adoption.fr/espacepro/IMG/pdf/Les_echecs_d_adoptions_internationales.pdf)

<sup>1167</sup> Article 21-12 alinéa 1 du Code civil.

outre, l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption plénière non contestée est français dès sa naissance<sup>1168</sup>.

## **II. L'IRREVOCABILITE DE L'ADOPTION PLENIERE**

534. L'adoption plénière française a pour particularité de rompre irrévocablement le lien de l'enfant avec sa famille d'origine et d'établir un lien irrévocable avec la famille adoptive. Si l'idée de l'irrévocabilité du lien adoptif est discuté en doctrine (A), en ce qui concerne l'adoption plénière internationale d'autres problèmes apparaissent, notamment lorsque la loi de l'État d'origine de l'adopté ne prévoit pas les mêmes conditions que la loi française (B).

### **A. LA QUESTION DE L'IRREVOCABILITE DU LIEN ADOPTIF**

535. En matière d'adoption plénière, le droit français envisage la rétractation du consentement des parents adoptifs avant que le jugement définitif soit prononcé. L'article 348-3, alinéa 2 du Code civil impose un délai de deux mois pendant lequel le consentement à l'adoption peut être rétracté. De plus, la jurisprudence<sup>1169</sup> a également jugé que lorsque le consentement à l'adoption a été donné par les deux parents, la rétractation régulière par un seul parent de son consentement fait obstacle à l'adoption sans qu'il puisse être opposé que le consentement donné par le père et la mère n'aurait pu être valablement rétracté que par ces deux parents.

536. Une fois l'adoption prononcée et l'enfant entré dans la famille adoptive, l'adoption est irrévocable. L'adoptant ne peut pas, selon les termes de l'article 359 du Code civil, revenir sur son consentement et remettre en cause la filiation. Cette

---

<sup>1168</sup> Articles 18 et 20 du Code civil.

<sup>1169</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 avril 1975, n°74-11258 : *Bull. civ.* I n° 141.

disposition pose de nombreuses difficultés en cas d'échec de l'adoption. En effet, même lorsque la situation familiale est une impasse, il est impossible pour les parents ou l'enfant de mettre un terme à l'adoption comme le permet l'adoption simple.

Pour Monsieur Favier <sup>1170</sup>, il ne faut pas confondre l'irrévocabilité du consentement à l'adoption et une immutabilité de la filiation adoptive qui n'est imposée par aucun texte.

De même, pour Madame le Professeur Rubellin-Devichi <sup>1171</sup> la notion « irrévocable » se définit comme ce qui « engage définitivement, à la différence du testament, du mandat, l'adoption ne peut être rappelée, annulée ou rapportée au moyen de formalités déterminées ; mais l'irrévocabilité n'implique pas que l'on ne puisse pas obtenir le même résultat par d'autres voies, à la différence de l'immutabilité ». Elle explique ainsi que « rien dans les textes ne limite le droit des parents adoptifs à se comporter comme les parents par le sang ». L'auteur explique que rien ne justifie l'irrévocabilité de l'adoption plénière. En effet, pourquoi les parents adoptifs sous forme simple ou les parents biologiques ont le droit de mettre un terme à la filiation, ou bien en abandonnant l'enfant, ou bien en demandant la révocation de l'adoption simple, alors que les parents adoptifs sous forme plénière ne peuvent pas remettre en cause la filiation ?

Contrairement à l'adoption simple, le Code civil ne prévoit aucune faculté de révocation de l'adoption plénière, sauf indirectement et, depuis la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996, lorsqu'il permet l'adoption simple après une adoption plénière. Sous cette réserve, l'article 359 du Code civil affirme expressément l'irrévocabilité de l'adoption plénière, comme une conséquence de la rupture totale des liens du sang. Lorsque la décision d'adoption est devenue irrévocable, l'adoption plénière ne peut donc plus être remise en question.

L'irrévocabilité de l'adoption plénière suppose une décision définitive. Tant qu'une telle décision n'est pas intervenue et n'est pas passée en force de chose jugée, le requérant conserve le droit de rétracter sa volonté d'adopter<sup>1172</sup>. Dès lors, à l'expiration du délai d'appel ou du délai de pourvoi en cassation en cas d'appel, la décision acquiert force de chose jugée et il n'est plus possible de remettre en cause l'adoption.

---

<sup>1170</sup> Y. FAVIER, « Les échecs de l'adoption » Le paradoxe de l'adoption plénière, *Informations sociales*, 2008/2 n° 146, p. 122-131.

<sup>1171</sup> J. RUBELLIN-DEVICHI, Droit des personnes et de la famille [chronique de droit civil], *RTD civ.* 1988, spéc. 717-718.

<sup>1172</sup> Civ. 1re, 7 mars 1989, no 87-14.045, *Bull. civ.* I, n° 111.

Des voies de recours sont possible tels que l'appel, la tierce opposition, le pourvoi en cassation, le recours en révision, même si ces voies de recours ne préservent pas toujours les droits des parents par le sang<sup>1173</sup>. En adoptant la loi de 1966, le législateur a voulu faire primer l'intérêt de l'enfant à être adopté. Le rapporteur de la commission au Sénat devait ainsi préciser que dans le cas d'une adoption rendue possible par une déclaration judiciaire d'abandon, même si la déclaration judiciaire d'abandon a été infirmée pour dol, fraude ou erreur sur l'enfant, le jugement d'adoption est irrévocable, sauf cas de dol ou de fraude des adoptants eux-mêmes, qui ouvre la voie de la tierce opposition<sup>1174</sup>.

537. Avant la loi du 5 juillet 1996, la question s'était posée de savoir si l'irrévocabilité de l'adoption plénière devait aller toutefois jusqu'à fermer aux parents adoptifs la faculté offerte aux parents biologiques de donner leur enfant en adoption ou de le remettre à l'aide sociale à l'enfance. Certaines juridictions et certains services d'aide sociale ont en effet considéré que l'adoption simple n'était pas possible<sup>1175</sup>. L'article 360 du Code civil prévoit désormais cette possibilité dans son l'alinéa 2, et précise en effet que, s'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise<sup>1176</sup>. Le caractère irrévocable de l'adoption plénière pose de nombreuses questions. En effet, on pourrait se demander pourquoi tout d'abord on refuse aux parents adoptifs, mais aussi à l'adopté lui-même le droit de mettre un terme à l'adoption que l'on admet pour l'adoption simple, mais aussi pour les parents biologiques. Pourtant, à chaque fois que des adoptants veulent remettre en cause l'adoption plénière les juges leurs opposent l'irrévocabilité de l'adoption plénière.

L'irrévocabilité s'explique en partie à cause de la publicité de l'adoption plénière. En effet, celle-ci entraîne la suppression de l'état civil initial, qui est la seule exception au principe d'immutabilité de l'état civil. Ce qui signifie que si l'adoption plénière est révoquée l'enfant est sans filiation. En effet, comme l'explique Madame le

---

<sup>1173</sup> Le droit d'appel est subordonné à la notification de la décision, et la tierce opposition est limitée au cas de fraude ou de dol des adoptants.

<sup>1174</sup> Rap. JOZEAU-MARIGNE

[http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1966/06/s19660601\\_0669\\_0700.pdf](http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1966/06/s19660601_0669_0700.pdf)

<sup>1175</sup> V. notamment Paris, 28 avr. 1988, *D.* 1988. IR 145 ; *RTD civ.* 1988. 716, obs. crit. RUBELLIN-DEVICHI.

<sup>1176</sup> Pour un refus d'application : Paris, 16 janv. 2003, RG n° 2002/06063, *AJ fam.* 2003. 181 ; *RDSS* 2003. 482, obs. F. MONEGER.

professeur Neirinck<sup>1177</sup> il est inconcevable de rétablir l'acte d'état civil initial annulé puisque ce dernier est frappé de nullité. L'auteur explique que contrairement à l'adoption plénière, la révocation de l'adoption simple est possible puisque celle-ci est assumée comme étant une fiction juridique et ne prive pas l'adopté de statut familial comme le fait l'adoption plénière qui rompt tous liens avec la famille d'origine.

538. La pérennité de l'adoption plénière est assurée par son irrévocabilité. Néanmoins, la loi prévoit des tempéraments à ce principe.

La portée de l'irrévocabilité de l'adoption plénière nécessite d'être clairement déterminée. Une procédure de déclaration d'abandon peut être intentée à l'encontre des adoptants si les conditions posées par l'article 350 du Code civil sont remplies. En effet, dans ce cas, il ne s'agit pas de permettre à l'adoptant de revenir sur les engagements qu'il a pris, mais seulement de constater que l'enfant est abandonné par ses parents. Si l'enfant a été recueilli par le service de l'aide sociale à l'enfance, il peut être admis en qualité de pupille de l'État<sup>1178</sup>. Il en est de même si un retrait total de l'autorité parentale est prononcé. En revanche, il a été jugé que les adoptants ne peuvent remettre l'adopté au service de l'aide sociale à l'enfance<sup>1179</sup>.

En 1996, le législateur a souhaité résoudre les difficultés liées à l'échec d'une adoption plénière<sup>1180</sup> sans pour autant porter atteinte au principe de l'irrévocabilité de cette forme d'adoption. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1996, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est possible, si elle est justifiée par des motifs graves<sup>1181</sup>. Il ne s'agit pas pour autant d'une remise en cause du principe de l'irrévocabilité de l'adoption plénière. Tout comme pour la révocation de l'adoption simple, l'appréciation des motifs graves relève du pouvoir souverain des juges du fond. Cette disposition peut être appliquée, en cas d'échec de l'adoption plénière,

---

<sup>1177</sup> C. NEIRINCK, L'irrévocabilité de l'adoption en question, *RDSS* 2006 p. 1076.

<sup>1178</sup> Article L. 224-4, 60 Code de l'Action Sociale et des Familles.

<sup>1179</sup> CAA Bordeaux, 17 nov. 1997, *JCP* 1998. I. 151, no 9, obs. Y. FAVIER, *Dr. fam.* 1998. Comm. 84, note P. MURAT.

<sup>1180</sup> Notamment en cas d'adoption d'un enfant étranger finalement délaissé.

<sup>1181</sup> Article 360, al. 2 du Code civil ; V. J. RUBELLIN-DEVICHI, Permanence et modernité de l'adoption après la loi du 5 juillet 1996, *JCP* 1996. I. 3979, spéc. n° 12 ; P. MURAT, La loi du 5 juillet 1996 relative à l'adoption : une réforme technique dans la continuité de l'institution, article préc.

lorsque le maintien de l'enfant au foyer de l'adoptant initial est impossible<sup>1182</sup>. Ces cas semblent de plus en plus nombreux<sup>1183</sup>. Les juges ont estimé que cette disposition ne peut être appliquée dans le cas d'une recomposition familiale après la dissolution du mariage des adoptants par le divorce, l'existence d'étroits liens affectifs entre l'enfant et le second conjoint de l'adoptant ne pouvant être qualifiée de motifs graves justifiant le prononcé d'une adoption simple<sup>1184</sup>. Or une telle solution conduit à une discrimination entre les enfants dont la filiation est fondée sur un lien biologique et les enfants adoptés sous forme plénière, puisque seuls les premiers peuvent être adoptés simplement par le nouveau conjoint de leur parent adoptif.

La possibilité de prononcer une adoption simple en cas d'échec d'une adoption plénière confère à l'adopté deux filiations électives de même nature au profit de deux parents qui n'ont aucun lien entre eux<sup>1185</sup>. Cette solution assure donc un statut à l'enfant, mais si certains peuvent la juger insuffisante<sup>1186</sup>.

Ainsi, le rapport « *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui* » estime que « la situation de l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption plénière ayant abouti à son délaissement par les adoptants est extrêmement complexe et totalement insatisfaisante au regard de son intérêt ». Les auteurs pensent que l'article 346 du Code civil selon lequel « une nouvelle adoption peut être prononcée soit après le décès de l'adoptant, ou des deux adoptants, soit encore après décès de l'un des deux adoptants, si la demande est présentée par le conjoint du survivant d'entre eux » ne devrait pas être limité à la seule hypothèse du décès des adoptants et pourrait être étendu aux échecs d'adoption plénière.

Le rapport propose que « de même que l'adoption d'un enfant dont la filiation repose sur un lien biologique est envisageable, l'adoption d'un enfant qui a bénéficié

---

<sup>1182</sup> Pour un ex. d'application, V. Versailles, 25 mars 2004, *Dr. fam.* 2004. Comm. 219, note P. MURAT, *RTD civ.* 2004. 497, obs. J. HAUSER : les juges prononcent l'adoption simple d'un enfant par la concubine de l'adoptant initial ; en l'espèce, il est avéré que celui-ci s'est désintéressé de l'enfant et que sa concubine a, depuis plusieurs années, pris celui-ci entièrement en charge.

<sup>1183</sup> En matière internationale, V. Paris, 8 juin 2006, *RJPF* 2006-10/44, note M.-C. LE BOURSICOT.

<sup>1184</sup> TGI Paris, 15 mars 2000, *D.* 2001. Somm. 2799, obs. S. HENNERON, *RTD civ.* 2001. 122, obs. J. HAUSER ; Paris, 16 janv. 2003, *AJ fam.* 2003. 181, obs. F. B., *RTD civ.* 2003. 280, obs. J. HAUSER.

<sup>1185</sup> Sur cette question, V. *J.-Cl. Civil Code*, Art. 343 à 370-2, fasc. 10.

<sup>1186</sup> Rapport « *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui* », 11 février 2014, Présidée par A. GOUTTENOIRE.

d'une filiation adoptive ne devrait pas être interdite<sup>1187</sup>. L'adoptabilité de l'enfant au sens juridique du terme ne devrait pas être exclue dans le premier cas comme dans le second dès lors que les conditions en sont réunies, c'est-à-dire soit le consentement des parents à l'adoption soit une déclaration judiciaire d'abandon/délaissement. Ainsi l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière doit pouvoir devenir pupille de l'État si tel est son intérêt. Le tribunal administratif de Versailles dans une décision du 10 février 2011<sup>1188</sup> ne pouvait pas rejeter la demande des parents adoptifs en vue de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État pour qu'il fasse l'objet d'une adoption simple. Toutefois, si on admet que l'enfant puisse faire l'objet d'une admission en qualité de pupille de l'État, force est d'admettre qu'il puisse ensuite faire l'objet d'une adoption plénière ».

Le rapport propose donc de « supprimer les dispositions du Code civil qui suscitent un doute sur le sens de l'irrévocabilité de l'adoption plénière et, notamment, le texte qui ne permet qu'une adoption simple après une adoption plénière. Il faut, en outre, permettre qu'une nouvelle adoption soit prononcée après que l'enfant adopté a été admis en qualité de pupille de l'État, cette admission ne devant pas susciter de difficulté »<sup>1189</sup>.

539. L'irrévocabilité de l'adoption plénière pose ainsi de nombreuses questions, avec notamment les solutions possibles lorsque la filiation est devenue une impasse. Sur le plan international le problème prend une toute autre ampleur puisqu'aucune solution n'est internationalement prévue.

---

<sup>1187</sup> Pour des réserves à propos des adoptions « *cumulatives* » ou des « *chaînes d'adoption* » : N. BAILLON-WIRTZ, Les adoptions successives : regards croisés entre la France et l'Allemagne, *Dr. fam.* 2013, étude 8.

<sup>1188</sup> RG n°0906014.

<sup>1189</sup> **PROPOSITION N°40**

« **Supprimer l'alinéa 2 de l'article 360 du Code civil** en vertu duquel “ *s'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise* ”. **Compléter l'article 346 du Code civil alinéa 2** : “ *Une nouvelle adoption peut être prononcée soit après le décès de l'adoptant, ou des deux adoptants, soit après le décès de l'un des deux adoptants, si la demande est présentée par le conjoint du survivant d'entre eux, soit après que l'adoptant a donné son consentement à l'adoption, soit après que l'enfant adopté a été admis en qualité de pupille de l'État* ”.

L'article 347 du Code civil qui énumère les enfants pouvant être adoptés visant les pupilles de l'État permettrait ainsi l'adoption plénière des enfants ayant été adoptés en la forme plénière précédemment. Dans les motifs de la loi, il faudrait expliquer qu'il ne s'agit pas d'adoption à l'essai et qu'il n'est pas question de revenir sur l'irrévocabilité de l'adoption plénière mais seulement d'offrir un statut aux enfants qui ont fait l'objet d'un abandon après avoir été adoptés ».

## B. L'ÉCHEC DE L'ADOPTION PLENIÈRE INTERNATIONALE, LE SILENCE DE LA CONVENTION DE LA HAYE DE 1993

540. L'échec de l'adoption internationale peut intervenir avant ou après le jugement définitif. Lorsqu'il intervient avant ce sont généralement les parents qui se rétractent (1), le problème étant alors de déterminer le délai de rétractation applicable à la filiation. Lorsqu'il intervient après le prononcé et que les parents adoptifs souhaitent révoquer leur consentement, il peut y avoir discordance entre l'irrévocabilité prévue par le droit français et la législation étrangère (2). Se pose alors la question d'alternatives à l'irrévocabilité de l'adoption plénière (3).

### 1. La rétractation du consentement à l'adoption par les parents biologiques

541. En matière d'adoption, et peut-être davantage lorsqu'elle est internationale, il est primordial que les parents donnent un consentement libre et éclairé<sup>1190</sup>. Le droit français aménage un délai de deux mois durant lequel les parents biologiques peuvent rétracter leur consentement<sup>1191</sup>. L'alinéa 3 de l'article 348-3 du Code civil dispose que les parents biologiques peuvent encore demander la restitution de l'enfant à condition que celui-ci n'ait pas été placé en vue de l'adoption.

Le problème de la rétractation se pose lorsque les lois de l'adopté et de l'adoptant ne prévoient pas le même délai. La question est alors de savoir lequel appliquer. Et c'est à ce problème que la Cour de cassation a dû répondre<sup>1192</sup>. En l'espèce une femme, de nationalité belge, avait mis au monde, en Belgique, le 23 avril 1990, un enfant. Quatre jours plus tard, elle signe un document en faveur d'une association belge agréée en matière d'adoption, autorisant l'enfant à voyager et à séjourner à l'étranger avec le couple auquel il serait remis, dont le nom était laissé en blanc. Le 1er mai 1990, l'association décide de confier l'enfant à un couple, de nationalité française et demeurant

---

<sup>1190</sup> V. 1re civ., 8 mars 2005, n° 02-12.740 (FS-P+B), *AJ Famille* 2005 p. 191. En l'espèce, les juges n'étaient pas convaincus que le consentement de la mère biologique ait été donné librement, l'adoption plénière a été transformée en adoption simple.

<sup>1191</sup> Article 348-3 al. 2 Code civil.

<sup>1192</sup> Cass. civ. 1re, 17 décembre 1996, *LPA*, 18 juin 1997 n° 73, p. 33 note J. MASSIP.

en France qui avait obtenu en France leur agrément. L'enfant leur a été remis le 13 mai 1990, soit moins d'un mois après sa naissance, à sa sortie de l'établissement où il était précédemment hébergé. Le 13 juin 1990, la mère biologique a informé verbalement l'association d'adoption qu'elle ne souhaitait plus que son enfant soit adopté et qu'elle désirait le reprendre. L'enfant a par ailleurs été reconnu le 5 juillet 1990 par le compagnon de la mère et père de son premier enfant. Il s'agirait, selon les intéressés eux-mêmes, d'une reconnaissance de complaisance, attestant peut être du pardon de l'homme et de la reconstitution du couple. Or, le 6 juin 1990, le couple adoptif a déposé en France une requête en adoption plénière. Informés dans le courant du même mois, à une date non précisée, des démarches de la mère biologique ils ont gardé l'enfant et cela malgré deux lettres recommandées de l'association d'adoption, des 17 juillet et 20 août 1990, leur enjoignant de restituer l'enfant à ses père et mère. Après être intervenue en 1991 auprès du ministre français des affaires étrangères, la mère par le sang a saisi les juridictions belges qui se sont déclarées incompétentes sur le fondement de la convention franco-belge du 8 juillet 1899, qui dispose, en son article premier, qu'en matière civile les Belges en France et les Français en Belgique sont régis par les mêmes règles de compétence que les nationaux<sup>1193</sup>. La mère de l'enfant a alors saisi les juridictions françaises et le tribunal de grande instance a jugé que l'enfant devait retourner dans sa famille d'origine à l'issue de la procédure. Les candidats à l'adoption ont interjeté appel du jugement. En outre, avant ce jugement les parents avaient saisi ce même tribunal d'une action en déclaration d'abandon. Le tribunal a jugé que l'enfant ne pouvait être déclaré abandonné au sens de l'article 370 bis, 1<sup>o</sup>, du Code civile belge, applicable en la cause. Les juges ont estimé que si la mère biologique n'avait pu entretenir de relations affectives avec son fils, ce fait ne présentait aucun caractère volontaire, les multiples démarches entreprises en vue de la restitution de l'enfant démontrant au contraire son intérêt pour son fils. La Cour d'appel de Reims a confirmé ce jugement et les parents adoptifs se sont pourvus en cassation. En se fondant sur un moyen de non-réponse à conclusions et de contradiction de motifs, le pourvoi avait pour objectif de remettre en cause les appréciations souveraines des juridictions du fond. La Cour de cassation a rejeté ce pourvoi en jugeant « qu'après avoir constaté l'absence de relations affectives entre le mineur et sa mère et répondu ainsi aux conclusions invoquées, c'est sans contradiction que la Cour d'appel a retenu, non que Mme L. avait été empêchée de rentrer en contact avec son fils, mais qu'elle avait préféré

---

<sup>1193</sup> CA Mons, 13 avril 1993.

saisir la justice belge, puis la justice française, de son différend avec les époux F., sans vouloir imposer parallèlement des contacts de fait avec Alexandre dont elle ignorait comment ils seraient reçus, et que cette attitude ne saurait tourner à son désavantage comme signant un abandon volontaire du mineur sur le plan affectif ».

Cette solution s'explique en plusieurs points<sup>1194</sup>. Tout d'abord sur le plan de la compétence internationale, la compétence des juridictions françaises était fondée non seulement sur la convention franco-belge de 1899, mais aussi sur la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la loi applicable en matière de protection des mineurs. Cette convention n'a pas été ratifiée par la Belgique, mais elle l'a été par la France et elle s'applique quel que soit le pays dont le mineur est ressortissant, que ce pays soit ou non partie à la convention<sup>1195</sup>, elle fut remplacée par la Convention de La Haye de 1966 concernant la compétence de la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Et elle donne en principe compétence aux autorités de la résidence habituelle du mineur<sup>1196</sup>. En ce qui concerne la loi applicable, la Convention de La Haye prévoit que les autorités compétentes appliquent leur loi interne<sup>1197</sup>. C'est donc la loi française et non la loi belge qui aurait dû être appliquée au litige. Mais l'article 350 du Code civil, qui fixe les conditions de la déclaration judiciaire d'abandon, est très proche de l'article 370 bis du Code civil belge et le principe de l'équivalence interdisait de casser l'arrêt d'appel pour cette raison. Les parties n'avaient d'ailleurs invoqué aucun moyen à ce sujet. En l'espèce qu'il faut retenir est le délai laissé aux parents biologiques qui leur permet une plus longue réflexion et évite de telles situations. Ce délai de repentir interdit, tant qu'il n'est pas écoulé, de placer l'enfant en vue de l'adoption. En l'espèce, l'enfant a été remis au couple qui se proposait de l'adopter moins d'un mois après sa naissance. La mère avait demandé la restitution de l'enfant, avant qu'il ait atteint l'âge de deux mois et il n'avait pas encore trois mois lorsqu'il avait été reconnu par le compagnon de sa mère. De plus, c'est dans le même délai de trois mois qu'une sommation officielle de restituer l'enfant a été adressée aux parents adoptifs. On peut donc regretter que ce ne soit pas les délais français qui aient été retenus, puisque toute cette procédure n'aurait pas eu lieu.

---

<sup>1194</sup> J. MASSIP, *op. cit.*

<sup>1195</sup> Article 13.

<sup>1196</sup> Article 1er.

<sup>1197</sup> Article 2.

Aujourd'hui, le délai est de deux mois, puisque la loi française sur l'adoption du 5 juillet 1996 a réduit le délai pendant lequel la mère peut rétracter son consentement et pendant lequel l'enfant doit lui être rendu sans formalité.

542. En outre, la convention de La Haye sur l'adoption internationale du 29 mai 1993, qui lie la France à un nombre croissant de pays d'origine, envisage l'échec de l'adoption au stade pré-adoptif ce qui permet de trouver des alternatives à de nombreuses adoptions qui se présentent mal ou lorsque les parents biologiques souhaitent rétracter leur consentement. Selon l'article 21 de la Convention, lorsque l'adoption doit avoir lieu après le déplacement de l'enfant dans l'État d'accueil et que l'autorité centrale de cet État considère que son maintien dans la famille d'accueil n'est plus de son intérêt supérieur, cette autorité peut le retirer à la famille adoptive, assurer un nouveau placement après consultation de l'autorité centrale du pays d'origine et, « en dernier ressort », assurer son retour si son intérêt l'exige.

## *2. La détermination de loi de l'adopté ou loi de l'adoptant*

543. Lorsque l'adoption plénière est internationale, plusieurs problèmes apparaissent. Il faut tout d'abord déterminer si l'adoption est reconnue en France comme une adoption plénière ou une adoption simple, si la révocation de l'adoption est possible et le cas échéant quelles sont les conséquences de la révocation sur le statut de l'enfant.

Si la convention de La Haye n'envisage l'échec de l'adoption qu'au stade pré-adoptif, l'adoption internationale compte de nombreux échecs, après le prononcé du jugement définitif, qui ne trouvent pas de solutions. Il est évident que l'absence d'article sur ce point dans la Convention est une lacune laissant à chaque État le soin de régler le conflit.

544. Il arrive que les parents, pour contrer l'irrévocabilité de l'adoption plénière prévue par le droit français, demandent la révocation de l'adoption dans le pays d'origine de l'enfant lorsque celui-ci le permet.

Ainsi, dans un arrêt du 18 mai 2005 la Cour de cassation a estimé que « la révocation intervenue dans le pays d'origine de l'enfant à la seule demande des adoptants ne peut produire effet en France compte tenu de la portée internationale de l'adoption

reconnue dans les conditions de la Convention de La Haye »<sup>1198</sup>. Dans cette affaire le problème de droit était de savoir si une adoption plénière prononcée en Roumanie, puis ultérieurement révoquée à la demande des adoptants, avait des effets en France.

En l'espèce il fallait déterminer si la qualification d'adoption plénière pouvait être retenue ce qui passe par l'étude de l'irrévocabilité ou non de l'adoption. La Cour a jugé que « l'adoption prononcée à l'étranger devient irrévocable lorsque la procédure mise en place par la convention a été suivie par les autorités centrales des pays concernés, y compris lorsque les parents ont obtenu des juridictions du pays d'origine la révocation du jugement d'adoption ». La Haute juridiction se fonde sur le certificat de conformité délivré par les autorités roumaines qui attestait que l'adoption avait été prononcée suivant les dispositions de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur l'adoption internationale. Ensuite, elle constate que la Roumanie connaît une adoption plénière qui a les mêmes conséquences que l'adoption plénière française, même si elle peut être révoquée dans l'intérêt supérieur de l'enfant. L'enfant bénéficie donc, en vertu de l'article 26-2 de cette convention, d'une adoption rompant le lien de filiation préexistant et donc en France d'une adoption plénière, sans que la révocation eût d'effet.

Or, Madame le professeur Neirinck<sup>1199</sup> se demande comment une adoption, qui n'existe plus en Roumanie, peut produire, en France, les effets d'une adoption plénière ? L'auteur explique que l'on est en présence « d'une adoption boiteuse, inexistante là, mais effective ici ». Et en effet cette situation pose un véritable problème quant au fait de savoir si l'adoption est plénière ou simple et donc si elle est révocable ou non. Faut-il appliquer le droit français qui estime que l'adoption est irrévocable ou le droit roumain qui permet la révocation ? Le problème posé a pour principale origine le fait que la révocation de l'adoption n'est pas traitée par la Convention de La Haye<sup>1200</sup>. Chaque État doit donc régler le problème suivant son propre droit<sup>1201</sup>. L'auteur poursuit en faisant une distinction entre deux notions<sup>1202</sup>. En effet, en droit français l'adoption plénière suppose la rupture définitive et irrévocable du lien de filiation biologique. De plus, l'adoption est

---

<sup>1198</sup> Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 02-21.075, *D.* 2005, IR p. 1585 ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 483, note H. MUIR WATT ; *JDI* 2006, p. 162, obs. F. JAULT-SESEKE ; *LPA* 2006, n° 66, p. 9, note C. BRIÈRE.

<sup>1199</sup> C. NEIRINCK, *RDSS* 2005, p. 814.

<sup>1200</sup> V. B. STURLÈSE, *JCP* 1993, I, 3710, n° 30 s. ; N. MEYER-FABRE, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 259, spéc. p. 291 ; H. MUIR WATT, *Travaux comité fr. DIP* 1993-1995, p. 49, spéc. p. 59.

<sup>1201</sup> V. F. JAULT-SESEKE, *op. cit.*, p. 168.

<sup>1202</sup> V. P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 275, spéc. p. 298.

elle-même irrévocable, ce qui signifie qu'en cas d'échec, elle ne peut être annulée<sup>1203</sup>. Or, même si elle est révoquée par la loi d'origine de l'adopté, dans la mesure où l'adoption prononcée en Roumanie a rompu le lien de l'enfant avec sa famille d'origine, en France elle est plénière et irrévocable. C'est la méthode dite de la substitution ou de la transposition<sup>1204</sup>. Madame le professeur Muir Watt<sup>1205</sup> explique que cette technique nécessite un jugement d'équivalence entre l'institution étrangère et celle du for. Le but est fictivement de faire correspondre les effets des deux adoptions, de façon à attacher à la filiation les effets prévus par la loi du for. Dans le cas de l'adoption, la difficulté du jugement tient non seulement à la variabilité essentielle des législations, dont certaines consacrent des institutions qui ne peuvent bénéficier du jugement d'équivalence nécessaire à la substitution faute d'« établir un lien de filiation », mais aussi à la coexistence dans certains droits de deux catégories d'adoption, simple et plénière, produisant des effets différents dans les rapports entre l'enfant et ses parents biologiques et adoptifs.

Selon ce raisonnement, dans la mesure où la loi française prévoit que l'adoption plénière est irrévocable, la révocation prononcée par la juridiction roumaine est dépourvue d'effet en France. On peut cependant regretter le peu de cas qui est fait de la loi de l'adopté. Cependant l'objectif de cette technique est d'assurer la sécurité juridique. On comprend bien que si en France les effets des adoptions internationales, restaient soumises à la loi de l'adopté alors il n'y aurait aucune uniformité et cela porterait atteinte à la sécurité juridique<sup>1206</sup>. Cependant en pratique tout risque de conflit entre la perspective concrète de l'ordre juridique d'origine et le droit de l'État d'accueil n'est pas évité pour autant. Comme l'explique Madame Muir Watt<sup>1207</sup> et comme le montre l'arrêt, la technique de la substitution implique en effet de tenir pour identique à la catégorie du for

---

<sup>1203</sup> Pour que l'enfant bénéficie d'une nouvelle adoption ; V. P. MURAT, *Droit de la famille*, 4e éd., Dalloz, 2005, n° 983.

<sup>1204</sup> V. B. AUDIT, *Droit international privé*, 4e éd., Economica, 2006, n° 320 s. ; P. LAGARDE, art. préc., p. 297 ; H. MUIR WATT, note préc., spéc. p. 487.

<sup>1205</sup> H. MUIR WATT, Adoption internationale : la révocation intervenue à la demande des adoptants ne peut produire effet en France, 1<sup>ère</sup> civ., 18 mai 2005, *Rev. Crit. DIP* 20015, p. 483.

<sup>1206</sup> V. P. LAGARDE, préc.

<sup>1207</sup> H. MUIR WATT, Adoption internationale : la révocation intervenue à la demande des adoptants ne peut produire effet en France, Cour de cassation (1<sup>ère</sup> Ch. civ.), *Rev. crit. DIP*, 2005 p. 483.

Voir aussi, 18 mai 2005, *Époux Bachère c. Ministère public*, *RDSS* 2005, p. 814, étude C. NEIRINCK, *D.* 2005, p. 1585, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE.

une institution étrangère qui, tout en présentant des traits essentiellement similaires à celle-ci, s'en différencie néanmoins sur certains points. La substitution produit alors un effet déformant sur l'institution d'origine<sup>1208</sup>. Elle rappelle que si un tel phénomène est loin d'être inédit, il peut s'expliquer par une grande variété de motifs d'ordre fonctionnel. Il a pour particularité dans le cas de la reconnaissance d'une adoption étrangère en France de tenir pour indifférente l'existence dans le droit étranger d'une faculté de révocation du lien adoptif, qui ne fait pas obstacle à l'accession de l'adoption étrangère au statut d'adoption plénière aux yeux de la loi française. En effet, le critère d'accès à la catégorie de l'adoption plénière est, on l'a vu, la rupture du lien de filiation biologique. En droit commun, l'article 370-5 du Code civil, comme pour en souligner l'importance, ajoute que cette rupture doit être irrévocable. Mais l'irrévocabilité de la rupture du lien de filiation ne signifie pas nécessairement l'irrévocabilité de l'adoption elle-même<sup>1209</sup>. Or certains droits admettent ainsi que dans des circonstances exceptionnelles, l'adoption elle-même puisse être révoquée, alors même que le lien de filiation par le sang a été irrévocablement rompu ; c'est le cas précisément de la loi roumaine, qui autorise la révocation judiciaire de l'adoption plénière dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il y a alors un risque de divergence de points de vue des deux États quant aux effets de la révocation effectivement intervenue dans le pays d'origine de l'enfant. De même que l'adoption révoquée dans le pays d'origine se heurte à l'irrévocabilité du lien adoptif selon l'État d'accueil. C'est bien ce qui s'est produit en l'espèce. Le jeu de la substitution transforme l'adoption roumaine révocable en adoption irrévocable selon la loi française. Les effets de la révocation intervenue devant une juridiction roumaine sont nécessairement neutralisés au regard de l'ordre juridique français, qui tient la révocation pour impossible par le jeu de la substitution. L'enfant jouit du statut d'enfant adoptif en France, alors que le lien de filiation adoptive a été effacé judiciairement en Roumanie. Aussi troublant que puisse paraître ce résultat et la métaphore de l'enfant « délocalisé », l'arrêt a fait une juste application de la Convention de La Haye, en approuvant la cour d'appel d'avoir retenu sur le fondement de l'article 26-2 de cet instrument que l'enfant avait fait l'objet d'une adoption qui doit être considérée en France comme une adoption

---

<sup>1208</sup> H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 121 et s.

<sup>1209</sup> V. P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 298 ; en revanche, la circulaire de 1999 avait fait de l'irrévocabilité de l'adoption étrangère une condition de la qualification d'adoption plénière.

plénière « sans que le fait que cette adoption puisse être révoquée soit susceptible d'entraîner une modification de cette qualification »<sup>1210</sup>.

545. L'article 26-2 sur la révocation de l'adoption dans l'État d'origine reconnaît tacitement la forme de cette adoption dans l'État d'accueil et dans tout État contractant où elle est reconnue, avec les caractères qui lui sont imprimés par la législation de l'État d'accueil. En effet, l'un des objectifs de la Convention de La Haye était de réduire les adoptions internationales « boiteuses » issues de la divergence de points de vue relatifs à la validité du lien adoptif entre l'État d'origine de l'enfant et l'État d'accueil, lieu de vie des adoptants<sup>1211</sup>. Pour éviter que les autorités de l'État des parents adoptifs ne dotent l'enfant d'un lien de filiation dont le contenu ne serait pas reconnu dans son État d'origine, l'instrument international a dû verrouiller les conditions du prononcé de l'adoption internationale de façon à ce que l'enfant ne puisse être confié aux parents adoptifs que conformément à un projet préalablement approuvé tant par les autorités de l'État d'origine que par celles de l'État d'accueil. « Plurales et sophistiquées, les techniques juridiques mobilisées afin d'assurer une telle convergence font appel aussi bien à la coopération administrative qu'à la théorie de l'ordre juridique compétent ou à des règles matérielles spécifiques, relatives entre autres au consentement des personnes intéressées »<sup>1212</sup>.

546. Dans une autre affaire<sup>1213</sup>, jugée la même année par la Cour de cassation, une jeune Malgache fut adoptée à l'âge de 4 ans et demi et confiée, deux mois après son arrivée en France, au service de l'aide sociale à l'enfance. Les parents adoptifs, en leur nom propre et en représentation de leurs trois enfants mineurs, avaient saisi sans succès les tribunaux d'une action en inopposabilité de la décision étrangère. L'enfant, déclarée abandonnée, fut alors été confiée au service de l'aide sociale à l'enfance, devenue délégataire de l'autorité parentale. Pouvait-elle être confiée en vue d'une adoption ? La Cour de cassation s'est contentée de contrôler la régularité internationale du jugement étranger, l'absence de preuve d'une fraude ou d'une violation de l'ordre public international pour rejeter les prétentions des parents : le jugement étranger leur a été déclaré opposable, l'adoption est irrévocable.

---

<sup>1210</sup> H. MUIR WATT, *op. cit.*

<sup>1211</sup> Cf. *Supra* n°305 et s.

<sup>1212</sup> H. MUIR WATT, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Trav. Comité fr. dr. int. pr.* 1993-1995, p. 49 et s.

<sup>1213</sup> Cass. 1re civ., 4 octobre 2005, n° 02-20258.

### 3. Les alternatives à l'irrévocabilité de l'adoption plénière

547. Si l'adoption internationale se produit entre États qui ne sont pas parties à la Convention de La Haye et si ces États ne sont liés par aucun accord binational ou que cet accord ne fait pas mention du caractère irrévocable de l'adoption plénière, des solutions peuvent être trouvées selon les règles de l'adoption plénière interne, de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption internationale, ainsi que selon les articles 3 et 21-c de la Convention internationale des droits de l'enfant. Ainsi, l'article 21-c dispose que les États parties veillent, « en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalentes à celles existant en cas d'adoption nationale ». Or, la Convention de La Haye de 1993 ne prévoit rien concernant les échecs d'adoption internationale une fois le jugement déclaratif prononcé. Ce sont donc les droits nationaux qui doivent trouver des solutions pour ces enfants sans famille dans le cadre de l'adoption simple, ni pays.

548. À défaut de révocation, l'annulation de l'adoption plénière est-elle possible ? Il a été jugé qu'était recevable, malgré l'article 359 du Code civil, une action en annulation de l'acte d'adoption plénière pour vice du consentement<sup>1214</sup>. Bien sûr, il ne s'agit pas d'une révocation mais les effets sont les mêmes, avec la rétroactivité de l'annulation. Toutefois, tel n'a pas toujours été l'avis de la jurisprudence qui reste divisée sur ce point faute d'avis de la Cour de cassation. La Cour de Rennes avait déjà pris cette position en 1981. Elle avait estimé que « les dispositions de l'article 359 du Code civil selon lequel l'adoption est irrévocable ne peuvent faire échec à l'action fondée sur les articles 1109 et suivants du Code civil car l'irrévocabilité de l'adoption présuppose nécessairement la validité du consentement donné préalablement, faute de quoi il n'y aurait pas d'adoption. Il convient donc en l'espèce de rechercher si le consentement donné par la mère à l'acte d'adoption est entaché d'une erreur substantielle de nature à entraîner sa nullité »<sup>1215</sup>. Mais, la Cour de Paris, pour sa part, a considéré comme irrecevable une demande d'annulation aux motifs « qu'aux termes de l'article 359 du Code civil, l'adoption plénière est irrévocable. L'adoption plénière créée par la loi et sanctionnée par un jugement n'est pas assujettie aux mêmes règles que celles qui régissent les conventions

---

<sup>1214</sup> Tels que l'erreur ou le dol. Voir, CA Pau, 30 mai 1990 : *D.* 1991, p. 20, note LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>1215</sup> CA Rennes, 6e ch., 10 déc. 1981 : *Juris-Data* n° 1981-042370

nées de la seule volonté des parties. Sont donc inapplicables les articles 1109, 1110 et 1131 du Code civil à l'adoption qui est prononcée après vérification par un tribunal des conditions légales »<sup>1216</sup>.

549. De plus, s'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise. En effet, la pratique a montré que ce caractère d'irrévocabilité de l'adoption plénière peut provoquer des inconvénients graves pour l'enfant en cas d'échec de l'adoption plénière, malgré la période d'essai de l'enfant dans sa famille adoptive. Dans ce cas, les parents adoptifs qui ne souhaitent pas conserver l'enfant mais qui ne peuvent demander la révocation de cette adoption plénière, en sont réduits à abandonner l'enfant à l'Aide sociale à l'enfance, sans que ce service ait la possibilité de lui trouver un autre foyer d'adoptants. C'est pourquoi la proposition de loi du 5 octobre 1995 avait prévu un nouvel alinéa à l'article 346 du Code civil disposant qu'une adoption simple peut également être prononcée « en cas d'échec avéré de l'adoption plénière ». Au cours des débats parlementaires, il a été décidé de maintenir cette disposition mais en la déplaçant vers les règles relatives à l'adoption simple et en supprimant la référence à un « échec avéré de l'adoption plénière ». Finalement la loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 a donc inséré un deuxième alinéa dans l'article 360 ainsi rédigé : « s'il est justifié de motifs graves, l'adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière est permise », réglant ainsi « le faux problème de l'irrévocabilité de l'adoption plénière et le vrai problème des rejets d'enfants que l'on a adoptés et que l'on ne veut ou que l'on ne peut plus assumer »<sup>1217</sup>.

Lorsque le piège de l'échec de l'adoption se referme sur les parents adoptifs, ceux-ci sont tentés d'en sortir par tous les moyens, y compris en refusant de procéder aux formalités de transcription du jugement étranger. L'enfant est confié aux services sociaux, mais doté d'un simple document de circulation valable une année, il se trouve dépourvu d'état civil autre que celui d'origine, parfois inconnu et en tout cas difficile à obtenir. Le service de l'Aide sociale à l'enfance auquel il est confié a alors grand mal à faire établir son état civil en France, alors qu'il acquiert en principe la nationalité française par l'effet de son adoption, même s'il finira sans doute par en bénéficier pour avoir été confié aux services sociaux pendant sa minorité.

---

<sup>1216</sup> CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., sect. C, 28 avr. 1988 : *Journ. not.* 1988, p. 944, obs. LA MARNIERRE.

<sup>1217</sup> J. RUBELLIN-DEVICHI, Premier aperçu de la loi n° 96-604 du 5 juill. 1996 relative à l'adoption : *JCP* 1996, act. n° 29.

550. L'intérêt réel de l'enfant pourrait être que le lien adoptif soit maintenu ou effacé selon les cas et soit fonction de la durée et du degré de son intégration au pays d'accueil. En effet, dès lors que l'enfant est intégré depuis une période assez longue au milieu d'accueil, les raisons de faire prévaloir la conception de son intérêt selon le droit de celui-ci sont bien plus importantes que si la révocation a lieu dans le pays d'origine très rapidement après le prononcé de l'adoption<sup>1218</sup>. Madame le Professeur Muir Watt<sup>1219</sup> estime que les difficultés énormes qui sont inhérentes à l'adoption internationale seraient de nature à justifier que le juge de l'État d'accueil soit investi du pouvoir d'apprécier la légitimité de faire place ou non à l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par le juge du pays d'origine. « On peut y voir une nouvelle figure de conflit de lois, qui consisterait moins à donner la priorité à une loi sur une autre qu'à délimiter le titre d'intervention dans l'espace d'un mode de raisonnement ou d'une méthodologie »<sup>1220</sup>. Le juge aurait un véritable rôle à jouer<sup>1221</sup>.

---

<sup>1218</sup> H. MUIR WATT, *op. cit.*

<sup>1219</sup> H. MUIR WATT, *op. cit.*

<sup>1220</sup> Sur le renouvellement possible des conflits de lois sous forme de « collisions de régime » dans un sens analogue, v. FISCHER-LESCANO & TEUBNER, « *Regime-Collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law* », 25 *Mich. J. Int'l L.* 999, 2004.

<sup>1221</sup> V. H. MUIR WATT, pour ce qui est de la teneur des nouvelles règles de conflit françaises issues de la loi du 6 février 2001, La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale, *JDI* 2001.995.

## **CONCLUSION DE SECTION 1**

551. Malgré des mesures préventives, l'échec de l'adoption est une réalité à laquelle le droit a dû trouver des solutions. Cette situation soulève de nombreuses difficultés juridiques qui se compliquent davantage lorsque l'adoption est internationale.

En ce qui concerne d'une part les conséquences sur le statut de l'enfant, le Code civil a prévu des mesures lorsque l'adoptant ou l'adopté a mis un terme à la filiation dans le cadre d'une adoption simple. L'adopté est de nouveau rattaché à sa famille biologique et n'a plus de lien avec la famille adoptive et réciproquement. Lorsque l'adoption est plénière, eu égard au caractère irrévocable de la rupture entre l'adopté et sa famille par le sang, le droit français prévoit que le lien de filiation entre l'adopté et l'adoptant est irrévocable. La famille est piégée dans cette filiation qui n'est parfois plus dans l'intérêt des parties. Reste alors pour elle à attendre que l'enfant atteigne la majorité, ou que le juge reconnaisse des motifs graves que l'adoption soit transformée en adoption simple.

552. Si le statut de l'enfant en cas d'échec de l'adoption en droit interne semble compliqué, il l'est d'autant plus en matière d'adoption internationale. En effet, l'adoption plénière française est une originalité de notre droit qui est partagé par peu d'États. Cette particularité soulève un problème quant à la détermination de l'adoption plénière lorsque le droit de l'adopté et le droit de l'adoptant ne retiennent pas les mêmes critères. En outre, en ce qui concerne l'échec de l'adoption la Convention de La Haye ne prévoit rien lorsque l'adoption échoue après le jugement déclaratif. Les États doivent donc trouver des solutions au regard de leur droit interne, ce qui signifie qu'en France on applique la méthode de la substitution. Cette technique bien qu'imparfaite reste le seul moyen de conserver une unité dans les adoptions internationales qui évoluent sur le sol français et donc de préserver la sécurité juridique des parties. Il semble donc que la Convention de La Haye devrait combler ce vide en préconisant la méthode de la substitution qui serait alors appliquée par tous les États, puisqu'il semble impossible d'harmoniser les droits nationaux sur la question de l'adoption plénière.

## **SECTION 2. L'ECHEC DE LA MATERNITE**

### **POUR AUTRUI**

553. Comme pour l'adoption, le risque d'abandon du projet par les parties à un accord de maternité pour autrui est également une réalité. Or l'absence de prise de position homogène sur la sphère internationale nous amène à nous intéresser à deux types d'accords existants à l'heure actuelle.

Tout d'abord les accords conclus et arrangés par les parties elles-mêmes. Dans ce cas, la loi du pays autorise la gestation pour autrui, elle impose quelques limites comme l'interdiction de payer la mère porteuse, les seuls échanges d'argent qui ont lieu ont vocation à rembourser les frais engagés par la mère porteuse pour la grossesse. Pour tout le reste, les parties sont libres. Le contrat doit alors tout prévoir, et notamment à qui revient l'autorité parentale à la naissance de l'enfant, et le cas échéant sous quelles conditions la mère porteuse doit confier l'enfant au couple intentionnel. Le contrat doit également prévoir les conséquences lorsque l'une des parties se rétracte et n'exécute pas correctement son obligation.

En ce qui concerne les contrats de gestion pour autrui, qui sont conclus dans un cadre juridique strict, les parties disposent de moins de liberté que pour les accords précédents. Elles n'ont plus la faculté de choisir à l'égard de qui la filiation sera établie, à qui revient la garde de l'enfant à sa naissance et les modalités selon lesquelles la mère porteuse confiera l'enfant aux couples. Les parties ont donc beaucoup moins de liberté pour imposer leur volonté et leur rétractation sera encadrée voire interdite.

554. Puisqu'en France la maternité pour autrui est interdite, l'étude des exemples américain et anglais semble pertinente afin d'élaborer un éventuel encadrement en droit interne de la maternité pour autrui en France. En effet, bien que cette dernière soit strictement interdite nous constatons que le résultat n'est pas celui escompté. La prohibition de la pratique a conduit à la mise en place d'un réseau parallèle ou le recours par certains français à des mères porteuses étrangères, ceci ayant pour conséquence la création de véritable imbroglio juridique pour les enfants issus de ces filiations. En outre,

l'accroissement rapide du nombre de conventions de maternité de substitution à caractère international a entraîné l'incertitude autour du statut des enfants nés de ces conventions<sup>1222</sup>. La question du statut de l'enfant se pose dans deux hypothèses, lorsque les parties à la convention ne respectent pas leurs engagements (I) et lorsque la filiation n'est pas reconnue par l'États qui l'accueille. En ce qui concerne ce dernier point, si l'interdiction n'est pas une solution satisfaisante au regard de l'intérêt de l'enfant, une légalisation qui encadre strictement les accords de maternité pour autrui en France ne permettrait-elle pas de réguler cette filiation élective et d'assurer un statut juridique à l'enfant (II) ?

---

<sup>1222</sup> Voir, Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale de 2010 sur le fonctionnement pratique de la Convention Adoption internationale de 1993 (para. 25 et 26).

## **I. LA PLACE LAISSEE A LA VOLONTE DES PARTIES, LA RETRACTATION DU CONSENTEMENT**

555. Il existe deux hypothèses de rétractation des parties dans une convention de maternité pour autrui. Selon la place laissée à la volonté des parties, mais aussi de la personne à qui la loi confie l'enfant à sa naissance, les conditions de rétractation du consentement ne sont pas les mêmes selon que le droit estime que la mère légale de l'enfant est la mère porteuse ou la mère d'intention.

Les parties prévoient généralement elles-mêmes les conditions de la rétractation et de la révocation du consentement dans le contrat (A), mais elles peuvent également être prévues par la loi (B).

### **A. LA PRISE EN COMPTE PAR LES DROITS ETRANGERS DE LA RETRACTATION ET DE LA REVOCATION DU CONSENTEMENT**

556. L'échec de la maternité pour autrui peut survenir à la suite de la non exécution de son obligation par les parties. Il est important que cette hypothèse soit prévue au contrat par les parties elles-mêmes (1), mais aussi par le droit comme le fait le droit anglais (2).

#### **1. L'encadrement contractuel de l'échec de la maternité pour autrui**

557. La majorité des contrats de maternité pour autrui s'exécutent selon les termes de la convention. Aussi, tant que les deux parties sont fidèles à leur intention initiale de coopération, tout va très bien, mais que se passe-t-il lorsque l'un des contractants change d'avis ?

Aux États-Unis, selon les *statutes* et la jurisprudence la solution change d'un État à l'autre. Cette absence d'unité oblige les parties à se renseigner rigoureusement sur la législation en vigueur et peut amener à une certaine forme de *law shopping*, les parents

intentionnels étant davantage tentés de conclure l'accord dans des États où le *statute* leur sera plus favorable.

Depuis l'affaire *Baby M*<sup>1223</sup>, l'inexécution de la convention de mère porteuse par l'une des parties est devenue une réalité. Même si l'inexécution des contractants est marginale<sup>1224</sup>, le droit a tout de même dû prendre en compte l'hypothèse de l'échec de la filiation en adoptant des mesures afin d'encadrer le refus de la mère porteuse de confier l'enfant, ou le refus des parents intentionnels de s'en occuper. Les circonstances de l'affaire *Baby M* sont rares et sont le fruit de négligences<sup>1225</sup>. Depuis de nombreuses mesures ont été prises afin de s'assurer que les contractants soient psychologiquement prêts et consentent librement et de manière éclairée à la convention. En effet, la plupart du temps pour éviter de tels aléas, les parties prévoient au contrat des dispositions si l'une d'entre elles ne s'exécute pas son obligation. Une telle solution est plus simple et résulte d'un accord entre les parties. Les parties doivent donc déterminer ce qui constitue une violation de l'accord, car outre la rétractation ou la révocation du consentement des parties, elles peuvent également n'exécuter que partiellement. Les parties doivent par la suite décider de la procédure à suivre, et notamment si le litige sera soumis à un tribunal, un arbitre, ou un médiateur<sup>1226</sup>.

---

<sup>1223</sup> Cf. Affaire *Baby M*, 537 A.2d 1227 (NJ 1988).

<sup>1224</sup> J. MERCHANT, Une gestation pour autrui « éthique » est possible, *Travail, genre et sociétés* 2/ 2012 (n° 28), p. 183-189. « L'ensemble des recours à une femme porteuse culmine à moins de 0,1 % de litiges, par an, opposant le couple receveur à la femme porteuse, autrement dit environ un cas et demi par an devant les tribunaux ».

<sup>1225</sup> Cf. *Supra* n°453

<sup>1226</sup> « The parties intend that if they have disagreements among them that they are unable to resolve quickly or if there are issues that they want to bring up before a third party, that they will discuss the disagreements or issues in a conference call or meeting under the direction of the Responsible Counselor. The parties acknowledge that the Responsible Counselor is very experienced in surrogacy matters and agree to be guided by her recommendations ».

#### « XVII. Arbitration

Any and all disputes relating to this Agreement or breach thereof shall be settled by arbitration in \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, in accordance with then current rules of the American Arbitration Association, and judgment upon the award entered by the arbitrators may be entered in any Court having jurisdiction hereto. Costs of arbitration, including reasonable attorney's to the prevailing party by the Party designated by the Arbitrator or Court. Should one party either dismiss or abandon the claim or counterclaim before hearing thereon, the other Party shall be deemed the "Prevailing Party" pursuant to this Agreement. Should both parties receive judgment or award on their respective claims, the party in whose

Il y a violation lorsque l'une des parties ne respecte pas son obligation, ou si l'un des renseignements donnés par la partie sur ses antécédents est faux. L'exemple le plus évident de la violation du contrat par la mère porteuse est son refus de confier l'enfant aux parents intentionnels comme le prévoit la convention<sup>1227</sup>. Inversement, les futurs parents violent l'accord lorsqu'ils refusent de reconnaître l'enfant issu de la convention. On estime que le refus est constitutif d'une violation même s'il y a plus d'enfants que stipulé dans la convention ou que ces derniers souffrent d'un handicap ou d'une pathologie<sup>1228</sup>. Sont également considérées comme des violations de l'accord l'interruption volontaire de la grossesse par la mère porteuse sans raison médicale ou sans le consentement des futurs parents, ou au contraire le refus de la mère porteuse de mettre un terme à la grossesse conformément à la recommandation du médecin traitant et la demande des futurs parents lorsqu'il est diagnostiqué un handicap affectant l'enfant à naître. On estime qu'il y a violation de l'accord lorsque l'enfant n'est pas génétiquement celui du couple intentionnel mais qu'il est lié génétiquement à la mère ou son conjoint ou l'un de ses partenaires, mais aussi lorsque la mère porteuse ne respecte pas les restrictions qui lui sont contractuellement imposées durant la grossesse<sup>1229</sup>. De plus, le fait pour les parents intentionnels de ne pas payer tous les frais liés à la maternité de substitution comme stipulé au contrat<sup>1230</sup>, et la falsification ou l'omission d'informations fournies par les parties et insérées au contrat sont constitutives d'une violation.

---

favor the larger judgment or award is rendered shall be deemed the "Prevailing Party" pursuant to this Agreement ».

V. <http://www.surromomsonline.com/articles/gcontract.html>

<sup>1227</sup> C'est d'ailleurs ce qui est arrivé dans les affaires *Baby M* et *Jonhson C/ Cavert Cf. Supra n° 105 et s.*

<sup>1228</sup> « Genetic Parents shall be responsible for any children born, whether healthy or not ». V. <http://www.surromomsonline.com/articles/gcontract.html>

<sup>1229</sup> Par exemple pas de consommation d'alcool, de drogues, ou de tabac, etc.

<sup>1230</sup> « **E. Medical Payment.**

1. Genetic Parents responsible for the reasonable costs of medical screening for Embryo Carrier, Embryo Carrier's Husband, Genetic Mother and Genetic Father.

2. Genetic Parents responsible for all medical costs related to conception, pregnancy and birth not covered by medical insurance.

3. Embryo Carrier's medical insurance policy will be the primary insurance coverage for medical costs related to pregnancy and birth.

4. If a medical specialist for high-risk pregnancy is recommended by the Responsible Physician and not covered by insurance, Genetic Parents will be responsible for all related costs.

558. Les sanctions et conséquences issues de la rétractation du consentement des parties ou toutes autres violations des termes du contrat sont donc prévues au contrat par les parties elle-même. Et l'on constate que même dans le mode de règlement des conflits elles préfèrent rester en dehors de la justice étatique en optant pour l'arbitrage.

2. L'encadrement légal de l'échec de la maternité pour autrui : l'exemple du droit anglais

559. Si l'on prend l'exemple de l'Angleterre<sup>1231</sup>, la loi encadre strictement les accords de maternité pour autrui. Aussi semble-t-il intéressant d'étudier les conséquences de la rétractation du consentement des parties sur le contrat et la filiation. En effet, sa démarche est totalement différente de celle des États les plus libéraux des États-Unis puisque la loi ne laisse pas la possibilité aux parties de décider elles-mêmes. Pour autant même si la loi prend de toute évidence partie pour la protection du consentement de la mère porteuse (a), la jurisprudence est plus nuancée et tranche les litiges au cas par cas dans l'intérêt supérieur de l'enfant (b).

---

**F. Attorney's Fees.**

Genetic Parents responsible for Embryo Carrier's attorney's fees to review contract as well as those related to adoption procedure.

**G. Other Payments.**

1. Reimbursement for child care expenses related to Embryo Carrier's travels to doctor visits. (\$ \_\_\_\_\_/hr or \_\_\_\_\_/day for overnight care)

2. Reimbursement for gas and travel expenses at \$.27 per mile for car, airline tickets, and hotel in connection with doctor or counselling visits.

3. Household helper: Genetic Parents will provide \$100 per week (paid monthly in advance) in the case of multiple pregnancy or high-risk pregnancy in which the Responsible physician requires Embryo Carrier to be on bedrest or drastically reduce her activity.

4. Maternity clothes: \$500.00

5. Stillborn Genetic Parents will be responsible for any funeral or cremation expenses.

6. Genetic Parents are not responsible for any charges or costs unless provided for in this Agreement ».

V. <http://www.surromomsonline.com/articles/gscontract.html>

<sup>1231</sup> La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant, dans des états membres de la CIEC, Note de synthèse rédigée par Frédérique GRANET, Fév. 2014.

a) La protection du consentement de la mère porteuse par la loi

560. D'après la loi de 1990 sur l'assistance médicale à la procréation modifiée en 2008, les parents commanditaires peuvent demander au tribunal une décision aux termes de laquelle l'enfant est juridiquement le leur si les conditions suivantes sont remplies. Le couple doit être marié. Sur le plan génétique, l'enfant est au moins celui d'un des deux membres du couple. La demande doit être faite dans les six mois qui suivent la naissance et au moins un des deux membres du couple doit être domicilié au Royaume-Uni, chacun des deux membres du couple est âgé de plus de 18 ans. Le domicile de l'enfant doit être le même que celui du couple ; l'accord de la mère de substitution doit être donné plus de six semaines après la naissance ; et le couple commanditaire ne doit pas avoir rémunéré la mère de substitution. Si toutes ces conditions sont respectées la procédure de maternité pour autrui et qui évite au couple commanditaire de demander l'adoption de l'enfant, s'achève. Pour autant, la mère porteuse peut revenir sur sa décision et souhaiter garder l'enfant. Le cas échéant si les conditions nécessaires ne sont pas remplies, les parents commanditaires doivent demander l'adoption ou l'attribution de l'autorité parentale.

561. Le consentement de la mère porteuse et le cas échéant de son partenaire est donc primordial pour que l'enfant soit confié à ses parents intentionnels. En effet, la mère porteuse doit consentir au transfert de la parenté légale. Elle doit donner ce consentement six semaines après la naissance de l'enfant, ce qui est le même délai qu'en matière d'adoption au Royaume-Uni. Si la mère porteuse ou son conjoint ne peuvent pas être trouvés, ou sont réputés incapable de donner leur consentement, ce dernier n'est pas demandé. Dans une affaire récente impliquant une gestation pour autrui en Inde, la mère porteuse avait disparu peu de temps après la naissance de l'enfant<sup>1232</sup>. Le consentement n'a pu être donné six semaines après la naissance. Toutefois, le tribunal a fait droit à la demande des parents intentionnels car les juges ont estimé que tout avait été fait pour trouver la mère porteuse et d'acquiescer son consentement.

Les conflits relatifs à la gestation pour autrui qui appellent une décision du juge peuvent résulter d'un désaccord des parties lorsque les parties sont d'accord, ou de l'inexécution d'une ou plusieurs conditions qui sont exigées par la loi pour permettre un *parental order* au profit du couple commanditaire. Afin de déterminer à l'égard de qui

---

<sup>1232</sup> *Re D and L (minors) (surrogacy)* [2012] EWHC 2631.

entre la mère porteuse et le couple commanditaire la filiation sera établie, le juge va se fonder sur l'intérêt supérieur de l'enfant, ainsi que le prévoit l'article 1 du *Children Act*.

562. Le droit anglais dans l'article 33 de la *Human Fertilisation and Embryology Authority* de 2008 dispose qu'à la naissance la mère porteuse est toujours la mère de l'enfant, même lorsqu'elle n'est pas sa mère génétique. De plus, lorsque la mère porteuse est mariée, le père de l'enfant est son mari sauf s'il est opposé à la gestation pour autrui. Ces règles s'appliquent quelque soit le lieu de résidence de la mère porteuse au moment de la fécondation. On notera ici que le droit anglais se distingue du droit de la *Common Law* qui généralement prévoit que le père de l'enfant est le père putatif si celui fait une demande en reconnaissance de paternité et non le mari de la mère porteuse. L'article 35 de la *Human Fertilisation and Embryology Authority* dispose que le seul moyen d'écarter la « paternité » du mari est d'établir qu'il n'a pas consenti à la gestation pour autrui, ce qui peut poser des difficultés de preuve à la charge des époux commanditaires, notamment lorsque la mère porteuse ne vit plus avec son mari ou a divorcé<sup>1233</sup>. En revanche, dans l'hypothèse où la mère porteuse n'était pas mariée au moment de la conception de l'enfant, le père biologique (et donc dans la majorité des cas le père intentionnel) a la possibilité de reconnaître l'enfant comme le sien. En effet, en vertu de l'article 54 (6) de la *Human Fertilisation and Embryology Authority* de 2008 sur le *parental order*, la mère porteuse et son époux, si elle est mariée, doivent consentir de manière libre et éclairée à l'établissement de la filiation entre l'enfant et le couple intentionnel susceptible d'être ordonnée par le juge en matière de parenté. Or, si l'on s'en tient aux termes de la loi il s'agit en fait d'un véritable droit de veto en faveur de la mère porteuse et de son conjoint. En effet, contrairement à la procédure ordinaire d'adoption, le juge ne pourra passer outre un refus même abusif et même contraire à l'intérêt de l'enfant de consentir à un « transfert de parenté » dans ce cas. C'est dire la solidité du lien juridique qui unit la mère porteuse (et le cas échéant le conjoint de celle-ci) et l'enfant dans législation actuelle<sup>1234</sup>.

563. Si le contrat de maternité pour autrui est conclu à l'étranger le droit anglais estime toujours que la mère porteuse est la mère légale de l'enfant. En effet, il ne tient pas compte de ce qui est inscrit au certificat de naissance ou de ce que des tribunaux étrangers ont pu décider. Ainsi, aucune filiation établie par un acte de naissance étranger ne sera

---

<sup>1233</sup> *Re G (Surrogacy : Foreign Domicile)* [2007] EWHC 2814 (Fam.).

<sup>1234</sup> V. cependant la décision de la CA *In the Matter of N (a child)* [2007] EWCA Civ. 1053.

pas reconnue au regard de la loi britannique.

b) La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant par la jurisprudence

564. La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant qui règne en principe souverain dans le droit de la filiation vient tempérer les rigueurs de la loi dans l'établissement de la filiation en matière de gestation pour autrui.

Lorsqu'un contrat de mère porteuse, même avec contrepartie financière a été exécuté volontairement et que l'enfant réside au foyer des requérants, le juge prononce, suivant la nature de la requête dont il est saisi, soit l'adoption de l'enfant, soit un *parental order* en faveur des requérants<sup>1235</sup>. Cette décision a pour effet de rompre tout lien de filiation entre l'enfant et la mère porteuse.

La notion d'intérêt de l'enfant justifie également que le juge passe outre les difficultés juridiques qui peuvent intervenir dans le cas d'un enfant né d'une mère porteuse étrangère. Dans l'affaire *X v. Y (Foreign Surrogacy)*<sup>1236</sup> un couple de ressortissants britanniques qui ne pouvait avoir d'enfant s'était rendu en Ukraine où la gestation pour autrui moyennant rémunération est permise. La mère porteuse ukrainienne accoucha de jumeaux à la suite d'un don d'ovocytes fécondés par le sperme du père intentionnel. Dans l'attente de l'établissement de leur lien de filiation, les enfants furent placés auprès des services sociaux. D'après la loi anglaise, la mère porteuse d'origine ukrainienne, bien qu'elle ne fût pas rattachée biologiquement aux enfants, était leur mère légale, son mari, puisqu'il ne s'était pas opposé au contrat de gestation pour autrui, en était le père légal. Or, selon la loi ukrainienne, les enfants n'étaient pas rattachés juridiquement aux époux ukrainiens. En d'autres termes, par une sorte de conflit négatif, les filiations des enfants nés ne pouvaient être juridiquement établies. Le juge anglais, prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, décida, malgré le caractère financier de l'opération, de prononcer un *parental order* en faveur des époux commanditaires sur le fondement de l'article 30 de la *Human Fertilisation and Embryology Authority* 1990 en vigueur alors<sup>1237</sup> après avoir vérifié que les autres conditions de la loi étaient remplies, notamment que la mère porteuse et son mari ne s'y

---

<sup>1235</sup> Solution adoptée dans *Re H (A Minor) (S. 37 Direction)* [1993] 2 FLR 541 à propos d'un couple de femmes lesbiennes.

<sup>1236</sup> *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam).

<sup>1237</sup> Aujourd'hui article 54 du *Human Fertilisation and Embryology Authority* 2008.

opposaient pas. Le juge a toutefois admis qu'une telle décision le mettait dans une situation « très inconfortable » en raison notamment de la difficulté à concilier l'exigence d'ordre public qui s'oppose à toute commercialisation de la gestation pour autrui et l'intérêt de l'enfant qui appelait en l'espèce une solution rapide en faveur des requérants<sup>1238</sup>.

565. Par ailleurs, un an plus tôt, dans l'affaire *N (a Child)*<sup>1239</sup> la Cour d'appel a décidé de confier l'enfant au couple commanditaire malgré le fait que la mère porteuse, et donc la mère juridique, désirait le garder. Elle l'avait élevé pendant dix-huit mois, et s'opposait comme la loi lui en donnait le droit à tout transfert de parenté en faveur des parents intentionnels. Les juges ont pris en compte l'intérêt de l'enfant. En outre, la mère porteuse s'était rendue coupable d'un véritable dol dans le contrat qui la liait au couple demandeur, puisqu'elle n'avait contracté que pour avoir elle-même un autre enfant et n'avait donc jamais eu l'intention d'exécuter le contrat.

## B. DES SOLUTIONS A LA RETRACTATION OU LA REVOCATION DU CONSENTEMENT

566. Si beaucoup d'accords de maternité pour autrui prévoient le recours à des instances extra-étatiques, certains États comme celui du Minnesota peuvent servir d'exemple (1). Ainsi il semble qu'en égard à la nature de ces contrats le règlement des litiges devrait être soumis aux juridictions étatiques (2).

---

<sup>1238</sup> Décision à rapprocher d'une affaire similaire *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2007] *EWHC* 2814 (Fam.) qui suscitait difficulté en raison du fait que, cette fois, les époux commanditaires de nationalité turque étaient domiciliés en dehors du territoire du Royaume-Uni et donc ne pouvaient bénéficier en théorie d'un *parental order* sur la base de l'article 54 du *Human Fertilisation and Embryology Authority* de 2008. Le juge Mc Farlane de la *High Court* a eu recours à l'*Adoption and Children Act* 2002 qui permet sous certaines conditions, remplies en l'espèce, l'adoption d'un enfant par des parents étrangers.

<sup>1239</sup> *Op. cit.*

## 1. L'exemple de l'État du Minnesota

567. Dans l'État du Minnesota la loi prévoit une procédure particulière. Si d'autres États américains ont décidé de laisser les modalités de règlement des litiges à la volonté des contractants ou bien à l'appréciation des juges, cet État propose une solution législative intéressante.

Adoptée en 2008, la loi encadre précisément les accords de maternité pour autrui, et notamment le consentement et la faculté de rétractation des parties. Si par principe la femme qui accouche est la mère de l'enfant<sup>1240</sup>, dans le cadre de ces conventions les parents intentionnels sont reconnus comme étant les parents légaux de l'enfant. En effet, l'acquisition des droits parentaux des parents, ainsi que la garde de l'enfant, mais aussi l'autorité parentale, et la responsabilité de l'enfant reviennent aux parents commanditaires. Ni la mère porteuse, ni le cas échéant son conjoint, ne sont considérés comme les parents légaux une fois l'enfant né. Les parents d'intention acceptent par écrit de recevoir la garde de tous les enfants nés de la convention, et ce même s'il y en a plus qu'initialement prévu au contrat. Ils s'engagent également à s'occuper de l'enfant indépendamment de son sexe, sa condition physique ou mentale, et d'assurer son entretien financier dès sa naissance.

La mère porteuse s'engage contractuellement à confier l'enfant aux parents intentionnels dès sa naissance. Si elle est mariée, son conjoint doit également donner son consentement.

568. La loi prévoit également l'hypothèse selon laquelle il y aurait eu une erreur et que l'enfant ne serait pas génétiquement lié aux parents intentionnels. Elle dispose que sauf décision contraire du tribunal à la suite d'une action intentée par un ou plusieurs des parents génétiques dans les 60 jours suivant la naissance de l'enfant, les parents intentionnels sont responsables de l'enfant.

Cette législation oblige les parties à respecter leurs engagements puisque si l'un des contractants ne le fait pas il sera contraint par le juge. Cette solution privilégie la stabilité de l'enfant, et c'est ce qui doit primer dans la mise en place d'une législation permettant d'anticiper et de lutter contre les échecs de cette filiation.

---

<sup>1240</sup> Sauf dispositions contraires des articles de 257.87 à 257.98.

## 2. Une procédure judiciaire nécessaire au règlement du litige

569. Seul le recours aux juridictions étatiques permet de régler convenablement les litiges issus des conventions de maternité pour autrui. En effet, les accords de maternité pour autrui ne sont pas des contrats comme les autres puisqu'ils ont pour vocation d'établir une filiation. Cet enjeu est trop important pour les laisser à la seule volonté des contractants. Ainsi, dans l'hypothèse d'une éventuelle légalisation de la pratique en France, il semble qu'une procédure en deux temps devrait être prévue, avec tout d'abord une phase de conciliation (a) et en cas d'échec une phase judiciaire (b).

### a) Une phase de conciliation

570. Dans l'hypothèse où la mère porteuse ou le couple intentionnel ne respecterait pas leur engagement ou rétracterait leur consentement, une première phase de conciliation devrait être envisagée pourquoi pas devant le Juge aux affaires familiales, à l'instar de ce qui se fait en matière de divorce en France. En outre, si cette procédure échouait alors la partie lésée pourrait intenter une action en justice afin de faire prévaloir ses droits en demandant l'exécution des termes du contrat.

### b) Une phase judiciaire

571. La partie qui subit l'inexécution du contrat par le co-contractant peut demander au tribunal une exécution forcée de l'obligation. Les futurs parents peuvent demander au tribunal de contraindre la mère porteuse de leur confier l'enfant, ou la mère porteuse peut demander au tribunal d'obliger les parents d'intention d'accueillir l'enfant après sa naissance, si ces derniers ont demandé au tribunal de résilier le contrat et de laisser l'enfant à la garde de la mère porteuse. La décision du tribunal doit bien entendu se faire par application du contrat, mais aussi avec une marge d'appréciation des juges au regard de l'intérêt de l'enfant.

Les conséquences juridiques de la rétractation sont de deux ordres. Si le recours est fondé sur la violation par la mère porteuse de l'accord<sup>1241</sup>, les parents intentionnels ne seront obligés à aucune responsabilité juridique ou financière à l'égard de l'enfant. En

---

<sup>1241</sup> L'enfant est liée à la mère porteuse et son conjoint, et non aux parents intentionnels.

revanche, si le recours est fondé sur la violation par les parents intentionnels<sup>1242</sup>, les parents intentionnels resteront financièrement et légalement responsables de l'enfant, même s'il est confié à la garde de la mère porteuse.

572. Une autre solution serait de demander au tribunal de mettre en place un accord de partage des responsabilités parentales, qui permettrait de régler les problèmes du temps et du soutien financier que chaque partie pourra apporter à l'enfant en se fondant sur les mesures prévues en matière de garde d'enfant. Cependant, cette situation ne semble pas la plus adaptée à la stabilité de l'enfant qui peut être perturbé et ne plus savoir qui sont ses véritables parents.

Enfin, même si l'enfant n'est pas génétiquement celui des parents intentionnels comme le prévoit le contrat, ces derniers devraient pouvoir conserver la faculté d'adopter l'enfant à condition que la mère porteuse donne son consentement.

## **II. UNE LEGALISATION PROTECTRICE DES DROITS DES PARTIES ET DE L'ENFANT**

573. Les contrats de maternité de substitution soulèvent de nombreux problèmes qui ne peuvent être réglés que par une légalisation de la pratique. Cependant cette légalisation n'a pas pour vocation de libéraliser et de démocratiser la pratique des mères porteuses mais bien d'en encadrer strictement la procédure. Plusieurs points doivent être pris en compte dans une légalisation de la maternité pour autrui. La loi doit encadrer la volonté des parties dans leur faculté à se rétracter ou révoquer leur consentement, les échanges d'argent qui ont lieu entre les parents intentionnels et la mère porteuse, ainsi que la protection des droits des contractants. Toutes ces mesures doivent permettre d'assurer la protection de l'intérêt des contractants et de l'enfant. Ainsi elle doit prendre en compte d'éventuelles rétractations du consentement des parties par la mise en place de mesures préventives visant à s'assurer de la stabilité psychologique des parties, la légalisation de la maternité pour autrui doit également permettre de prévenir les

---

<sup>1242</sup> Par exemple le fait de ne pas accepter la garde d'un enfant handicapé.

problèmes de reconnaissance de la filiation par le droit français. Ainsi, l'accès à la procédure de maternité pour autrui ne doit être ouverte que selon certaines conditions (A), et aux personnes résidentes en France (B).

## A. L'ENCADREMENT DES RELATIONS ENTRE LES CONTRACTANTS

574. L'accès aux accords de maternité pour autrui doit être limité aux personnes répondant à certains critères. La mère porteuse doit déjà avoir un enfant et ne peut pas être également la donneuse d'ovule. Elle ne doit être que simple gestatrice. Il semble important que la mère porteuse ait le contrôle sur toutes les décisions concernant sa santé durant la grossesse. Les parents intentionnels doivent être des époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans et âgés de plus de 28 ans, comme cela se fait pour l'adoption plénière<sup>1243</sup>. La mère d'intention doit prouver qu'elle ne peut pas porter ou accoucher d'un enfant. Enfin, l'un au moins des parents d'intention doit être génétiquement lié à l'enfant. La procréation pour autrui doit être évitée, le fait que la mère porteuse soit génétiquement liée à l'enfant rend la séparation plus difficile et augmente les risques que la mère porteuse revienne sur son consentement. La mère porteuse comme les parents d'intentions doivent être soumis à une série d'exams médicaux et psychologiques, ainsi qu'à une enquête en vue de l'obtention d'un agrément.

575. Le transfert de l'autorité parentale devrait être fait après la naissance de l'enfant. Jusqu'alors la mère légale de l'enfant est la mère porteuse. L'idée que les parents intentionnels n'aient aucun droit sur l'enfant avant que la mère ne consente à leur confier l'enfant, semble malgré tout assez discutable. En effet, ils sont à l'origine du projet. L'étude des litiges dus à la rétractation du consentement des parties doit relever de l'appréciation souveraine des juges du fond, avec pour recherche l'intérêt supérieur de l'enfant qui n'est pas toujours dans le fait de rester avec la femme qui en a accouché ou d'être remis au couple intentionnel. Pour autant, l'objectif de l'accord de maternité pour autrui est qu'une femme porte un enfant et à sa naissance le confie au couple qui lui a

---

<sup>1243</sup> Article 343 du Code civil: « L'adoption peut être demandée par deux époux non séparés de corps, mariés depuis plus de deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de vingt-huit ans ».

« commandé » la grossesse. Le rôle des parents d'intention ne doit donc pas être oublié ou être sacrifié au profit de l'idée selon laquelle la femme qui accouche est la mère de l'enfant. Légaliser la maternité pour autrui demanderait de remettre en cause ce principe appliqué par le droit français. Les parents d'intentions sont à l'origine du projet, de plus selon la décision de la Cour européenne des Droits de l'Homme<sup>1244</sup> la filiation est reconnue à l'égard du père d'intention qui ne peut donc pas être écarté au profit de la mère porteuse. Même dans l'hypothèse où l'enfant n'est pas génétiquement lié au père le critère de la volonté doit primer. Les parents d'intention doivent être reconnus comme les parents légaux de l'enfant.

Il est primordial que la loi encadre les sommes versées à la mère porteuse. L'argent perçu par la mère porteuse ne doit être identifiée que comme une compensation. Le couple intentionnel peut dédommager la mère porteuse de façon « raisonnable » à hauteur des frais médicaux et autres dépenses afférentes à la grossesse et nombre de jours de travail durant la grossesse.

Quant aux intermédiaires, à l'instar de ce qui se fait pour l'adoption, seuls des services étatiques peuvent servir d'intermédiaires entre le couple commanditaire et la mère porteuse.

Enfin il semble nécessaire que les parents intentionnels ainsi que la mère porteuse résident en France depuis une certaine période qui devra être déterminée.

## B. LA RECONNAISSANCE DE LA FILIATION PAR LE DROIT

576. Le recours aux mères porteuses internationales soulève le problème de la reconnaissance et donc du statut de l'enfant (1). La solution serait donc de réserver la conclusion des contrats de maternité pour autrui aux résidents Français (2).

---

<sup>1244</sup> CEDH, 26 juin 2014, *op. cit.*

1. Les problèmes liés au refus de reconnaissance la maternité pour autrui internationale

577. Trois hypothèses sont à envisager<sup>1245</sup>. En l'espèce, un couple qui réside et qui est ressortissant d'un État B, recherche sur Internet une agence de gestation pour autrui dans un État A qui reconnaît et applique les accords de maternité pour autrui. Il conclut par voie électronique un accord de maternité de substitution avec une femme mariée et son mari, qui sont résidents et ressortissants de l'État A. Le contrat de maternité pour autrui est donc soumis à la loi de l'État A. Selon le contrat les parents intentionnels fournissent leurs propres gamètes, c'est donc un contrat de gestation pour autrui. Le contrat stipule également que les parents intentionnels seront les parents légaux de l'enfant né à la suite de l'accord et que la mère porteuse et son mari renoncent à tout droit et toute responsabilité à l'égard de l'enfant. Le contrat est un contrat commercial de maternité de substitution puisqu'une compensation pécuniaire est prévue en plus de la prise en charge des frais raisonnables de la mère porteuse<sup>1246</sup>. L'enfant naît dans l'État A et est remis aux parents intentionnels. Selon la législation de l'État A, les parents intentionnels peuvent reconnaître immédiatement l'enfant, et être inscrits comme ses parents légaux sur l'acte de naissance dans l'État A. Ils peuvent également solliciter auprès d'un tribunal de l'État A une décision confirmant qu'ils sont les parents légaux de l'enfant et que l'acte de naissance peut être modifié pour en rendre compte<sup>1247</sup>. La législation de l'État A considère désormais l'enfant comme étant l'enfant des parents intentionnels et, du fait de ses règles en matière de nationalité, l'enfant n'acquerra pas la nationalité de l'État A<sup>1248</sup>.

Or dans une première hypothèse les parents intentionnels et l'enfant ne peuvent pas quitter l'État où l'enfant est né pour retourner dans leur États de résidence. En effet, les parents intentionnels demandent au consulat local de l'État B un passeport afin de

---

<sup>1245</sup> <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf>

<sup>1246</sup> Cela varie d'un cas à l'autre et dépend du fait que la législation de l'État A autorise ou non les accords de maternité de substitution *commerciaux* par rapport aux accords de maternité de substitution *altruistes*. Dans de nombreux cas récents étudiés, l'accord était de nature commerciale.

<sup>1247</sup> Dans certains États qui permettent les accords de maternité de substitution (par exemple, la Californie), un jugement préalable à la naissance confirmant la filiation juridique des parents intentionnels peut être demandé auprès du tribunal.

<sup>1248</sup> <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf>

pouvoir rentrer dans leurs pays de résidence avec leur enfant. Mais le consulat de l'État B rejette cette demande de passeport, au motif que la législation dans l'État B considère que c'est la mère porteuse et son mari qui sont les parents légaux de l'enfant. L'enfant n'a donc pas droit à la citoyenneté de l'État B. Les parents intentionnels ne parviennent donc pas à obtenir un passeport ou des documents de voyage pour l'enfant<sup>1249</sup>. Ils se retrouvent bloqués aux frontières de l'État A, sans pour autant pouvoir malgré tout y rester indéfiniment. L'enfant est alors apatride et sa filiation est incertaine. Dans certains cas, des solutions diplomatiques sont négociées entre États, avec notamment un recours à l'adoption internationale<sup>1250</sup>, ou l'émission par l'État A d'un visa de transit valable une seule fois « en dehors des règles » autorisant l'enfant à se rendre dans l'État B<sup>1251</sup>. Mais ces négociations peuvent prendre longtemps voir plusieurs années<sup>1252</sup>. Et malgré cette solution le statut de l'enfant est incertain à son arrivée dans le pays B<sup>1253</sup>. Dans d'autres cas, l'État B peut également adapter ses procédures en matière d'immigration et permettre à l'enfant d'entrer dans l'État B « en dehors des règles », mais uniquement sous réserve

---

<sup>1249</sup> V. *Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr.* (2008) INSC 1656 (29 septembre 2008) (Japon / Inde) ; *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2008] 1 FLR 1047 (Turquie/Royaume-Uni) ; l'affaire *Jan Balaz* (Allemagne / Inde) – cette affaire a été portée en première instance devant le Tribunal de grande instance du Gujarat en Inde sous la dénomination *Balaz v Anand Municipality* (11 novembre 2009). Le Gouvernement indien a interjeté appel de la décision devant la Cour suprême. Un compromis a toutefois été trouvé, les enfants ayant été autorisés à rentrer en Allemagne après être passés par la voie de l'adoption internationale, voir [http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2010-05-27/india/28279835\\_1\\_stateless-citizens-balaz-surrogate-mother](http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2010-05-27/india/28279835_1_stateless-citizens-balaz-surrogate-mother). Dans *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2009] 1 FLR 733, des jumeaux se sont retrouvés, selon les mots de Hedley J, « abandonnés, apatrides et sans parents » en Ukraine suite à un contrat de maternité de substitution conclu entre des parents britanniques (les PI) et une mère de substitution (S) et son mari en Ukraine. À la suite à un long retard en raison des tests d'ADN, les enfants se sont finalement vus accorder une autorisation discrétionnaire pour se rendre au Royaume-Uni « en dehors des règles », ce qui a permis aux parents intentionnels de demander à un tribunal britannique de rendre une décision établissant la filiation légale des enfants à leur égard (un '*parental order*' dans le cadre de ce qui était alors la loi sur la fertilisation humaine et l'embryologie de 1990). *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* [2010] EWHC 1180 concernait également des difficultés pour faire voyager les enfants

<sup>1250</sup> C'est la solution qui a été adoptée dans l'affaire *Jan Balaz*. Voir cependant la partie I ci-dessus et la note 7 indiquant le point de vue de la réunion de la Commission spéciale sur le suivi pratique de la Convention de 1993, selon laquelle la Convention de 1993 n'est pas appropriée dans pareils cas.

<sup>1251</sup> Par ex. en l'affaire *Baby Manji*, *ibid.*

<sup>1252</sup> L'affaire *Jan Balaz*, *ibid.*

<sup>1253</sup> Voir l'affaire *Baby Manji*, *ibid.*

qu'un certain nombre de conditions soient satisfaites<sup>1254</sup>. Des difficultés sont toutefois déjà apparues lorsque les parents intentionnels ont saisi un tribunal dans l'État B avant la confirmation qu'une décision leur sera rendue au sujet de l'enfant, les reconnaissant comme étant ses parents légaux<sup>1255</sup>. Dans d'autres cas, une action en justice est engagée dans l'État B, tandis que les parents intentionnels et l'enfant sont toujours dans l'État A, pour contester le refus de délivrer un passeport à l'enfant<sup>1256</sup>.

Autre hypothèse peut également être envisagée. L'État B ne reconnaît pas pour des motifs d'ordre public le jugement rendu par l'État A qui attribue aux parents intentionnels la filiation juridique. Selon la loi de l'État A, après la naissance de l'enfant,

---

<sup>1254</sup> L'officier de l'immigration peut s'assurer que les parents intentionnels obtiendront très certainement une décision de justice dans l'État B confirmant leur filiation juridique une fois de retour dans leur juridiction.

<sup>1255</sup> C'était la situation dans *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* [2010] EWHC 1180. Dans cette affaire, les parents intentionnels anglais avaient passé un contrat de maternité de substitution avec un couple marié en Inde et des jumeaux étaient nés par la suite en Inde. En droit anglais, le couple indien était considéré comme étant les parents légaux des jumeaux. De ce fait, les parents intentionnels ne parvenaient pas à obtenir un passeport britannique pour que les enfants puissent rentrer au Royaume-Uni. En vertu des règles en matière d'immigration applicables au Royaume-Uni, il leur fallait par conséquent obtenir une "entry clearance" (autorisation d'entrée) pour que les enfants puissent rentrer au Royaume-Uni. (Au Royaume-Uni une "entry clearance" est une décision de l'exécutif et non du système judiciaire). Un guide établi par l'Agence des frontières du Royaume-Uni intitulé *Inter-Country Surrogacy and the Immigration Rules* (Gestation pour autrui à caractère international et règles en matière d'immigration) indique qu'en cas de gestation pour autrui à caractère international, l'Agence des frontières doit être convaincue que, une fois l'enfant de retour au Royaume-Uni, une décision attribuant la filiation juridique aux parents intentionnels sera très certainement rendue par le tribunal. Cependant, dans pareils cas, aucune demande d'établissement de la filiation juridique ne peut être faite par les parents intentionnels devant un tribunal anglais *avant* le retour de l'enfant en Angleterre, en raison des règles de compétence anglaises en la matière. Le tribunal n'a pas prononcé ce qui est considéré comme un « avis consultatif anticipé » sur l'affaire, mais formulé certains commentaires *obiter* sur les faits. Il a indiqué que la question de savoir si le Bureau chargé de délivrer les autorisations les avait trouvés utiles était à prendre en considération. On ne sait pas si les enfants ont obtenu ultérieurement une autorisation d'entrée pour quitter l'Inde et rentrer au Royaume-Uni.

<sup>1256</sup> Voir par ex. l'affaire aux Pays-Bas, LJN: BP0426, *Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem*, AWB 10/6420

[http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&earchtype=ljn&ljn=BP0426&u\\_ljn=BP0426](http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&earchtype=ljn&ljn=BP0426&u_ljn=BP0426) > (consulté le 22 mars 2011).

ce dernier est habilité à se rendre dans l'État B avec les parents intentionnels<sup>1257</sup>. Mais c'est dans l'État B que les difficultés commencent pour l'enfant. Les parents intentionnels demandent à ce que le statut de l'enfant soit confirmé dans l'État B et engagent une action en justice afin de faire reconnaître le jugement étranger rendu dans l'État A. Le tribunal dans l'État B refuse de reconnaître le jugement étranger, pour des motifs d'ordre public<sup>1258</sup>. L'enfant réside donc dans un État qui ne reconnaît pas les parents intentionnels comme étant ses parents légaux. Parfois, le tribunal a autorisé une « adoption spéciale » de l'enfant par le parent intentionnel<sup>1259</sup>.

Enfin, l'État B ne reconnaît pas pour des motifs d'ordre public l'acte de naissance délivré par l'État A qui reconnaît les parents intentionnels comme étant les parents légaux. En l'espèce les parents intentionnels, une fois de retour dans l'État B, demandent la reconnaissance de l'acte de naissance dressé dans l'État A. Généralement et c'est le cas en France, l'État d'accueil refuse de reconnaître l'acte de naissance étranger pour des motifs d'ordre public, ou sur le fondement de la fraude à la loi avec comme conséquences un statut précaire pour l'enfant<sup>1260</sup>.

---

<sup>1257</sup> Cela semble plus courant dans les affaires où l'accord de maternité de substitution est passé aux États-Unis. Selon les règles de citoyenneté américaine le seul fait d'être né aux États-Unis, l'enfant acquiert la citoyenneté américaine et peut par conséquent rentrer dans l'État B avec un passeport américain.

<sup>1258</sup> Ce fut la position de la France avant de recourir à la fraude à la loi.

<sup>1259</sup> 2006 (Kyo) No 47, décision du 23 mars 2007 (Japon / Nevada) a Cour d'appel japonaise a refusé de reconnaître la décision du tribunal du Nevada reconnaissant les parents intentionnels comme étant les parents légaux des jumeaux nés à la suite d'un accord de maternité de substitution altruiste passé dans le Nevada.

<sup>1260</sup> *Dirección General de los Registros y el Notariado* (DGRN) 2575/2008, 18 février 2009 (Espagne/Californie). Dans ce cas, un couple d'homosexuels espagnols s'était rendu aux États-Unis afin de passer un contrat de maternité de substitution avec une mère de substitution américaine. Des jumeaux sont nés et des actes de naissance ont été dressés aux États-Unis, reconnaissant les deux parents intentionnels de sexe masculin comme étant les parents légaux. Les autorités espagnoles ont refusé de transcrire les actes de naissance en Espagne. Ce refus a été contesté par le couple auprès de la DGRN, qui a accédé à leur demande. Cependant, le 17 septembre 2010, le *Tribunal de Primera Instancia* No 15 de Valence a annulé cette décision à la requête du Ministère public et déclaré que ces écritures étaient nulles. Il semblerait que le couple ait décidé d'interjeter appel de la décision devant l'*Audiencia Provincial*. En outre, la DGRN a émis une « Instruction » concernant l'enregistrement de la paternité ou de la maternité dans les cas de maternité de substitution internationale. Voir <http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/>.

Dans deux affaires néerlandaises de 2009 (Pays-Bas / France et Pays-Bas / Californie), la justice néerlandaise a estimé qu'un acte de naissance étranger ne désignant pas la mère ayant mis l'enfant au

## 2. Le recours aux accords de maternité pour autrui réservé aux résidents Français

578. Le problème de la reconnaissance de la filiation issue des accords de maternité pour autrui provient notamment du fait que cet accord est international. Cette internationalité de l'acte de naissance étranger oblige les parties qui souhaitent que le droit français reconnaisse pleinement la filiation de demander un contrôle en régularité. Cette internationalité empêche également les autorités françaises d'avoir un contrôle sur les contrats qui sont conclus à l'étranger et sur le respect des droits des parties et notamment ceux de la mère porteuse.

579. Le Rapport <sup>1261</sup> *Filiation, origines, parentalité* invite à reconnaître automatiquement « des situations valablement constituées, et ce parce qu'il est de l'intérêt de l'enfant de voir sa filiation établie à l'égard de ses deux parents d'intention ».

Selon le rapport, « cette reconnaissance doit s'accompagner d'un engagement ferme de la France pour la création prochaine, sur le modèle de la Convention de la Haye sur l'adoption, d'un instrument international de lutte contre l'asservissement des femmes via l'organisation de gestations pour autrui contraires aux droits fondamentaux de la personne ». Cette solution qui met l'intérêt de l'enfant au centre de la légalisation semble discutable quant à la protection des intérêts et des droits des parties. Si l'adoption d'un instrument international est indispensable, il ne doit pas se limiter à la lutte contre l'asservissement des femmes, trop de points discutables des contrats de mère porteuse seraient laissés de côté. De plus, il serait toujours compliqué de s'assurer du bon

---

monde, alors que l'on sait qui a accouché de l'enfant, contrevient à l'ordre public néerlandais et ne peut être reconnu (voir J.S. Kees, *European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage*. Dissertation: 2010, p. 272. <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=19540>). Dans une affaire belge récente (Belgique / Californie), un couple marié de même sexe belge était désigné comme étant les pères légaux de jumeaux, deux garçons, sur les actes de naissance des garçons dressés en Californie. Lorsque le couple est rentré en Belgique avec les enfants, les autorités locales ont refusé de donner effet aux actes de naissance. Les parents ont fait appel de ce refus devant le Tribunal de première instance, sans succès (mars 2010). Or, le 6 septembre 2010, la Cour d'appel de Liège, 1<sup>re</sup> Chambre, n° de registre 2010/RQ/20, a annulé en partie la décision rendue par la juridiction inférieure. Elle a reconnu et donné effet aux actes de naissance dressés en Californie, mais uniquement dans la mesure où ils formaient la base du lien légal entre les jumeaux et leur père *biologique*. <http://conflictoflaws.net/2010/belgian-court-recognizes-californian-surrogacy/>.

<sup>1261</sup> I. THERY, Rapp. *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, 2014.

déroulement de la procédure. Aussi, si l'adoption d'un instrument international serait idéale, mais peut être utopique, le droit interne doit prendre la relève en adoptant une législation qui encadre rigoureusement les accords de maternité pour autrui et qui envisagerait le statut de l'enfant en cas d'échec. Ainsi, à défaut de l'élaboration d'un instrument contraignant qui déterminerait la loi du domicile comme la loi compétente, les accords de maternité pour autrui doivent être restreints aux personnes résidentes en France.

580. Cette solution est déjà appliquée au Royaume-Uni. Si l'on transpose ce qui se fait en droit anglais au droit français, les contrats ne pourraient être conclus que par des personnes résidentes en France. Tout contrat conclut avec un étranger ne serait pas valable et la filiation ne serait pas reconnue en France. Ceci permettrait à la France de lutter contre les dérives des accords de maternité pour autrui pratiqués dans certains pays, tout en permettant à ses nationaux d'avoir recours à la pratique.

Les problèmes de reconnaissance seraient alors évités puisque les contrats seraient franco-français. À la naissance de l'enfant, la filiation serait alors systématiquement reconnue à l'égard des parents adoptifs.

581. Une telle solution pose néanmoins le problème de l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité en droit communautaire<sup>1262</sup>. Selon ce principe la règle d'égalité de traitement interdit les discriminations ostensibles, directement fondées sur la nationalité, ainsi que toutes les formes dissimulées ou indirectes de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent au même résultat<sup>1263</sup>, quelle qu'en soit la nature ou la gravité<sup>1264</sup>. Il importe, en somme, d'éliminer les mesures qui imposent à un ressortissant d'un autre État membre un traitement plus rigoureux ou le placent dans une situation de droit ou de fait désavantageuse par rapport à celle faite dans les mêmes circonstances à un national<sup>1265</sup>. Dans l'affaire *Hochstrass* le juge communautaire avait estimé que le principe exprimé à

---

<sup>1262</sup> P. MORVAN, *Rép. Drt européen*, V. Travailleurs (régime), n°82-83.

<sup>1263</sup> CJCE, 16 févr. 1978, *Commission c/Irlande*, aff. 61/77, *Rec.* 417, appliquant l'ex-art. 7 du Traité ; 7 juin 1988, *Roviello c/Landesversicherungsanstalt Schwaben*, aff. 20/85, *Rec.* 2805, *Dr. soc.* 1989.425, obs. X. PRETOT.

<sup>1264</sup> CJCE, 4 avr. 1974, *Commission c/France [marins français]*, aff. 167/73, *Rec.* 359, *D.* 1974.717, note B. PACTEAU, *JCP* 1974.II.17863, note D. RUZIE

<sup>1265</sup> CJCE, 28 mars 1979, *La Reine c/Saunders*, aff. 175/78, *Rec.* 1129 ; 13 déc. 1984, *Haug-Adrion c/Frankfurter Versicherungs-AG*, aff. 251/83, *Rec.* 4277, appliquant l'ex-art. 7 du Traité

l'article 6 du Traité (art. 12 nouveau) « veut que les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée »<sup>1266</sup>.

Cette légalisation fondée sur la résidence des parties permettrait d'une part d'éviter une nouvelle sanction de la Cour européenne des Droits de l'Homme, mais aussi une sanction de la Cour de justice de l'Union européenne.

582. Le critère de résidence permettrait par exemple aux Britanniques vivant en France de recourir à une mère porteuse. Quand aux Français résidants à l'étranger leur seule nationalité Française ne leur permettrait pas d'avoir recours à la pratique, ils devront se plier à la législation de l'État dans lequel ils sont domiciliés. Si cette solution paraît radicale et peut-être injuste à l'égard des Français établis à l'étranger, elle semble pourtant la seule en mesure d'éviter les problèmes de reconnaissance et donc liés au statut de l'enfant ainsi que ceux de conflits de lois.

La légalisation de la maternité pour autrui semble désormais inévitable. En effet, si cette pratique est indéniablement critiquable, sa légalisation semble dorénavant l'unique solution pour limiter ses dérives et assurer un statut juridique pérenne à l'enfant.

---

<sup>1266</sup> CJCE, 16 oct. 1980, *Hochstrass c/Cour de justice*, aff. 147/79, *Rec.* 3005

## **CONCLUSION DE SECTION 2**

583. Les accords de maternité pour autrui reposent sur la volonté des parties. Ainsi, tout comme dans un contrat classique les parties risquent de ne pas exécuter leur part de l'accord ou le faire de manière partielle. Dans ce type de convention, cela se matérialise par le refus de la mère porteuse de confier l'enfant, ou pour les parents intentionnels de ne pas vouloir prendre l'enfant. Les conséquences de ces inexécutions seront fonction de l'importance laissée par la législation à la volonté des parties.

Aux États-Unis, les États les plus libéraux laissent aux parties le soin de prévoir au contrat les hypothèses de rétractation et de révocation du consentement, ce qui témoigne de la grande importance laissée à la volonté des parties. Au Royaume-Uni ou dans d'autres États des États-Unis tels que le Minnesota, en revanche la loi prévoit ce cas de figure et prend en compte l'intérêt de l'enfant rendant ses décisions au cas par cas.

584. Finalement, encadrer la volonté des parties passe par la légalisation des mères porteuses. Son interdiction pure et simple ne semble pas la solution la plus adaptée et permet au contraire qu'un système parallèle sur lequel le droit n'a aucune emprise de prospérer. La légalisation encadrée, même si elle ne satisfera pas les opposants à la pratique semble peut-être la solution afin d'avoir un contrôle de cette pratique en la limitant, par exemple, aux frontières françaises sous peine de ne pas reconnaître la filiation.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

585. L'échec de la filiation élective est l'une des conséquences de l'autonomie de la volonté.

En France, le droit encadre donc strictement la rétractation ou la révocation de l'adoption, l'interdisant même pour l'adoption plénière ce qui ne règle pas les problèmes liés à l'échec. En effet, l'adoption simple n'est révocable que pour motifs graves, tandis que l'adoption plénière est irrévocable avec peu d'alternatives pour mettre fin à la filiation lorsque celle-ci est un échec.

Le droit international reste muet en la matière, ne prévoyant des solutions que pour la rétractation du consentement. Les États assimilent donc l'adoption à la forme que leur droit prévoit et appliquent leurs règles de droit interne.

586. En matière de mère porteuse, les législations sont en revanche très diverses, et selon les États les parties peuvent bénéficier d'une grande liberté. Deux situations sont notables, l'une où les contractants sont libres de prévoir toutes les modalités du contrat ainsi que la procédure en cas de révocation du consentement de l'une des parties. L'autre où l'État, à l'instar de la législation en matière d'adoption, encadre rigoureusement la pratique et où tout échec relève de la compétence des juridictions nationales.

587. En France, si le principe est l'interdiction de la pratique il n'empêche en rien la mise en place de réseaux clandestins. Or en l'absence de convention internationale permettant de protéger les États qui ne souhaitent pas légaliser ce type d'accords, la solution, qui paraît paradoxale, serait de légaliser la pratique des mères porteuses pour l'encadrer. Une telle législation permettrait au droit français de fixer les limites qu'elle ne souhaite pas voir franchies. En effet, l'autorisation de la pratique selon des conditions strictes aiderait à la coexistence entre volonté des parents intentionnels et principes protégés par l'ordre public français.

## CONCLUSION DE TITRE 2

588. L'échec des filiations électives doit être pris en compte et anticipé par les législations. Ainsi que l'échec soit le résultat d'un refus d'opposabilité de la filiation ou d'un échec de la relation familiale en elle-même, eu égard aux conséquences qu'il peut avoir sur le statut de l'enfant il est important que le droit l'envisage. Le retour en France de la famille est parfois compliqué. Si la filiation n'a pas besoin d'être soumise à un contrôle en opposabilité, puisqu'elle bénéficie d'une reconnaissance *de plano*, cette présomption ne suffira pas à faire produire à la filiation tous les effets de droit qui lui sont normalement attachés. Ainsi l'adoption internationale doit être soumise à une procédure *d'exequatur*, tandis que l'acte de naissance établi dans le cadre d'une maternité pour autrui doit faire l'objet d'un contrôle de régularité par les juges Français. Le refus de reconnaître la filiation en droit français entraîne de nombreuses conséquences sur le statut de l'enfant.

Ainsi, des solutions sont prévues en droit français en cas d'échec de l'adoption simple. En ce qui concerne l'adoption plénière, elle est irrévocable. Le droit français permet malgré tout à titre très exceptionnel que soit prononcée une nouvelle adoption simple de l'enfant. Dans le cadre de la maternité pour autrui, puisqu'elle est interdite aucune mesure n'existe afin d'assurer un statut à l'enfant. Ainsi, pour cette raison, mais aussi et peut-être surtout parce que l'interdiction de la pratique n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle n'empêche pas la conclusion d'accords de maternité pour autrui par des couples Français, une éventuelle légalisation doit être étudiée. Légaliser pour mieux encadrer et garder un contrôle sur la pratique des mères porteuses peut s'envisager mais seulement si l'on restreint le recours à la pratique aux résidents Français comme le fait par exemple le Royaume-Uni. Le droit français pourrait donc, tout en s'assurant du respect des droits des parties, éviterait ainsi le problème du statut de l'enfant en cas de refus de reconnaissance.

## CONCLUSION DE PARTIE II

589. L'internationalisation des filiations électives soulève le problème du cadre juridique dans lequel elles doivent évoluer. Ce cadre juridique n'est possible qu'avec la qualification de l'adoption et des accords de maternité pour autrui en droit international privé.

Pour l'adoption le cadre juridique est celui de la Convention de La Haye de 1993. Adoptée afin de mettre un terme aux abus dont souffrait la pratique, la Convention met en place une coopération interétatique avec l'adoption de règles matérielles de fond et la mise en place d'autorités centrales ainsi que d'organismes autorisés. La Convention ne prévoit aucune règle de conflits de lois ou de juridictions et c'est sans aucun doute l'une des raisons de son succès. En effet, la Convention laisse une grande marge de manœuvre aux États.

Il semble qu'une telle marge de manœuvre ne puisse être appliquée aux accords de maternité pour autrui. En effet, contrairement à l'adoption qui ne repose que sur une logique de droit de la famille, les accords de maternité pour autrui sont des contrats de service. Cet aspect contractuel requiert la mise en place de règles de conflits de lois mais aussi de conflits de juridictions. En effet, si certains États laissent la possibilité aux parties de recourir à l'arbitrage ou d'insérer des clauses attributives de juridiction dans les contrats, il semble que seules les juridictions étatiques devraient être compétentes, eu égard à l'aspect familial de la pratique. L'instrument international devrait être contraignant et se fonder sur le statut personnel des contractants permettant ainsi d'opter pour le lieu de résidence des parties. Cette approche serait respectueuse des droits nationaux et limiteraient les problèmes de reconnaissance tels que la France en connaît depuis quelques années.

590. En effet, de retour en France la situation familiale est souvent compliquée. Les parents vont souhaiter faire reconnaître la filiation étrangère en demandant son opposabilité. En matière d'adoption le problème se pose principalement dans le cas de la *Kafala* que les juges français refusent de reconnaître comme une adoption. La Cour européenne des Droits de l'Homme s'est d'ailleurs prononcée dans l'arrêt *Harroudj* en

confirmant la position du droit français dans la mesure où le refus *d'exequatur* n'empêchait en rien une vie de famille *de facto*.

En ce qui concerne la maternité pour autrui, avant que la Cour de cassation n'opère un revirement de jurisprudence reconnaissant la filiation de l'enfant à l'égard du parent qui a donné son matériel génétique -c'est à dire le père, puisque la loi prévoit que la femme qui accouche est la mère ce qui exclut la reconnaissance de la filiation à l'égard de la mère d'intention-, les parents intentionnels se heurtaient au refus des juridictions françaises de reconnaître la filiation. Les juges ont pendant longtemps estimé que l'opposabilité de l'acte de naissance étranger ne pouvait être accordée pour contrariété à l'ordre public international, avant de se fonder sur la fraude à la loi. Ce changement de fondement a soulevé de nombreuses questions quant aux conséquences qu'il emportait sur le statut de l'enfant. L'échec de la filiation soulève donc la question du statut de l'enfant.

Si le droit interne a prévu des mesures afin d'envisager le statut de l'enfant en cas d'échec de l'adoption, dans la mesure où la maternité pour autrui n'est pas autorisée les enfants issus de ces contrats ne peuvent s'appuyer que sur leur filiation reconnue à l'étranger. Pour l'adoption le droit français a prévu une possible révocation pour motifs graves dans le cadre de l'adoption simple, mais déclarée l'adoption plénière irrévocable. Cette irrévocabilité s'explique par la différence des enjeux de ces adoptions. Dans la mesure où les accords de maternité pour autrui sont interdits l'enfant n'a aucun statut. Or, on peut se demander si l'interdiction pure et simple de la pratique est une solution acceptable. Bien que le recours aux mères porteuses soit une pratique des plus contestable qui n'entraîne qu'une instrumentalisation du corps humain son interdiction n'empêche pas certains Français d'y recourir. Si les juridictions ont jusqu'à présent maintenu l'interdiction, la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme nécessite de s'interroger sur une éventuelle légalisation de la pratique. Cette légalisation permettrait d'encadrer la pratique et de la restreindre aux frontières françaises en ne l'ouvrant qu'aux résidents Français. Calqué sur ce qui se fait déjà au Royaume-Uni ou dans certains États des États-Unis, cet encadrement juridique du recours aux mères porteuses permettrait d'éviter les conflits de reconnaissance.

# CONCLUSION GENERALE

591. Favorisée par un contexte de mondialisation qui permet de se rendre à l'étranger pour obtenir ce que le droit interne refuse, la volonté des parents dans le cadre des filiations électives tend à prendre de plus en plus de place. Cette avancée de l'autonomie se traduit notamment par un phénomène de contractualisation de l'adoption et de la maternité pour autrui. Des couples français se trouvent donc parties dans des accords que leur droit national ne connaît pas. Le droit doit donc prendre en compte ses relations en les qualifiant et par la mise en place d'un cadre juridique international ou à défaut de droit interne.

592. La qualification juridique des accords liant les parents électifs permet d'envisager leur encadrement juridique. En effet, la détermination de l'objet du contrat ainsi que sa nature permettent d'envisager la mise en place d'un instrument de réglementation internationale. Si en matière d'adoption internationale la Conférence de La Haye a opté pour la coopération interétatique dans la mesure où l'adoption est fondée sur le droit de la famille, l'ambivalence des accords de maternité pour autrui nécessite l'adoption d'un instrument qui prend en compte l'aspect contractuel et familiale de la pratique. S'il semble que la mise en place d'une seule coopération à l'instar de ce que si fait pour l'adoption internationale soit insatisfaisante. La solution serait l'adoption d'un instrument international contraignant qui mettrait en place des règles de conflits de lois et de juridictions fondées sur le statut personnel. La finalité familiale de la maternité pour autrui doit primer sur sa forme contractuelle. En outre, le choix du statut personnel permettrait d'opter pour la loi de résidence du défendeur respectant par la même la législation du pays d'accueil. L'adoption d'une telle convention internationale, en plus d'encadrer les obligations de chacune des parties, permettrait de maintenir l'hétérogénéité des législations internes dont le jeu de compétence serait organisé par les règles de conflits de lois. Il n'y aurait plus de problèmes de reconnaissance de la filiation établis à l'étranger.

En effet, de retour en France les parents sont confrontés à de nombreuses raisons d'échec de la filiation dont le refus de reconnaissance de la filiation par les juges français.

Alors que la France a été condamnée partiellement par la Cour européenne des Droits de l'Homme qui l'invite à reconnaître au minimum la filiation du père d'intention qui est également le père biologique, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence sur le fondement des articles 47 du Code civil et 8 de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui autorise la transcription de l'acte de naissance au registre de l'état civil de l'enfant issu d'une maternité pour autrui. Toutefois, seule la filiation a l'égard du père géniteur est reconnue, la mère légale étant la femme qui accouche.

Avant ce revirement, le fondement de la Cour de cassation pour justifier le refus de reconnaissance soulevait de nombreux problèmes quant au statut de l'enfant. Si en matière de *Kafala* la Cour européenne des Droits de l'Homme avait confirmé la position française et fait primer la vie de famille *de facto*, les conséquences de la fraude à la loi sur la filiation soulevaient la question du statut de l'enfant à qui les juges français ne reconnaissaient pas de filiation. Cette question du statut ne concernait pas que la maternité pour autrui et se pose également pour l'adopté simplement dont l'adoption vient d'être révoquée, mais aussi pour l'adopté plénièrement dont le lien de filiation à l'égard des adoptants est irrévocable. Il semble que le choix de maintenir la filiation adoptive même si elle est un échec ne soit pas la bonne solution, peut-être faudrait-il permettre à l'adoption plénière comme cela se fait pour l'adoption simple la possibilité de révoquer l'adoption pour motifs graves souverainement appréciés par le juge et faciliter les conditions de remplacement de cet enfant avec par exemple le recours à une nouvelle adoption qui n'efface par pour autant la filiation issue de l'adoption plénière. Ainsi, si le droit français envisage le statut de l'enfant dont la filiation adoptive a échoué, cette solution nous semble peut être inadaptée, dans le cadre de l'adoption plénière en tout cas, à l'intérêt de l'enfant.

593. L'autonomie de la volonté dans les filiations électives pose le problème de l'intérêt de l'enfant. Cette notion de plus en plus utilisée abusivement prend pourtant ici tout son sens. Le fait que les parents électifs outrepassent les limites imposées par le droit entraîne le plus souvent des conséquences pour l'enfant. Le droit français doit donc assurer un statut à l'enfant dont la filiation a échoué. Et s'il est un domaine où le droit interne doit pallier à l'absence de position internationale c'est dans le cadre de la maternité pour autrui. Ainsi, à défaut de l'adoption d'un instrument international le droit interne doit assurer un statut à l'enfant dont la filiation n'est pas reconnue et c'est peut-être paradoxalement en légalisant la pratique de la maternité pour autrui. Si cette

législation obligerait le droit français à revenir sur quelques un de ses principes, comme par exemple *mater semper certa est* ou l'indisponibilité du corps humain ou de l'état des personnes. Une telle solution aurait l'avantage de permettre la reconnaissance des filiations tout en encadrant strictement la pratique. Il semble en effet que la seule reconnaissance automatique de la filiation préconisée par une partie de la doctrine ne soit pas suffisante, il est impératif que le droit français s'il légalise la pratique de la maternité pour autrui s'assure du respect de certaines conditions comme la par exemple la gratuité du contrat. Le respect de ces conditions serait favorisé par la mise en place d'une limitation de ces accords de maternité pour autrui aux seuls résidents français.



# **ANNEXES**



# ANNEXE 1

**Extrait de contrat de maternité pour autrui:  
Le consentement des parties au contrat de maternité pour autrui  
(p. 182)**

“SECTION II - REPRESENTATIONS

Genetic Father and Intended Mother represent that they are a married couple, each over the age of eighteen years, who desire to enter into this Agreement. Genetic Father further represents that, to the best of his knowledge, he is capable of producing semen of sufficient nature for in vitro fertilization and subsequent embryo transfer into Surrogate.

The Surrogate represents that she is married at this time, and desires, along with her husband, to enter into this Agreement.

The Surrogate represents that she is over the age of eighteen years, and that she desires to enter into this Agreement for the reasons stated above, and not for herself or her husband to become the parent of any Child(ren) conceived by Genetic Father and a designated Egg Donor (not a party to this Agreement). The Surrogate further represents that she has made an informed decision to enter into this Agreement. Said decision has been made after careful consideration and counseling with respect to all aspects of each issue involved in this Agreement. The Surrogate further represents that she enters into this Agreement voluntarily, and in the absence of economic or emotional duress of any kind, and that she enters into this Agreement of her own free will.

The Surrogate further believes that she is capable of conceiving and carrying normal healthy children to term, but agrees that neither she nor her husband is desirous of forming and will not form or attempt to form a parent-child relationship with any Child(ren) she may bear pursuant to the provisions of this Agreement, and that they shall freely and readily, in conformance with applicable statutory regulations, terminate all parental rights to said Child(ren) pursuant to this Agreement.

The objective of this Agreement is for the Surrogate to carry and deliver the biological Child(ren) of the Genetic Father. This objective will be accomplished through medical procedures using assisted reproductive technology. Specifically, these procedures included the retrieval of an ovum(s) from a designated Egg Donor (not a party to this Agreement), in vitro fertilization of the ovum(s) with Genetic Father's sperm, and future implantation of the embryo(s) into the Surrogate.

At birth, the Surrogate and Surrogate's Husband will relinquish the Child(ren) to the Genetic Father and Intended Mother, and the Genetic Father and Intended Mother will assume all parental rights and responsibilities for the Child(ren) from that time forward. Genetic Father acknowledges paternity of the Child(ren) to be conceived and agrees to have his name listed on the Child(>s)(rens) birth certificate(s). Surrogate will comply with all legal actions necessary to have the Intended Mother's name placed on the birth certificate.

Following, and to the extent requested before the birth of the Child(ren), the Parties will each sign documents and do whatever acts are necessary to fulfill the intent of the Parties, and to make the Genetic Father and Intended Mother the actual and legal parents of the Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband represent that they will freely, readily, and within a reasonable period of time after the execution of this Agreement and after the birth of the Child(ren) effectuate the intent of this Agreement, and take all necessary legal actions to permanently terminate any parental rights to the Child(ren) pursuant to this Agreement, and to assist in effecting the objective and intent of this Agreement and ensure the custodial placement of the Child(ren) with the Genetic Father and Intended Mother. The Surrogate and Surrogate's Husband will enter into any Consent Agreements with respect to Genetic Father's and Intended Mother's custody and parentage of the Child(ren).

The Surrogate and Surrogate's Husband represent that they believe the Child(ren) conceived pursuant to this Agreement is morally and contractually that of the Genetic Father and Intended Mother, and should be raised by the Genetic Father and Intended Mother without any interference by the Surrogate and/or Surrogate's Husband and without any retention or assertion by them of any parental rights. The Surrogate and Surrogate's Husband agree that as soon as is medically possible, institute or participate in proceedings in the State of Ohio or other jurisdiction required to terminate their

respective putative parental rights. Subsequent to the birth of the Child(ren), all Parties agree to voluntarily participate in any blood testing necessary to conclusively legally determine the paternity of the Child(ren), as ordered by a court or requested by either Party.

Genetic Father and Intended Mother have employed the services of \*Agency's Name\* to assist them in the egg donation aspect of this Agreement. It is understood that \*Agency's Name\* is not a party to this Agreement.

As it relates to the provisions of this Agreement, Genetic Father and Intended Mother agree to indemnify, defend and hold harmless the Surrogate and Surrogate's Husband from and against any and all causes of action, suits, claims, losses, damages, costs and expenses (including, without limitation, attorney fees, court costs and litigation expenses) suffered or incurred by either Surrogate or Surrogate's Husband as a result of or in connection with the participation, involvement or activities of either \*Agency's Name\* (not a party to this Agreement) or the designated Egg Donor (not a party to this Agreement)".

# ANNEXE 2

## **Extrait de contrat de maternité pour autrui:**

### **L'aspect financier du contrat**

**(p. 184)**

“ This Agreement provides for certain actual and reasonable expenses to be paid on behalf of the Surrogate and Genetic Father and Intended Mother. Such payments are not in any way to be construed as payment for the Child(ren). Such actual and reasonable expenses are as follows:

Surrogate's Living and Medical Expenses B Responsibility of Genetic Father and Intended Mother

#### **1. Surrogate's Living Expenses:**

(a) Genetic Father and Intended Mother shall pay for certain Living Expenses of the Surrogate subsequent to the confirmation of pregnancy with a positive HCG TEST performed by a medical doctor and before the birth of the Child(ren) and for no more than four (4) weeks after the birth of the Child(ren). Examples include, but are not limited to, housing, automobile, related insurances for housing and automobile, real estate taxes and maternity clothing.

(i) Except for in the case of multiple births, the total Living Expenses under this Agreement shall not exceed (\$\_\_\_\_\_) or (\$\_\_\_\_\_) per any one month for ten (10) months or for each month the Surrogate remains pregnant, whichever period is shorter (except if otherwise provided for in Section VI). Furthermore, monthly total Living Expenses shall not exceed the following:

(a) \$0.X per mile for any/all surrogacy related expenses

(b) maternity clothing, meals and life insurance First payment is due five (5) days following confirmation of pregnancy with a positive BETA TEST performed by a medical doctor. Subsequent payments are due on the monthly anniversary thereafter as long as the fetus(es) remains viable.

(ii) In the case of a multiple birth, the total Living Expenses in (i) above shall be revised not to exceed (\$\_\_\_\_\_) or (\$\_\_\_\_\_) per any one month for ten (10) months

or for each month the Surrogate remains pregnant, whichever period is shorter (except if otherwise provided for in Section VI). In the event of more than one multiple birth, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional \_\_\_\_\_ (\$X) per multiple birth.

(iii) The sum of \_\_\_\_\_ Dollars (\$X) per IVF/embryo transfer attempt, including mock cycles, for travel, and \$X per hour for child care (if any) to be paid within five (5) days of embryo transfer.

(iv) In the event the Surrogate's Husband incurs lost wages as a result of the IVF, the total Living Expenses in (i) and (ii) shall be increased prorata at a rate of \$\_\_\_\_\_ per day.

(v) In the event the Surrogate's treating physician or obstetrician orders bed rest or other contingencies for Surrogate in connection with the pregnancy and birth of the Child(ren), the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional One Hundred Dollars (\$\_\_\_\_\_) per week of bed rest or other contingencies. Such amount are payable during each week of bed rest or other contingencies and shall not be assessed more than four (4) weeks after birth of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after cesarean section delivery.

(vi) In the event the Surrogate undergoes a Cesarean Section delivery, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased prorata in the aggregate up to an additional \_\_\_\_\_ (\$X).

(vii) In the event the Surrogate undergoes an invasive procedure, including but not limited to, an amniocentesis, D&C, cerclage, or loss of reproductive organs, the total Living Expenses in (i) and (ii) above shall be increased an additional \_\_\_\_\_ (\$X) per invasive procedure.

(viii) Surrogate shall be reimbursed for childcare expenses at a rate of \$7 per hour for medical appointments related to the IVF procedure and any resulting pregnancy. Payment to be made with monthly payment.

## **2. Surrogate's Medical Expenses :**

(a) All medical, pharmaceutical, hospital, laboratory and therapy expenses incurred during, or resulting from complications arising from embryo transfer, that are not payable under Surrogate's health insurance policy shall be paid by Genetic Father and Intended Mother. Said expenses shall not be assessed more than four (4) weeks after birth

of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after a cesarean section delivery.

(b) All medical, pharmaceutical, hospital, laboratory and therapy expenses associated with any testing done at the request of the treating physician or Surrogate's OB/GYN that are not payable under Surrogate's health insurance policy shall be paid by Genetic Father and Intended Mother. Said expenses shall not be assessed more than four (4) weeks after birth of the Child(ren) by vaginal delivery, and not more than six (6) weeks after a cesarean section delivery.

(c) The costs and fees of medical service providers for paternity testing pursuant to above referenced language in this Agreement shall be paid by Genetic Father and Intended Mother.

All of the Surrogate's Living Expenses and the Surrogate's Medical Expenses to be paid by the Genetic Father and Intended Mother must be supported by a receipt. The Parties agree that this Agreement takes into consideration all time to be spent, pain and suffering, personal discomfort and other personal inconveniences and costs to be incurred by Surrogate in performance of all the terms and obligations set forth in this Agreement.

# ANNEXE 3

## **Extrait de contrat de maternité pour autrui:**

### **La police d'assurance contractée au bénéfice de la mère porteuse**

**(p. 184)**

“Health

At the time the Surrogate executes this Agreement, Surrogate represents that she has in force a valid health insurance policy. The policy is expected to pay a significant portion of all medical bills relating to pregnancy, pregnancy-related complications, labor and delivery, and hospitalization, with the exception of the IVF procedure. The Surrogate shall provide to Genetic Father and Intended Mother written documents proving that such health insurance policy is in full force and effect. Further, the Surrogate agrees to notify the Genetic Father and Intended Mother of any change in her health insurance status in sufficient time to make alternative arrangements. The Surrogate shall submit all medical bills related to any resulting pregnancy to her insurance company, as well as provide copies of any rejected claims to Genetic Father and Intended Mother and contest rejections if warranted. Genetic Father and Intended Mother shall be responsible for all of Surrogate's medical expenses that are related to the embryo transfer procedure and/or pregnancy that are uninsured, having followed all agreements stated in the forgoing paragraphs in this Section. Surrogate agrees to submit a copy of her present medical insurance policy to Genetic Father and Intended Mother prior to any tests or prior to incurring any expenses or payment of funds pursuant to this Agreement, or prior to any attempted compliance with the intent and/or objective of this Agreement. The Surrogate represents that she has medical coverage, which includes complete pregnancy care and delivery, and provisions for payment of a Cesarean Section delivery, if required. The Surrogate makes no warranty that her medical insurance will pay any or all costs associated with the pregnancy contemplated by this Agreement, and the Genetic Father and Intended Mother agree to make all payments in the event that the Surrogate's medical insurance does not pay her medical expenses, unless non-payment is the result of the Surrogate's negligence, such as the failure to submit expenses to the insurance company

for reimbursement. Should the Surrogate, due to unforeseeable circumstances, risk losing her medical insurance, she shall immediately notify Genetic Father and Intended Mother so that provisions can be made to address the options of converting the policy to COBRA coverage so that the Surrogate will not suffer loss of medical coverage. Should the Surrogate have to convert her policy, the cost of said policy shall be paid by the Genetic Father and Intended Mother.

The foregoing paragraphs shall not apply to an abortion in violation of this Agreement, or a miscarriage which is the result of the Surrogate's negligence or breach of this Agreement.

Life

The Intended Mother and Genetic Father shall pay the costs of term life insurance on behalf of the Surrogate. Benefits shall be in the amount of \_\_\_\_\_ (\$X) dollars. \_\_\_\_\_ (\$X) dollars of said amount shall be directed toward a beneficiary of the Surrogate's choice and the Intended Parents shall be the beneficiary of the remaining \_\_\_\_\_ (\$X) dollars. Evidence of said insurance and the premiums due shall be furnished to the Genetic Father and Intended Mother ”.

# ANNEXE 4

## Extrait de contrat:

### *Open adoption plan and agreement*

(p. 198)

« This Agreement regarding \_\_\_\_ (“Child”) born on \_\_\_\_\_, is made between the following parties: \_\_\_\_ (“Birth Mother”); \_\_\_\_ (“Birth Father”); \_\_\_\_ (“Adoptive Father”); and \_\_\_\_\_ (“Adoptive Mother”).

#### **RECITALS**

No party is signing this Agreement in exchange for giving up parental rights to the child, or in exchange for receiving consent to the adoption from either parent. Each party is entering into this Agreement with the intent to abide by its terms to the extent that this serves the best interests of the Child.

#### **AGREEMENT**

1.0 IDENTIFYING INFORMATION: The parties agree to keep their current names, addresses, email addresses, and telephone numbers on file with Family Connections Christian Adoptions (“FCCA”), 1120 Tully Road, Modesto, California 95350; telephone: 209-524-8844.

2.0 COMMUNICATION: The parties agree to maintain the following communication while the Child is a minor:

2.1 Each party shall keep the Agency informed of current addresses, email addresses, and phone numbers, as specified in Paragraph 1.0. All letters and pictures mentioned below shall be exchanged through the Agency. All visitation mentioned below shall be arranged through the Agency.

2.2 Adoptive Parents agree to provide Birth Parents with letters and pictures of the Child \_\_\_times per year, per the following schedule: one letter with \_\_\_\_ pictures within \_\_\_ after the Child’s birthday; one letter with \_\_\_\_\_ pictures during the month of \_\_\_\_\_ of every year; and one letter with \_\_\_\_\_ pictures, during the month of \_\_\_ of every year.

2.3 Adoptive Parents agree to accept letters and pictures from the Birth Parents if the Birth Parents choose to send them through the Agency.

2.4 All parties agree to inform Agency (and each other) of significant events occurring in their lives (e.g., marriage, divorce, death, etc.)

3.0 VISITATION: Adoptive Parents agree to the following visitation between the Birth Parents and the Child in a neutral, public setting, unless there is a private setting agreed upon by all parties:

During the first \_\_\_\_\_ of the Child's life, Birth Parents shall have the right to visit the Child in the presence of the Adoptive Parents at a minimum of \_\_\_\_\_ times per calendar year. \_\_\_\_\_ visitations shall occur in the vicinity of Adoptive Parents' residence, and \_\_\_\_\_ shall occur within the Birth Parent's county of residence. Each year, Birth Parents

must complete \_\_\_\_\_ visits in the vicinity of Adoptive Parents' home before Adoptive Parents are required to bring the Child to the county of residence of the Birth Parents. If either Birth Parent moves outside of California, then the Adoptive Parents shall choose a mutually convenient location for the visit that would have occurred in the Birth Parents' county of residence. Each party shall bear his or her own travel expenses related to the visitations. The parties shall arrange such visitation in good faith, including the provision of reasonable notice to arrange the visitations. Each visit shall last for a minimum of \_\_\_\_\_, unless terminated earlier by mutual agreement. Adoptive Parents shall also have the right to terminate any visit if either Birth Parent is intoxicated, is under the influence of illegal drugs, or becomes verbally abusive or inappropriate.

4.0 GUARDIAN FOR CHILD: Adoptive Parents agree to nominate a guardian in their wills, with the requirement that the guardian abide by the terms of this Agreement in the event that both Adoptive Parents die or become incapacitated.

5.0 INVALIDATION: If either Birth Parent assumes an adversarial relationship with the Adoptive Parents (except for enforcement of this Agreement), or if s/he is convicted of any serious misdemeanor or felony, or if s/he fails to exercise his/her visitation rights during any period of twelve consecutive months, or if s/he appears at a visitation under the influence of drugs or alcohol, then Adoptive Parents will no longer be obligated to fulfill the terms of this Agreement as to that Birth Parent. In addition, all parties understand that if the Child suffers emotional harm from the visitation plan, as determined by the Child's treating therapist, that Adoptive Parents shall have the right to

limit visitations as necessary in the best interests of the Child, until such time as the Child is able resume visits without emotional harm.

6.0 ENFORCEMENT: If any action is required to enforce any provision of this Agreement, the prevailing party shall be entitled to recover from the other party, in addition to costs and disbursements, all reasonable attorney fees.

7.0 MISCELLANEOUS: This Agreement shall become binding upon the date signed by all parties. The parties understand that they may make informal alterations to this Agreement by mutual agreement, but that this Agreement cannot be modified except in writing by all parties. If any part of this Agreement is found to be unenforceable, the remainder of the Agreement shall remain in effect and shall remain binding on all parties.

**EXECUTION**

DATED: \_\_\_\_\_ Birth Father

DATED: \_\_\_\_\_ Birth Mother

DATED: \_\_\_\_\_ Adoptive Father

DATED: \_\_\_\_\_ Adoptive

Mother ».

# ANNEXE 5

## **Extrait de contrat de maternité pour autrui:**

### *In re Baby M*

(p. 207)

“4. That the consideration for this Agreement, which is compensation for services and expenses, and in no way is to be construed as a fee for termination of parental rights or a payment in exchange for a consent to surrender the child for adoption, in addition to other provisions contained herein, shall be as follows:

(A) \$ 10,000 shall be paid to MARY BETH WHITEHEAD, Surrogate, upon surrender of custody to WILLIAM STERN, the natural and biological father of the child born pursuant to the provisions of this Agreement for surrogate services and expenses in carrying out her obligations under this Agreement;

(B) The consideration to be paid to MARY BETH WHITEHEAD, Surrogate, shall be deposited with the Infertility Center of New York (hereinafter ICNY), the representative of WILLIAM STERN, at the time of the signing of this Agreement, and held in escrow until completion of the duties and obligations of MARY BETH WHITEHEAD, Surrogate, (see Exhibit “A” for a copy of the Escrow Agreement), as herein described.

(C) WILLIAM STERN, Natural Father, shall pay the expenses incurred by MARY BETH WHITEHEAD, Surrogate, pursuant to her pregnancy, more specifically defined as follows:

(1) All medical, hospitalization, and pharmaceutical, laboratory and therapy expenses incurred as a result of MARY BETH WHITEHEAD’S pregnancy, not covered or allowed by her present health and major medical insurance, including all extraordinary medical expenses and all reasonable expenses for treatment of any emotional or mental conditions or problems related to said pregnancy, but in no case shall any such expenses be paid or reimbursed after a period of six (6) months have elapsed since the date of the termination of the pregnancy, and this Agreement specifically excludes any expenses for lost wages or other non-itemized incidentals (see Exhibit “B”) related to said pregnancy.

(2) WILLIAM STERN, Natural Father, shall not be responsible for any latent medical expenses occurring six (6) weeks subsequent to the birth of the child, unless the medical problem or abnormality incident thereto was known and treated by a physician prior to the expiration of said six (6) week period and in written notice of the same sent to ICNY, as representative of WILLIAM STERN by certified mail, return receipt requested, advising of this treatment.

(3) WILLIAM STERN, Natural Father, shall be responsible for the total costs of all paternity testing. Such paternity testing may, at the option of WILLIAM STERN, Natural Father, be required prior to release of the surrogate fee from escrow. In the event WILLIAM STERN, Natural Father, is conclusively determined not to be the biological father of the child as a result of an HLA test, this Agreement will be deemed breached and MARY BETH WHITEHEAD, Surrogate, shall not be entitled to any fee. WILLIAM STERN, Natural Father, shall be entitled to reimbursement of all medical and related expenses from MARY BETH WHITEHEAD, Surrogate, and RICHARD WHITEHEAD, her husband.

(4) MARY BETH WHITEHEAD'S reasonable travel expenses incurred at the request of WILLIAM STERN, pursuant to this Agreement ”.

“ 10. In the event that the child is miscarried prior to the fifth (5th) month of pregnancy, no compensation, as enumerated in paragraph 4(A), shall be paid to MARY BETH WHITEHEAD, Surrogate. However, the expenses enumerated in paragraph 4(C) shall be paid or reimbursed to MARY BETH WHITEHEAD, Surrogate. In the event the child is miscarried, dies or is stillborn subsequent to the fourth (4th) month of pregnancy and said child does not survive, the Surrogate shall receive \$ 1,000.00 in lieu of the compensation enumerated in paragraph 4(A). In the event of a miscarriage or stillbirth as described above, this Agreement shall terminate and neither MARY BETH WHITEHEAD, Surrogate, nor WILLIAM STERN, Natural Father, shall be under any further obligation under this Agreement ”.

# ANNEXE 6

**Extrait de contrat de maternité de substitution:  
L'obligation d'un suivi médical pour la mère porteuse  
(p. 232)**

“ a. The Surrogate agrees to comply with all medical instructions given to her by the Treating Physician and/or her obstetrician and/or any treating perinatologist, including any abstinence from sexual intercourse for certain periods and further testing which either the Treating Physician or her obstetrician may deem necessary. The Surrogate further agrees that she will not engage, and has not engaged, in any activity in which there is a possibility of semen being introduced into her body such that the possibility of a pregnancy other than that contemplated by this Agreement may occur. All Parties agree that from the time of the first medical examination pursuant to Paragraph 5c, above, through to the time of delivery of the Child, or such further time as directed by the Treating Physician, they have abstained and will continue to abstain from sexual activity, including intercourse with any person that has not been tested by or at the direction of the Treating Physician, that would allow the transmission of sexually transmitted diseases (including AIDS), and shall remain monogamous. In the event Surrogate becomes pregnant by any means other than that contemplated by this Agreement through any fault or negligence of her own, said pregnancy shall constitute an incurable breach of this Agreement, to which all legal remedies apply.

b. The Surrogate agrees to adhere to all medical instructions given to her by the Treating Physician, as well as her obstetrician and any treating perinatologist. The Surrogate also agrees to follow a prenatal medical examination schedule as prescribed by her obstetrician, as well as to adhere to all requirements regarding the taking of medicine and vitamins prescribed by the Treating Physician and/or her obstetrician and to attend on time all scheduled doctors' appointments. The Surrogate further agrees to submit to any medical test or procedure deemed necessary or advisable by her obstetrician and/or the Treating Physician including, but not limited to, saline ultrasound, cerclage placement, or high resolution ultrasound, after pregnancy is confirmed to detect any potential genetic or

congenital defects in the foetus(es). The Surrogate also agrees to undergo one or more amniocentesis, chorionic villus sampling, or other genetic testing procedures upon the request of the Intended Parents, if deemed medically necessary by her obstetrician or treating physician. Surrogate further agrees that Intended Parents, may select the physician to perform said procedure(s), even if the physician is other than her treating obstetrician and/or perinatologist. The Physician's instructions may also include, but are not limited to, frequent vaginal ultrasound procedures, two to three days of bed rest following the artificial insemination procedure, other more extensive bed rest, abstinence from sexual intercourse, and self administration of medication orally and/or by injection for prolonged periods. The Surrogate further agrees to use all best efforts to carry the pregnancy of the Child to full term. Except as otherwise stated herein, failure or refusal of the Surrogate to comply with all or any of the provisions of this paragraph shall constitute a material breach of this Agreement by Surrogate.

c. In the event a medical opinion is determinant of any action or requirement set forth herein, it is agreed that any party may seek a second medical opinion by a physician selected by the Party who disagrees with the first medical opinion. Each party agrees to fully cooperate with the facilitation of the second medical opinion, including the completion of any requested examinations or testing. In the event the second opinion fails to resolve the presenting medical issue, the Parties agree that the decision shall be made by a third physician, mutually selected by the said first two physicians, and the Parties agree to abide by that third opinion (in the event a third physician is not mutually selected, the Parties agree that the selection of a third physician shall be made by a mediator).

d. The Surrogate agrees not to smoke cigarettes, marijuana or other substances, or drink alcoholic beverages from the time of the commencement of cycle medications through the end of the pregnancy or negative pregnancy test results, or such further time as instructed by the Treating Physician and/or the Surrogate's obstetrician or perinatologist. The Surrogate also agrees to limit her consumption of caffeinated beverages and products containing caffeine in accordance with the Treating Physician's instructions. The Surrogate further agrees that, from the time of her first medical examination pursuant to Paragraph 5c, above, she has not and will not receive body piercing, acupuncture or tattooing, or use or consume any illegal drugs, continuing through the end of her pregnancy and while providing breast milk, if at all. During the

term of this Agreement, the Surrogate agrees to submit to drug, alcohol, nicotine testing, and/or testing for sexually transmitted and/or infectious diseases including HIV and AIDS, as may be reasonably requested by the Intended Parents and paid for by the Intended Parents, and further agrees to immediately upon request execute and deliver a written consent form to administer such testing as may be requested by the testing clinic or lab. The Surrogate further agrees that, from the time of her first medical examination pursuant to Paragraph 5c, above, through the end of her pregnancy, she will not engage in any activity or procedure which requires the breaking of skin or drawing of blood, including elective and/or cosmetic surgery, without the express consent of the Treating Physician or her obstetrician and/or unless by a medical professional in the event of a medical emergency. The Surrogate agrees not to receive any electro stimulation during and through the end of her pregnancy. She may receive chiropractic treatment or massage therapy by a provider licensed to treat pregnant women, as long as her OB or treating physician have given written consent. The Surrogate also agrees not to use any prescription, nonprescription, homeopathic or herbal medication, undergo any medical procedure, during and through the end of her pregnancy (or such other time as instructed by the Treating Physician and/or obstetrician), without the express consent of the Treating Physician, or the Surrogate's obstetrician or perinatologist. The Surrogate further agrees to comply with the instructions of the Treating Physician and the obstetrician with respect to the use of hair sprays, hair dyes, and permanent solutions, and agrees that she shall not remain in close proximity to cat litter, cleansers, oven cleaners, pesticides, second hand smoke, or other aerosol sprays during and through the end of her pregnancy.

e. The Surrogate agrees to take prenatal vitamins and to maintain a healthy diet as generally recommended by obstetricians for pregnant women (which can include the avoidance of certain foods and beverages), and not to participate in dangerous sports or hazardous activities, strenuous physical activity, nor to knowingly allow herself to be exposed to radiation, toxic chemicals or communicable diseases, during the term of this Agreement, and agrees to follow all advisements by the Treating Physician and/or her obstetrician concerning said matters. f. Except as stated herein, Surrogate may select her obstetrician for her prenatal care and delivery, and the hospital where the delivery shall take place, provided that the obstetrician and hospital are approved by the Intended Parents. Said selections shall be made and designated as soon as reasonably possible after the execution of this Agreement. In the event of a multiple gestation and/or should

Surrogate's obstetrician or the Treating Physician determine that the pregnancy is "high risk," Surrogate agrees to change obstetricians to an obstetrician selected by Intended Parents, agrees to be treated by a perinatologist as selected by Intended Parents, and to change hospitals where the delivery shall take place to a hospital selected by Intended Parents and within a reasonable distance from Surrogate's residence. Intended Parents will pay the extra costs, if any, associated with such changes.

g. Surrogate further agrees that Intended Parents shall have the right to attend all doctor visits including ultrasound examinations of any kind, with due respect for the Surrogate's privacy and with the approval of the Surrogate's obstetrician or the Treating Physician. Surrogate agrees to inform Intended Parents at least every other week of the progress of the pregnancy. The Surrogate hereby waives her doctor-patient privilege, and agrees to sign any release form required to allow Intended Parents to communicate with all treating or attending medical personnel, and review medical records pertaining to Surrogate's pregnancy or health.

h. Surrogate agrees that she will notify Intended Parents upon the onset of labor and that Intended Parents may be present in the delivery room during delivery of the Child, with due respect for the Surrogate's privacy and with the approval of the Surrogate's obstetrician. Surrogate shall sign any consent forms necessary to facilitate this result. Surrogate agrees to use all reasonable efforts to deliver the Child in the selected and designated hospital as set forth herein, under medical supervision. Surrogate agrees to deliver the Child by caesarean section, if her obstetrician, Treating Physician, or attending physician so advises".

# ANNEXE 7

## **Extrait de contrat de maternité pour autrui:**

### **L'échec de la grossesse**

**(p. 232)**

“ Abortion

The Parties recognize that the Surrogate has the constitutional right to abort or not abort the pregnancy, however, the Parties intend to conform, to the best of their ability, to the following terms of this Agreement.

An abortion procedure shall not occur beyond the twentieth (20<sup>th</sup>) week of pregnancy, unless a medical doctor, the treating physician or Surrogate's obstetrician, or some other medical professional states that such action is necessary to avoid serious risk of harm and/or death to the Surrogate.

The Surrogate waives any rights she may have to abort the pregnancy, except for medical reasons verified by a physician chosen by the Genetic Father and Intended Mother, or some other independent physician or obstetrician, not already involved with the Surrogate's pregnancy, and/or if such action is necessary to avoid serious risk of harm and/or death to the Surrogate. If the fetus(es) has been determined by any designated physician to be physically or psychologically abnormal, the decision to abort the pregnancy or not to abort the pregnancy shall be the sole decision of the Genetic Father and Intended Mother.

The Surrogate agrees to accept a clinical abortion under the circumstances stated in the foregoing paragraphs. However, in the event that the Surrogate refuses to proceed with a clinical abortion, Surrogate agrees to the termination of all expenses under Section IX of this Agreement. Further, Genetic Father and Intended Mother shall not be responsible for those medical expenses incurred by the Surrogate due to unforeseen complications of which would have been avoided had an abortion occurred. Furthermore, in the event that the Surrogate refuses to proceed with a clinical abortion, all further performance required by the Genetic Father and Intended Mother under the terms of this Agreement is excused.

Genetic Father and Intended Mother agree that if a medical emergency occurs affecting the Child(ren) where either the Genetic Father or Intended Mother cannot be contacted, the decision with respect to the course of action to be taken shall be left to the treating physicians and/or obstetrician, with no liability to the Surrogate. All medical costs and expenses not covered by the Surrogate's health insurance policy will be the responsibility of the Genetic Father and Intended Mother for such procedures. However, all reasonable efforts shall be made to contact Genetic Father and Intended Mother prior to termination of the pregnancy.

The Surrogate agrees not to abort the fetus(es) upon her own discretion, or against the medical advise of a medical professional. If the Surrogate seeks a termination of the pregnancy without the consent of the Genetic Father and Intended Mother, or without the advice of a medical professional, the Surrogate agrees to reimburse the Genetic Father and Intended Mother a sum of money equal to all expenses already paid by the Genetic Father and Intended Mother, including but not limited to, all legal and medical expenses with respect to this Agreement.

If the Surrogate undergoes an abortion with medical consent and consent of the Parties, she will be entitled to the amount of expenses accrued corresponding to the length of the pregnancy ”

#### Death of the Fetus(es)

The Parties agree that if the fetus(es) die prior to the 24 th week of pregnancy, this Agreement shall terminate, with no further obligations or duties of performance by any party, except as provided for by way of terms of actual incurred expenses. Genetic Father and Intended Mother agree to remain liable for medical costs incurred to the date of such death pursuant to the terms of Section IX, and shall hold the Surrogate harmless from liability for said death, unless the death of the fetus(es) is caused by the Surrogate's own wanton recklessness, failure to comply with the terms of this Agreement, failure to reasonably follow all prescribed medical regimens, or other conduct intended to harm the fetus(es).

In the event of the death of the fetus(es) subsequent to the 24 th week of pregnancy, Genetic Father and Intended Mother will continue to pay expenses pursuant to the terms of this Agreement for a six (6) week recovery period, and agree to hold the Surrogate harmless from liability for said death, provided the death of the fetus(es) is not caused by the Surrogate's own wanton recklessness, failure to comply with the terms of

this Agreement, failure to reasonably follow all prescribed medical regimens, or other conduct intended to harm the fetus(es) ”.

# BIBLIOGRAPHIE

## OUVRAGES GENERAUX ET MANUELS

ANCEL B. et LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5, Dalloz, 2006.

ANTONMATTEI P.-H., RAYNARD J., *Droit civil- Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7<sup>ème</sup> éd 2013.

AUDIT B., *Droit international privé*, Economica, coll. Corpus droit privé, 4e éd., 2006.

BATTEUR A., *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, LGDJ - Montchrestien, 2013.

BATTIFOL H. et LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, LGDJ, t. 1, 8e éd.

BENABENT A., *Droit civil - Droit de la famille*, Domat Droit Privé, Montchrestien - Lextenso éditions, 2010.

*Droit civil de la famille, Aspects comparatifs et internationaux*, t. II, Economica, 1994, Études et recherche.

BUCHER A., *Droit international privé suisse*, t. II, 1992.

BURGUIERE A. et al., *Histoire de la famille*, Armand Colin, 1989.

CAPITANT H., TERRE F. et LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile.*

*Tome 1.*, 12e éd., Dalloz, 2006.

CARBONNIER J., *Droit civil, La Famille, les Incapacités*, 8e éd., PUF, 1969.

*Droit civil, La famille*, t. I, Quadriges, Paris : PUF, 1999.

COLLART-DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Précis

Dalloz, 8<sup>e</sup> édition.

COLOMBET C., *La famille*, 6e éd., PUF, 1999.

CORNU G., *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, 12e éd., Montchrestien,

2005.

*Droit civil, La famille*, 9e éd., Paris : Montchrestien, 2007.

COURBE P., *Droit de la famille*, 4e éd., 2005, coll. U, A. Colin.

COURBE P. et GOUTTENOIRE A., *Droit de la famille*, 6e éd., Sirey Universités, 2013.

COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 25e éd., LexisNexis - Litec,

2012.

CUNIBERTI G., *Grands systèmes de droit contemporain*, 2e éd., LGDJ - Montchrestien,

2011.

DAVID R. et JAUFFRET-SPINOSI C., *Les grands systèmes de droit contemporains*, 10e éd.,

Dalloz, 1992.

DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, t. V, Éd. Rousseau et Cie, 1925.

DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon, Traité de la paternité et de la filiation*, t. V, 1866.

FAUVARQUE-COSSON B., *Règle de conflit et libre disposition des droits*, 1996, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 272, LGDJ.

FENOUILLET D., *Droit de la famille*, 2e éd., Cours, Dalloz, 2008.

FLOUR J., FOYER J. et AUBERT J-L., *Obligations*, t. I, Armand Colin, 1982.

GAMBARO A., SACCO R. et VOGEL L., *Le droit de l'Occident et d'ailleurs, Traité de droit comparé*, LGDJ, 2011.

GHESTIN J. et GOUBEAUX G., avec le concours de FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4e éd.

GHESTIN J. *Traité de droit civil*, LDGJ, 3<sup>e</sup> édition ;

GRIMALDI M., *Droit civil. Successions*, 6e éd., Litec, 2001.

GUTMANN D., *Droit international privé*, 5e éd., Cours, Dalloz, 2007.

HAUSER J. et HUET-WEILLER D., *Traité de droit civil. La Famille, Fondation et vie de la famille*, sous la dir. de J. Ghestin, 2e éd., Paris : LGDJ, 1993.

HOLLEAUX D., FOYER J. et GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, 2014, Masson.

HUET A., DECOCQ G., GRIMALDI C. , LECUYER H., *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil sous la direction de Jacques GHESTIN*, LDGJ, 3<sup>e</sup> édition.

JUBAULT C., *Droit civil. Les successions. Les libéralités*, 2e éd., Montchrestien - Lextenso éditions, 2010.

LE TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd.

LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, 1<sup>re</sup> éd., Collection droit fondamental - Droit civil, PUF, 1996.

LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains*, 2e éd., LexisNexis, 2008.

LEROYER A.-M., *Droit de la famille*, PUF, 2011.

*Les grandes décisions du droit des personnes et de la famille*, sous la dir. de A. BATTEUR, LGDJ - Lextenso éditions, 2012.

LEVY J-P, CASTALDO A., *Histoire du Droit civil*, Dalloz, 2010, 2<sup>e</sup> éd.

MACKAAY E. et ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, 2e éd., Méthodes du Droit, Dalloz -Éditions Thémis, 2008.

MAIDMENT S., *Child Custody and Divorce : The Law in Social Context*, Croom Helm, 1984.

MALAUURIE P. et AYNES L., *Les Biens*, Defrénois, 2007. — *Les successions. Les libéralités*, 5e éd., Defrénois, 2012.

MALAUURIE P., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, 4e éd., Droit Civil, Defrénois - Lextenso Éditions, 2009.

MALAUURIE P., *Les personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, 2010.

- MALAURIE Ph. et FULCHIRON H., *La Famille*, 3e éd., Paris : Defrénois, 2011.
- MALAURIE Ph., AYNES L., *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 6<sup>e</sup> édition.
- MALINVAUD Ph. et FENOUILLET D., *Droit des obligations*, 11e éd., Manuel, LexisNexis - Litec, 2010.
- MATHIEU B. et ROUSSEAU D., *Les grandes décisions de la question prioritaire de constitutionnalité*, LGDJ - Lextenso éditions, 2013.
- MAYER P et HEUZÉ V, *Droit international privé*, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 8e éd. 2004.
- MAZEAUD H. et al., *La Famille, Mariage – Filiation – Autorité parentale – Divorce et séparation de corps*, sous la dir. de L. Leveneur, 7e éd., t. 3, Paris : Montchrestien, 1995.
- MIRKINE-GUETZEVITCH B., *Les constitutions européennes*, PUF, 1951.
- MURAT P., *Droit de la Famille*, 2014/ 2015, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz.
- NIBOYET M.-L. et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, 2e éd., LGDJ - Lextenso éditions, 2009.
- PLANIOL et RIPERT, *Traité de droit civil*, sous la dir. de A. Rouast, t. 2.
- POTHIER, *Traité du contrat de louage*, 7<sup>e</sup> partie, « Du louage d'ouvrage », n°392.
- RIGAUX F. et FALLON M., *Droit international privé*, t. II, Droit positif belge, 2<sup>e</sup> éd., 1993.
- RIPERT et BOULANGER, *Droit civil. Tome IV. Les successions*, LGDJ, 1959.
- RIPERT, BOULANGER, *Contrats civils*, n° 2062.

ROZAS F. et LORENZO S., *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1999, n°462.

SALVAGE-GEREST P., *Droit de la famille 2014/2015*, Dalloz Action, 6eme éd., p. 661.

SAVIGNY, *Traité de droit romain*.

TERRE F. et FENOUILLET D., *Droit civil, Les personnes, la famille, Les incapacités*, 8e éd.,  
Précis Droit Privé, Dalloz, 2006.

- *Droit civil, La famille*, 8e éd., Précis, Dalloz, 2011.

TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Précis 11e éd.,  
Dalloz, 2013.

VERWILGHEN M., CARLIER J.-Y., DEBROUX C. et DE BURLET J., *L'adoption  
internationale en droit belge*, Bruxelles, 1991.

ZENATI-CHASTAING F. et REVET T., *Cours de droit civil, Successions*, PUF, 2012.

## **OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES ET THESES**

AGACINSKY S., *Corps en miettes*, Paris, Flammarion, coll. « Café voltaire », 2009.

AUDIT B., *La Fraude à la loi*, Dalloz, Bibl. de Droit International Privé, Prix Julliot De  
La Morandière, 1974.

BOLLEE S., *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences  
arbitrales*, Economica 2004, préface P. Mayer, 428 pages.

- BOULANGER F., *Droit civil de la famille, Aspects comparatifs et internationaux*, t.I, Economica, 1994.
- CAPRON A. M., Radin M. J., *Choosing Family Law Over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Matherhood*, in L. Gostin (ed), *Surrogate Motherhood : Politics and Privacy*, Bloomington, Indiana University Press, 1988.
- CARBONNIER J., *Sociologie et droit du contrat*, Ann. Fac. dr. Toulouse, t. 7, 1959.
- CARLIER J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, 1992, Bruylant.
- CHALAS C., *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.
- CORPART I., *L'adoption - Une filiation affective*, 2003, ASH.
- DENECHERE Y., *Des enfants venus de loin – Histoire de l'adoption internationale en France*, éd. Arman Collin, 2011.
- DERRIDA F., *Les obligations du commissionnaire*, *Études de droit commercial*, sous la dir. de J. HAMEL.
- DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of Laws*, 14th ed with 4th supplement.
- DRUHOT I., *Les Filiations Issues De La Gestation Pour Autrui*, Mémoire de master 2ème année : Droit processuel : Dijon : 2010.
- DUARD-BERTON C, *L'ordre public dans le droit de la famille*, sous la dir. de G. CHAMPENOIS, Paris II, 2004.

- DUMONT M-P, *L'opération de commission*, Litec, 2000 préf. J.-M. Mousseron.
- DURKHEIM É, *Leçons de sociologie*, Philosophie des mœurs, 1950.
- DUTOIT B, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2<sup>e</sup> éd., 1997.
- FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie*, LGDJ, Bibliothèque de Droit privé, 1992.
- *La gestation pour autrui, Fictions et réalité*, Fayard, 2013.
- FARNSWORTH E. A., *Contract*, Fourth Edition, Textbook Treatise Series, Hardcover, 2004.
- FAURE-ABBAD M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle (contribution à la théorie de l'inexécution du contrat)*, préf. Ph. Rémy, LGDJ, 2003, n°105.
- FINE A., NEIRINCK C., *Parents de sang, parents adoptifs*, LGDJ, 2000.
- FROSSARD S., *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. NERSON, LGDJ, 1965.
- GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé ; contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912.
- HAUSER J., *La Filiation*, coll. Connaissance du Droit, Dalloz.
- HOLLINGER J., *Adoption Law and Practice*, New York, Matthew Bender, mise à jour 1998, 22 vol.
- IACUB M., *L'Empire du ventre. Pour une autre histoire de la maternité*, Edition Fayard, 2004.

JASPER M. C., *The Law of Adoption*, Legal Almanac Series, Oceana.

JOUBERT N., *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Travaux du Credimi, vol. 29, Paris, LexisNexis Litec, 2007.

KANT E., *Les principes métaphysique du droit*, 1797, traduit par Barni en 1853.

KEES J. S., *European private international law on legal parentage? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parentage*, Dissertation, 2010, p. 272. <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=19540>

KLINKHARDT, *Münchener Kommentar*, t. 10, 3<sup>e</sup> éd. 1998.

MATTEÏ J.-F., *Enfants d'ici, enfants d'ailleurs, Rapport au Premier ministre*, La documentation française, 1995.

MAY W. F., *Surrogate Motherhood and the Marketplace*, Second Opinion 9 (1987) : 135.

MOINE-DUPUIS I., *Les choses hors commerce, une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997, p. 106.

MONTILLET- DE SAINT-PERN L., *La notion de filiation en droit comparé- droit français et droit anglais*, thèse, sous la direction de B. ANCEL, 2013.

MUIR WATT H., NUYTS A., *L'exception de forum non conveniens (Étude de droit international privé comparé)*, préf. Arthur T. VON MEHREN, Bruylant, LGDJ, 2003, 973 pages, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 303.

MURAT P., *L'autonomie de la volonté et le pouvoir du juge dans la formation des liens de famille*, sous la dir. de J. RUBELLIN-DEVICHI, 1991.

- PICONE P., *La riforma italiano del diritto internazionale privato*, 1998, p. 463 et s
- POISSON É., *L'adoption en droit international privé*, thèse, Paris, 1964, n° 176 et s.
- PUIG P., *La qualification du contrat d'entreprise*, préf. B. Teyssié, Éd. Panthéon 2002 ;
- RANOUILLE V., *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.
- ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965
- SPAR D., *Fertility-industrial complex- The Baby business : How money, Science, and Politics Drive the Commerce of Conception*, Boston : Harvard Business School Publishing Corporation, 2006.
- VIDAL J., *Essais d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit Français*, Paris Dalloz 1957, p 59.
- VOISIN V, *L'adoption en droits français et anglais comparés*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004
- WATTE N., *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, 1987, Larcier.

## **ARTICLES ET CHRONIQUES**

- ANCEL B., « L'épreuve de vérité, Propos de surface sur la transcription des actes de naissances des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », *in Le droit*

*entre tradition et modernité : Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 1 à 9.

- « De la fraude au jugement et de l'inconciliabilité de décisions pour faire échec à l'*exequatur* », *Rev. crit. DIP* 2002. 573.

ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, pp. 771 et s., spéc. pp 25 et s.

ANDREWS L., « Control and Compensation : Laws Governing Extracorporeal Generative Materials », *Journal of Medicine and Philosophy* 14 (October 1989) : 541-60, 550.

AUBERT J.-L., « Nullité de la convention par laquelle une femme s'engage à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance », *D.* 1991, somm. Comm. P.316.

BAILLON-WIRTZ N., « Les adoptions successives : regards croisés entre la France et l'Allemagne », *Dr. fam.* 2013, étude 8.

BANDRAC M., G. DELAISI DE PARSEVAL et V. DEPADT-SEBAG, « Repenser la prohibition de la gestation pour autrui » : *D.* 2008.434, n° 6 et s.

BARRIERE-BROUSSE I., « La révision du règlement *Bruxelles II "bis"* : perspectives communautaires sur les désunions internationales », *D.* 2008. 625.

- « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *RRJ* 2001. 1299.

BAUR M.-O., « Les derniers développements de l'adoption internationale », *LPA* n°62, 28 mars 2001, p. 42 et s.

- BERGE J.-S., « Le droit communautaire dérivé. Le cas Blood », *JCP* 2000, I, 206.
- BERTRAND B., « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe*,  
Janvier 2012, n° 1.
- BOICHE A., « Responsabilité parentale : la convention de La Haye du 19 octobre 1996 en  
vigueur au 1<sup>er</sup> février 2011 », *AJ Famille* 2011, p. 93.
- BOLLEE S., « La gestation pour autrui en droit international privé », *Travaux du Comité  
fr. de DIP*, 2014.
- « Admission de l'*exequatur* en France d'une sentence arbitrale étrangère  
annulée », *Rev. crit. DIP* 2008. 109.
- BOSSE-PLATIERE H., « “ Le tourisme procréatif ” L'enfant hors la loi française »,  
*Informations sociales*, 2006/3 n° 131, p. 88-99.
- « Enlèvement d'enfant et adoption internationale : la nécessité d'un contrôle  
juridictionnel des décisions des autorités centrales », *RFDA* 1999. 414.
- BOULANGER F., « Une réforme médiatique, mais porteuse de controverses : la  
codification de l'adoption internationale (Présentation de la loi du 6 févr. 2001) »,  
*D.* 2001, chron. 708 et s.
- « La codification des règles conflictuelles en matière d'adoption internationale »,  
*Dr. et Patrimoine*, nov. 2001, p.44 et s.
  - « Le droit pour un célibataire homosexuel d'adopter un pupille de l'État », *D.*  
1995, p. 647 et s.
- BOURDELOIS B., « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à  
370-5 du code civil », *Gaz. Pal.* 2001. 1926. ;

BUCHER A., « La dimension sociale du droit international privé », *Recueil des cours*, tome 341 (2009), p. 377.

- « La famille en droit international privé », *RCADI* 2000.101.

- « La nouvelle convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. du drt de tutelle*, 1994.97.

CABALLERO S, “*Do Military Wives Make Better Surrogate ? Surrogacy Lawyer*” (April 2, 2008).

CADOU É., « Adoption internationale : variations autour de l'exigence de légalisation du consentement des représentants légaux en vue d'une adoption plénière », *D* 2012 p. 2260.

CHABERT C., « L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois », 2001, PUAM, n° 993

CHALAS C, « De l'application de la doctrine du *forum non conveniens* par le juge anglais Chambre des Lords ; 20 juillet 2000, *S.W.B. Lubbe c. Cape plc* », *Rev. crit. DIP* 2002 p. 690.

CHENEDE R, « La convention de mère porteuse », *Deffrénois* 2008, n°3, p. 291

CHENEDE, « Les arrêts *Menesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D*. 2014. 1797.

- « Confirmation de la non-reconnaissance des gestations pour autrui réalisées frauduleusement à l'étranger », obs. Civ. 1, 19 mars 2014, *AJ Fam.* 2014, p. 244.

- « Et demain, la gestation pour autrui ? », *Droit de la famille*, Juillet 2013, n° 7-8.

- « Conventions de mère-porteuse : la Cour de cassation met un frein au tourisme procréatif », *AJ Famille* 2011, p. 262.

- « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et l'interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010. 2744.

CHENOT B., « Les principes généraux sont ceux qui viennent lorsqu'on les appelle après les avoir choisis » in *Le Conseil constitutionnel 1958-1985*, *LPA* 10 janv. 1986, p. 8.1957.

COESTER-WALTJEN D. et COESTER M., « Rechtswahlmöglichkeiten im europäischen Kollisionsrecht », dans Michaels R. et Solomon D., *Liber Amicorum Klaus Schurig*, munich, 2012, pp. 39 s.

COHEN M., “ *The Basis of Contract* ”, 46 *Harv. L. Rev.* 553, 573 (1933)

CORNELOUP S., « Inapplicabilité du règlement (CE) n° 44/2001 à l'état et à la capacité des personnes », *Rev. crit. DIP* 2014. 182.

- « Impossibilité d'adopter un enfant recueilli par kafala et convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2013. 146.

- « Le non-marchand en droit international privé », in *Droit et marchandisation*, Actes du colloque organisé à Dijon les 18 et 19 mai 2009, Travaux du Credimi, vol. 33, Paris, LexisNexis Litec, 2010, pp. 377-406.

CORPART I, « Le déclin de l'émancipation des mineurs », *JCP N* 2003. 1523).

COURBE P, « Quelle place pour le *forum non conveniens* ? », *Recueil Dalloz* 2008 p. 1452.

COUSTET T, « PMA : la Cour de cassation autorise l'adoption », *D.* 24 septembre 2014.

- « Gestation pour autrui (filiation) : la CEDH condamne la France », *D*, 30 juin 2014.

D'AVOUT L., « La “ reconnaissance ” de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Menesson* et *Labassée* », *D* 2014 p. 1806.

- « Mères porteuses : analyse de droit international privé », *JCP G* n° 6, 4 Février 2009, II 10021.

- « *Exequatur* et révision au fond du jugement étranger », *Rev. crit. DIP* 2009. 331.

- « CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06 », *JDI*, n° 1, Janvier 2009, 7.

- « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », *JCP G*, n° 47, 19 Novembre 2008, II 10187.

- « CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg* n° 76240/01 », *JDI* n° 1, Janvier 2008, comm. 5.

DAVER C., « L'appréhension jurisprudentielle du risque nosocomial dans les établissements de santé à but lucratif : l'évolution vers l'obligation de sécurité-résultat », *LPA* 5-6 oct. 1999.

DAVY G., « L'unité de fondement de l'obligation juridique, » *Arch. philos. dr.* 1931.87 et s.

DIONISI-PEYRUSSE A., Commentaire sous CEDH, 2<sup>e</sup> sect. 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie, Actualités juridiques*, 2015, 77.

DROZ G., « Évolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye », *in* : *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris 1991, pp. 129 et s.

EINHORN E., “Military Wives Cashing in a Surrogates”, March 20, 2008

ESMEIN P., « L'obligation et la responsabilité contractuelle », *in* *Mél. Ripert*, t. II, 1950, 101.

FABRE-MAGNAN M., « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *D.* 2013. 2384.

- « Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31.

FARNSWORTH E., “*The Past of Promise: An Historical Introduction to Contract*”, 69 *Colum. L. Rev.* 576, 591 (1969)

FAVIER Y., « Les échecs de l'adoption » Le paradoxe de l'adoption plénière, *Informations sociales*, 2008/2 n° 146, p. 122-131.

FISCHER-LESCANO & TEUBNER, « *Regime-Collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law* », 25 *Mich. J. Int'l L.* 999, 2004.

FRANCHI M., « *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* », sous la direction de S. Bariatti, *Le nuove leggi civili commentate*, anno XIX, sept-déc. 1996, ad art. 38., p. 1202 et s. spéc. 1207.

FUCHS A., « Auslandsadoptionen vor inländischen Gerichten », *IPRax*, 2001.116, 118

FULCHIRON H., « La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ? », n° 2, Avril 2014, var. 2.

- « *Fraus omnia corrumpit* ?, A propos de la filiation des enfants nés par insémination artificielle avec don de sperme dans un couple de femmes », *D.* 2014 p. 1162.
- « Vérité contre stabilité des filiations ? », *D.* 2013. 2958.
- « Reconnaissance en France de l'adoption de l'enfant du partenaire de même sexe prononcée à l'étranger », n° 48. 29 novembre 2010, 1173.
- « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gazette du Palais*, 08 décembre 2009 n° 342, P. 15.
- « Évolution du droit français de la famille », *Deffrénois*, 15 juillet 2009 n° 13, P. 1347.
- « Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel », *D.* 2007. 1375.
- « Adoption sur *kafala* ne vaut », *D.* 2007. 816.

FULCHIRON H., BIDAUD-GARON C, « Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, Regard prospectif sur les arrêts *Labassée* et *Menesson* de la CEDH du 26 juin 2014 », *D.* 2014. 1773.

- « Dans les limbes du droit », *D.* 2013. 2349.
- « L'enfant de la fraude... » Réflexions sur le statut des enfants nés avec l'assistance d'une mère porteuse, *D* 2014, p. 905.

FULCHIRON H., GUILARTE MARTIN-CALERO C., « L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant : non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille », *Rev. crit. DIP*, 103 (3) 2014.

GALLOUX J.C et GAUMONT-PRAT H., observations sous CEDH, 2<sup>e</sup> sect. 27 janv. 2015, n<sup>o</sup> 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, D. 2015.755.

GANNAGE P., « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP* 1992. 425.

GAUDEMET-TALLON H., « Le droit français dans l'adoption internationale », *RID comp.* 1990. 567 et s., spéc. P.573.

- « La désunion du couple en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, t. 226, 1991-I, p. 270, n<sup>o</sup> 122.

GOBERT M., « Réflexions sur les sources du droit et les “ principes ” d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (A propos de la maternité de substitution) », *RTD Civ.* 1992 p. 489.

GODECHOT-PATRIS S., « L'enfant venu d'ailleurs face à l'interdiction. Perspective de droit international privé », in *Mélanges Marie-Stéphane Payet*, Dalloz 2011, 293.

GOLDMAN B., « *Conclusions, Competition and Arbitration Law* », publ. *CCI* n<sup>o</sup> 480/3, 1993, p. 331.

GRANET-LAMBRECHTS F., commentaire sous CEDH, 2<sup>e</sup> sect. 27 janv. 2015, n<sup>o</sup> 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, D. 2015. 702.

- « État civil des enfants nés d'une convention de maternité pour autrui, Panorama du droit positif dans quelques États européens », *AJ Famille* 2014 p. 300.

- « La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans des états membres de la CIEC », février 2014.

- « Les motifs de révocation d'une adoption simple », *AJ fam.* 2002. 24

VAN LOON H., Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger, *Actes et Documents de la XVIIe session*, t. II, Adoption, p. 10 et s., 60 et s.,

HAMMJE P., « Annulation de la transcription d'un acte de naissance indien résultant d'une convention de gestation pour autrui », *Rev. crit. DIP* 2013 p. 909.

- « L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux », *D.* 2012. 2947.

- « De *l'exequatur* d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique », *Rev. crit. DIP*, 2011 p. 747.

- « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. DIP* 2011. 291.

- « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP* 1997. 1.

HAUSER J., « Adoption simple : constitutionnalité de l'article 786 CGI », *RTD civ.* 2014. 356.

- « *Kafala*, adoption et consentement : la définition du désintérêt manifeste », *RTD civ.* 2014. 104.

- « *L'exequatur* des décisions d'adoption prononcées à l'étranger dans le cadre d'un couple homosexuel (suite) », *RTD civ.* 2012. 522.

- « Le temps et la filiation (6) : la *kafala* et l'intérêt de l'enfant », *RTD civ.* 2009. 308.

- « La constatation d'une filiation est déclarative donc rétroactive », *RTD civ.* 2009. 105.

- « La kafala du droit musulman n'est pas l'adoption simple du droit français », *RTD civ.* 2008. 470.
- « L'enfant au porteur mais pas à la porteuse : du contournement de l'article 16-7 nouveau du code civil », *RTD Civ.* 1996 p. 377.
- « Un nouveau né : l'enfant conventionnel ? », *D.* 1996. Chron. 182.
- « Décadence et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Mélanges D. Huet-Weiller*, 1994, LGDJ, p. 235 et s.

HERMITTE M-A, « Le corps hors du commerce, hors du marché », in *La philosophie du droit aujourd'hui*, *Arch. phil. droit*, t. 33, Sirey, p. 327.

JACQUET Jean-Michel, « La théorie de l'autonomie de la volonté », in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque organisé S. Corneloup, N. Joubert les 9 et 10 septembre 2010 à Dijon, Litec 2011, p. 2.

JAULT-SESEKE F., « La reconnaissance des situations en droit international privé », Lagarde P. (dir.), *Rev. crit. DIP* 2013. 1058.

- « Du contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage », *Rev. crit. DIP* 2007. 128.
- « Validité d'une clause attributive de juridiction à des juridictions étrangères dans un contrat de travail international », *Rev. crit. DIP* 2004. 644.

JOSSELIN-GALL M., « Adoption internationale : changement de logique », *JCP*, éd. N, 2002. 1255 ;

- KATZ A, « Surrogate Motherhood and the Baby Selling Laws », *Columbia Journal of Law and Social Problems* 20 (1986) : 24.
- KINSCH P., « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. Crit. DIP* 2011. 817.
- KOHLER C., « L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étaticisme », *Recueil des Cours* 359. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- LABRUSSE-RIOU C., « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 169 M.
- LAGARDE P., « Les enfants recueillis par kafala originaires de pays prohibant l'adoption ne peuvent faire l'objet d'une adoption en France », *Rev. crit. DIP* 2008. 828.
- « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *Rev. crit. DIP* 2002. 275 et s.
  - *Travaux Comité fr. DIP*, 2000-2002, p. 73.
  - « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation », *Rev. crit. DIP* 1978. 31 et s., spéc. p. 34.
- LAMBOLEY A., « L'enfant à tout prix ; Le permis et l'interdit », in *Mél. Christian Mouly*, Litec, 1998 `
- LANDES E. M. et POSNER R. A., « The Economics of Baby Shortage », *The Journal of Legal Studies*, janv. 1978, p. 323 ;

LARKEY A. M. « Redefining Motherhood : Determining Legal Paternity in Gestational Surrogacy Arrangements, » 51 *Drake L. Rev.* 605, 624 (2003).

LAROCHE-GISSEROT Fl., L'adoption ouvert (*open adoption*), aux États-Unis : Règles, pratique, avenir en Europe, *R.I.D.C.*, 1998, vol. 50, n°4, pp. 1095-1123.

LARRIBAU-TERNEYRE V., « Où la portée de l'irrévocabilité de l'adoption plénière suscite encore des difficultés : pour ou contre le recours en révision ? », *D.* 1996. 214.

- « Rejet de la requête en adoption plénière d'un enfant marocain, sa loi nationale ne connaissant pas une telle institution », *D.* 1995. 544.

- « Recevabilité de l'action en nullité d'une adoption plénière fondée sur le vice du consentement par la mère », *D.* 1991. 20.

- « La nullité d'une convention de mère porteuse n'interdit pas de prononcer l'adoption plénière de l'enfant », *D.* 1991 p. 380.

LAUFER W., "Justice for All in the Baby M Case". *New York Times*. 4 février 1988, *Can Surrogacy Co-Exist*, 891-92.

LE BOURSICOT, « Commentaire de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *AJ famille* 1/2002, p. 21 et s.

LEFEBVRE V., commentaire sous CEDH, 2<sup>e</sup> sect. 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, *D. Actualités*, 20 février 2015.

LEMENNICIER B., « Le marché du mariage et de la famille », *Libre échange*, PUF 1988, p. 121.

LEMOULAND J-J., "Le tourisme procréatif", *Actualité du droit international privé de la famille*, *Petites affiches*, 28 mars 2001, p. 24.

- LOISEAU G., « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000. 47.
- LOUSSOUARN Y et BOURDELOIS B., « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 ) 370-5 du Code civil », *Gaz. Pal.* 2001.1931.
- LOUSSOUARN Y., « Le droit d'établissement des sociétés », *RTDE* 1990, p. 229.
- MAGUIRE SHULTZ M., « *Contractual Ordering of Marriage: A New Model for State Policy* », 70 *CAL. L. Rev.* 204 (1982).
- MAINGUENE A., « Couple, famille, parentalité, travail des femmes, Les modèles évoluent avec les générations », *Insee Première* N° 1339. mars 2011, Division Études sociales.
- MALAURIE Ph., « Un homosexuel célibataire ne peut adopter », *D.* 1997, chron., p.117 et s.
- MARCHADIER F., « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *D* 2007, 2700.
- MARGUENAUD J.-P., commentaire sous CEDH, 2<sup>e</sup> sect. 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, *RTD civ.* 2015. 325.
- MAVRIDIS P., « Libéralisation des soins de santé en Europe, un premier diagnostic », *RMCUE* 1998, n° 3, p. 145 ;
- MAYER P., « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mél. P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 558.
- MAZEAUD D., « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre professionnels*, p.33 et s., sp. P. 41.

- « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936. 1 ; *Rép. civ.*,
  
- MERCHANT J., « Une gestation pour autrui “ éthique ” est possible », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 n° 28, p. 183-189.
  
- MERCHERS Y., « Les contrats de services : flou artistique, réalité économique et catégorie juridique », in *Mélanges Ph. Malinvaud*, Litec, 2007, p. 431 s.
  
- MEYER-FABRE N., « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1994 p. 259 ;
  
- MIRKOVIC A., « La maternité pour autrui », *D.* 2008.1044.
  
- MONÉGER F., Gestation pour autrui, congé de maternité et handicap, *RDSS* 2014. 478.
  - « Le nom de l'enfant et l'adoption internationale, interrogations autour des nouveaux articles 357-1 et 363-1 du code civil », *JDI* 2002. 1017 et s.
  
  - « L'adoption internationale entre dans le code civil. Loi n°2001-111 du 6 février 2001 », *JCP* 2001, n°10, p. 469.
  
  - « L'adoption internationale après la loi du 6 février 2001 », *Dr. Fam.* Juill-août 2001, chron. 15, p. 4 et s.
  
- MORENO A., « Suite inachevée de la réforme de l'adoption internationale », Décr. N° 2002-575 du 18 avr. 2002, *JCP* 2002, Actualité 269, n°24.
  - « Aspects contractuels de l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 2001. 301.
  
- MUIR WATT, « Adoption internationale : la internationale », *Revue Lamy Droit civil*, mars 2005, n°14, p. 58 s.

- « Adoption internationale : la révocation intervenue à la demande des adoptants ne peut produire effet en France », *Rev. crit. DIP* 2005, 483.
- *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 121 et s.
- « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Trav. Comité fr. dr. int. pr.* 1993-1995, p. 49 et s.
- « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *JDI* 2001. 995.
- « Rapport au Conseil d'État, dans Statut et protection de l'enfant », 1991, *La Documentation française*.
- « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1999. 469 et s.
- *Travaux comité fr. DIP* 1993-1995, p. 49, spéc. p. 59.

MURAT P., « Adoption internationale : la difficile sanction des dispositions protectrices du consentement des parents par le sang », *Droit de la famille*, 2005, comm. 98,

NEIRINCK C., « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP* 1997. I. 4067.

- « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *JCP* 1996, éd. G, I, 3922.
- « L'irrévocabilité de l'adoption en question », *RDSS* 2006 p. 1076.
- *RDSS* 2005, p. 814.

O'DONOVAN K., « L'adoption dans le droit du Royaume-Uni », *RIDC*, 2003, Vol. 55, N°4, pp. 845-860.

O'KEEFE K « The Intercountry Adoption Act of 2000: The United States' Ratification of the Hague Convention on the Protection of Children, and its Meager Effect on International Adoption », *The Vanderbilt University Law School Vanderbilt Journal of Transnational Law*, November, 2007 40 Vand. J. Transnat'l L. 1611.

PAMBOUKIS C., « L'acte quasi public en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1993 p. 565.

PESCA M, “*Military Wives Becoming Surrogacy Moms*”, NPR (July 2, 2008)

PETERSON, “Baby M's Future”, *New York Times*, 5 avril 1987.

- “Justice for All in the Baby M Case”. *New York Times*. 4 février 1988.

PETIAUD A, « Le Règlement « *Bruxelles I* », Règlement communautaire no 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *INC documents*, 12-18 juillet 2004, n° 1307, p. III- IV.

PICONE P., « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé ». Cours général de droit international privé, *Recueil des cours*, tome 276 (1999), p. 185.

PLOUVIB J-Y, « Le célibataire de sexe masculin homosexuel et le désir d'enfant : le cas de l'agrément à l'adoption », *LPA*, 30 juin 1995, n°78, p. 220 à 224.

POISSON-DROCOURT É., « La procédure d'agrément des personnes souhaitant adopter un enfant », *D.* 2007, Point de vue. 163.

- « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », *D.* 2001, chron. 1404 et s.

- « Du nouveau en matière d'adoption : le décret n°2002-575 du 18 avril 2002 », *D.* 2003, chron. 295.

- « La procédure d'agrément des personnes souhaitant adopter un enfant », *D.* 2007, Point de vue 163.

POSNER R. A., “ The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood”, *The Journal of contemporary health law and policy* 02/1989 ; 5:21-31.

PRETORIUS D, « *Surrogate Motherhood : A Worldwide View of the Issues* », *New Eng J Med.* 1994; 331:685.

PRIETO C., « Liberté d'établissement et de prestation de services », *RTDE* 2003, chron. p. 489.

PROTHAIS A., « Les paradoxes de la pénalisation, Enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *JCP* 1997.I.4055, n°15.

QUINONES ESCAMEZ A., Instruction du 5 octobre 2010, de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l'enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui (BOE, n° 243, 7 octobre 2010, p. 84803-84805), *Rev. crit. DIP* 2011. 183.

RAE S., « The Ethics of Commercial Surrogate Motherhood, Brave New Families ? », *Praeger Publishers*, 1993, pp. 47 et s.

RAMOS M, « Succession et coexistence d'approche et de procédés au fil du temps : l'adoption en droit international privé portugais », *Private International Law in the International Arena, Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haye, 2000, p. 481 et s.

RAO R., “Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence, in  
Surrogate Motherhood: International Perspectives 23”, Rachel Cook et al. eds.,  
2003.

REMY, « La “ responsabilité contractuelle ” : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*  
1997. 323.

REVILLARD M., « L’adoption internationale à la suite de la circulaire du 16 février  
1999 », *Deffrénois* 1999.917 et s, spéc. 923.

-« La loi du 6 février 2001 relative à l’adoption internationale », *Deffrénois* 2001.  
333 et s.

RIHAL, L’intérêt de l’enfant et la jurisprudence du Conseil d’État concernant les  
agrément en matière d’adoption, *RTD Sanit. Soc.* 1997, n°3, p. 503 à 514.

RIVIERE Y., Mères porteuses le choix de Rome. Doit-on légaliser la pratique des mères  
porteuses ? Les leçons du droit romain. *L’Histoire*. N° 337. Décembre 2008.

RUBELLIN-DEVICHI J., « Permanence et modernité de l’adoption après la loi du 5 juillet  
1996 », *JCP* 1996. I. 3979.

- « Premier aperçu de la loi n° 96-604 du 5 juill. 1996 relative à l’adoption » ; *JCP*  
1996, act. n° 29.

- « Mère porteuse et filiation », *RTD civ.* 1990. 457.

- « Pour l’abandon partiel de la fiction créée par l’adoption », *RTD civ.* 1990. 263.

- « Le recours à une mère porteuse et l’utilisation de l’adoption de l’enfant du  
conjoint », *RTD civ.* 1990. 254.

- « L'adoption d'un enfant de moins de deux ans : choix des parents adoptifs par la mère de l'enfant ou par l'Aide sociale à l'enfance ? », *RTD civ.* 1990. 249.

- « Abandon, consentement à adoption et droit de rétractation », *RTD civ.* 1990. 257.

SALVAGE-GEREST P., « La circulaire “ *Guigou* ” du 16 février 1999 : Quelles perspectives pour l’adoption internationale ? », *Dr. Fam.* Sept. 1999 p.4 et s.

- « Adoption internationale : halte à la présomption irréfragable de vice du consentement parental. Réflexions sur l’article 370-3, du Code civil » ; *Dr. Famille* 2007, étude 8.

- « Adoption de l'enfant adoptif du conjoint : que faut-il comprendre ? », *AJ fam.* 2013. 345.

SCOTT, E., “*Surrogate Parenting In New York: A Proposal For Legislative Reform*”, New York Sen. Judiciary Comm., Dec. 1986 at 40.

SELLENET C., « Recherche sur les enfants adoptés en difficultés », 2005-2006, CREC pour la DGAS.

SERIAUX A., Civ. 1re, 13 décembre 1989, *JCP* 1990, II, 21526.

SLY K M, « Baby-Sitting Consideration : Surrogate Mother’s Right to Rent Her Womb for a fee », *Gonzaga Law Review* 18 (1982/83) : 549-51.

STEINBOCK B., “Surrogate Motherhood as Prenatal Adoption”, *Law, Medicine, and Health Care*, 16 (1): 44–50, 1988.

STURLESE B., « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP*, éd. G. 1993.I.3710 ;

SYMEONIDES S.C., « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP* 2013. 807.

TUNC A., « La distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens », *JCP* 1945. I. 449.

VIGANOTTI E. , commentaire sous CEDH, 2<sup>e</sup> sect. 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, *AJ fam.* 2015. 165, obs.

VAN DAI D., « Le consentement du représentant légal de l'enfant en matière d'adoption

VAN RAEPENBUSCH S., « Le libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestations de soins, conséquence sociale du marché intérieur », *Cah. dr. eur.* 1998, n° 5-6, p. 683.

VERDIER E., « L'agrément des personnes qui souhaitent adopter un pupille de l'État à la lumière de la pratique et de la jurisprudence », *RDSS* 1992. 354.

VRELLIS S., « Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 328 (2007), pp. 392 s.

## **ACTES DE COLLOQUES, DOSSIERS, TRAVAUX ET RAPPORTS**

FULCHIRON H. et SOSSON J., *Filiation, parenté, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruylant, 2014 ;

- A. GOUTTENOIRE (dir.), 40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui rédigé par le Groupe de travail « Protection de l'Enfance et adoption », Février 2014.
- THERY I. (dir.), Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle, Rapp. pour le ministère de la famille, mars 2014.
- SCHAMPS G. et SOSSON J.(dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruylant, 2013 ;
- BRUNET I. (dir.), A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, Rapp. pour le Parlement européen, 2013.
- TRIMMINGS K. et P. BEAUMONT P., International Surrogacy arrangements, Hart publishing, 2013.
- Parlement européen, « A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States », mai 2013.
- MONEGER F. (dir.), *Gestation pour autrui/Surrogate Motherhood*, Société de législation comparée, 2011 ;
- Adoption options*, Child Welfare Information Gateway, 2013, [www.childwelfare.org](http://www.childwelfare.org)
- Consent to adoption : Summary of State Laws*, Child Welfare Information Gateway, 2013.
- 18e Journée nationale de l'Association Henri Capitant : *Le temps et le droit*, l'Association Henri CAPITANT, 22 novembre 2013.
- Le règlement communautaire Rome I et el choix de la loi dans les contrats internationaux*, Actes du colloque organisé S. CORNELOUP, N. JOUBERT les 9 et 10 septembre 2010 à Dijon, Litec 2011
- Rapport Situation des pupilles de l'État au 31/12/2010*, ONED
- Étude sur la révision des lois de bioéthique*, La Documentation française, 2009.
- Rapport Conseil d'État, *La révision des lois de bioéthique*, avr. 2009.
- Rapport GUINCHARD, D.* 2009. Act. légis. 1332.
- LA GESTATION POUR AUTRUI, LES DOCUMENTS DE TRAVAIL DU SENAT, Série législation comparée, n° LC 182, janvier 2008, .
- L'internationalité, bilan et perspectives*, colloque Toulouse 1, 2001, RLDA, suppl. févr. 2002.
- Rapport ZIMMERMAN, JO doc. Ass. nat. 9 avril 1966, p.769
- Le contrat de commission, Études de droit commercial*, sous la dir. de J. HAMEL, Dalloz, 1949.

## DOCUMENTS CONFERENCE DE LA HAYE

« Document de réflexion : Coopération entre les Autorités centrales afin de développer une approche commune en vue de prévenir et de remédier aux pratiques illicites en matière d'adoption internationale »

« Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale de 2010 sur le fonctionnement pratique de la Convention Adoption internationale de 1993 ».

L'agrément et les organismes agréés en matière d'adoption : principes généraux et guide de bonnes pratiques N°2.

« Document préliminaire No 11 de mars 2011, intitulé “ Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des conventions de maternité de substitution à caractère international ”, établi par le Bureau Permanent, a été diffusé aux Membres de la Conférence de La Haye en mars 2011, conformément au mandat confié par le Conseil de 2010.  
<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf>

Questionnaire sur les questions de droit international privé relatives au statut des enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international - Réponses reçues :

<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3uk.pdf>

<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3de.pdf>

<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3be.pdf>

<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3nl.pdf>

<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3pl.pdf>

<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3ch.pdf>

<http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3es.pdf>

## **SITES INTERNET**

<http://agence->

[adoption.fr/espacepro/IMG/pdf/Les\\_echecs\\_d\\_adoptions\\_internationales.pdf](http://agence-adoption.fr/espacepro/IMG/pdf/Les_echecs_d_adoptions_internationales.pdf)

<http://web.archive.org/web/20070526004403/>,

<http://www.adoption.gouv.fr/Chiffres-cles.html>

[https://www.allaboutsurgacy.com/sample\\_contracts/contracts.htm](https://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/contracts.htm)

[http://www.allaboutsurgacy.com/sample\\_contracts/GScontract1.htm](http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/GScontract1.htm)

[http://www.allaboutsurgacy.com/sample\\_contracts/GScontract4.htm](http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/GScontract4.htm)

<http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07>

<http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>

<http://www.ericgoldman.org/Courses/contracts/babymcontracts.>

[http://www.fcadoptions.org/files/Sample\\_Open\\_Adoption\\_Agreement.pdf](http://www.fcadoptions.org/files/Sample_Open_Adoption_Agreement.pdf)

[http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=text.display&tid=45](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=45)

<http://www.hcch.net/upload/adoguide2fr.pdf>.

<http://www.hcch.net/upload/brochure33fr.pdf>

[http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010\\_rpt\\_fr.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010_rpt_fr.pdf)

[http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010\\_rpt\\_fr.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010_rpt_fr.pdf)

<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf>

<http://www.kylewood.com/familylaw/babym.htm>

<http://www.njmonthly.com/issues/2007/03-Mar/babym.htm>

<http://www.oned.gouv.fr>

[http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1966/06/s19660601\\_0669\\_0700.pdf](http://www.senat.fr/comptes-rendus-seances/5eme/pdf/1966/06/s19660601_0669_0700.pdf)

<http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.html>

<https://www.childwelfare.gov/adoption/>

[https://www.childwelfare.gov/pubs/s\\_cost/s\\_costs.pdf](https://www.childwelfare.gov/pubs/s_cost/s_costs.pdf)

[https://www.childwelfare.gov/pubs/s\\_cost/s\\_costs.pdf](https://www.childwelfare.gov/pubs/s_cost/s_costs.pdf)

[https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws\\_policies/statutes/advertising.pdf](https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/advertising.pdf)

[https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws\\_policies/statutes/cooperative.pdf](https://www.childwelfare.gov/systemwide/laws_policies/statutes/cooperative.pdf)

# REPERTOIRES DALLOZ ET JURISCLASSEURS

BOUREL P., MUIR WATT H., GALLANT S., *J-Cl. dr. int.*, fasc. 548-4, n°1.

BOYER L., *Rép. Drt civ.*, Contrats et conventions.

CHAUVEL P., *Rép. com. Dalloz*, V Commissionnaire.

DE QUEUNAUDON R., *J-Cl. dr. int.*, fasc. 565-A 10.

FOYER J., *Rép. Dr. int.*, V° Adoption.

GAUDEMET-TALLON H., *Rép. Droit int.*, V. Compétence internationale : matière civile et commerciale.

GODECHOT-PATRIS S., *JCl. Drt int.*, fasc. n° 548-30.

HAMMJE P., *Rép. Drt. Int.*, V° Nom-Prénom.

HUET A., *J-Cl Drt int. privé*, fasc. 584-30 ; 584-40.

LABROUSSE-RIOU C., *Rép. Drt. Civ.*, Filiation.

LARRIBAU-TERNEYRE .V, *Rép. Proc. Civ.*

LEMOULAND, *Rép. Drt civ.*, V. Famille, 2013.

PENNEAU J., *Rép. Dalloz Corps humain*, V. Bioéthique,.

SIMON D., *Rép. Droit europ.*, V. Restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent.

# TABLE DE JURISPRUDENCE

## Conseil constitutionnel

Cons. const., 27 juill. 1994, 94-343/344 DC : *Rec.* 1994, p. 122.

## Cour européenne des Droits de l'Homme

CEDH, 27 janv. 2015, n° 25358/12, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, *D.* 2015. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* 755, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *AJ fam.* 2015. 165, obs. E. VIGANOTTI ; *ibid.* 77, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; V. LEFEBVRE, *D. Actualités*, 20 février 2015 ; J.-P. MARGUENAUD, *RTD civ.* 2015. 325.

CEDH, décis., 8 juill. 2014, *D. et a. / Belgique*, n° 29176/13.

CEDH, 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France*, *D.* 2014. 1797, et les obs., note F. Chénéde ; *ibid.* 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 1806, note L. d'Avout ; *Dalloz actualité*, 30 juin 2014, obs. T. Coustet.

CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c/ France*, n° 43631/09, *D.* 2012. 2947, note P. Hammje ; *AJ fam.* 2012. 546, obs. A. Boiché ; *Rev. crit. DIP* 2013. 146, note S. Corneloup ; *RTD civ.* 2012. 705, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 2013. 105, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 187, obs. M. Farge ; *RJPF* 2012. 11/34 obs. T. Garé ; *JCP* 2012. 1145, obs. G. Gonzalez.

CEDH 15 mars 2012, n° 25951/07, *D.* 2012. 814, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2012. 220, obs. C. Siffrein-Blanc, et 163, point de vue F. Chénéde.

CEDH 3 mai 2011, n° 56759/08, *D.* 2012. 1228, obs. F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2011. 817, étude P. Kinsch ; *JDI* 2012. Comm. 7, note A. Dionisi-Peyrusse.

CEDH 31 août 2010, n° 25951/07, *Gas c/ France*, *D.* 2011. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts, et 1713, obs. V. Bernaud ; *AJ fam.* 2010. 433, obs. C. Siffrein-Blanc ; *Constitutions* 2011. 75, obs. P. Chevalier ; *RTD civ.* 2011. 114, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2010/12, note C. Le Boursicot.

CEDH, 29 avr. 2008, n°18648/04, *D.* 2009. 1557, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2008. 830, note P. Kinsh ; *RTD Civ.* 2008.646, obs. J.-P. Marguénaud ; *JDI*, 2009. 195, note Marchadier.

CEDH 10 janv. 2008, *Kearns c/ France*, n° 35991/04, *D.* 2008. 415, obs. P. Guiomard ; *AJ fam.* 2008.78, obs. F. Chénéde ; *RDSS* 2008.353, note C. Neirinck ; *RTD civ.* 2008.252, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 285, obs. J. Hauser ; *RLDC* 2008, n° 48, 2965 note M.-C. Le Boursicot ; *ibid.* 2868, note G. Marraud Des Grottes ; *Dr. fam.* 2008, étude n°14, obs. A. Gouttenoire ; *RJPF* 2008-4/29, obs. T. Garé ; *JCP G* 2008. I.167, note F. Sudre.

CEDH 28 juin 2007, *Wagner*, n° 76240/01, *D.* 2007. 2700, note F. Marchadier ; *ibid.* 2008. 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2007. 807, note P. Kinsch ; *RTD civ.* 2007. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *Gaz. Pal.* 22/03/2008, n° 82, p. 31, note M.-L. Niboyet ; *RJPF* 2007, n° 11, note M.-C. Le Boursicot ; *JDI* 2008. 183, comm. L. d'Avout ; *AJDA* 2007. 1918, note J.-F. Flauss ; *JCP* 2010. 70, chron. F. Sudre.

CEDH 7 mars 2006 et 10 avr. 2007, *Evans c/ Royaume-Uni*, *RDC*, oct. 2007.

CEDH 22 juin 2004, *Pini et Bertani c/ Roumanie*, *D.* 2004. Jur. 3026, note J.-F. Renucci et I. Berro-Lefèvre ; *ibid.* 2005. 1748, obs. F. Granet-Lambrechts, s. 147.

CEDH, *Hussin c/ Belgique*, 6 mai 2004, Requête n° 70807/01.

CEDH, 22 janvier 2008, *Affaire E.B. c/ France*, n° 43 546/02.

## **Cour de justice des Communautés européennes**

CJUE, 16 déc. 2010, aff. C-137/09, *Josemans* : *Europe* 2011, comm. 61.

CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-523/07 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 2805 ; *Procédures* 2009, comm. 277, note C. Nourissat.

CJCE 14 oct. 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06, *AJ fam.* 2008.481, obs. A. Boiché ; *AJDA* 2008.2327, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *D.* 2009.845: note F. Boulanger ; *Rev. crit. DIP* 2009.80, note P. Lagarde ; *JDI* 2009.203, note L. d'Avout.

CJCE, 3 oct. 2006, aff. C-290/04, *FKP Scorpio* : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 9461 ; *Europe* 2006, comm. 368.

CJCE, 23 oct. 2003, aff. C-56/01, *Inizan* : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 12403

CJCE, 13 mai 2003, aff. C-385/99, *Müller-Fauré* : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 4509.

CJCE, 11 juill. 2002, aff. C-294/00, *Gräbner* : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 6515

CJCE, 13 déc. 2001, *DaimlerChrysler*, aff. C-324/99, Rec. I. 9897

CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-157/99, *Smits et Peerbooms* : Rec. CJCE 2001, I, p. 5473 ;  
*RDUE* 2001, p. 792 ;

CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-368/98, *Vanbraekel* : Rec. CJCE 2001, I, p. 5363.

CJCE, 12 oct. 2000, *Snellers*, aff. C-314/98, Rec. I. 8633

CJCE, 11 avril 2000, *Christelle Delière*, aff. 51/96.

CJCE, 13 janv. 2000, *TK-Heimdienst Sass*, aff. C-254/98, Rec. I. 151

CJCE 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti*, aff. 159/97.

CJCE, 28 avr. 1998, *Decker*, aff. C-120/95, Rec. I. 1831

CJCE, 26 juin 1997, *Vereiniged Familiapress*, aff. C-368/95, Rec. I. 3689

CJCE, 12 déc. 1996, aff. C-3/95, *Reisebüro Broede* : Rec. CJCE 1996, I, p. 6511 ; J.-  
G. Huglo, « Droit d'établissement et libre prestation de services » *RTDE* 1997,  
p. 451.

CJCE, 14 nov. 1995, aff. C-484/93, *Svensson*, *op. cit.*

CJCE, 5 oct. 1994, *Van Schaik*, aff. C-55/93, Rec. I. 4837

CJCE, 15 sept. 1994, *Houtwipper*, aff. C-293/93, Rec. I. 4249

*CJCE*, 3 mars 1994, *Tolsma*, : Rec. CJCE 1994, I, p. 743

CJCE, 19 janvier 1993, *Shearson*, n° C-89/91

CJCE, 13 déc. 1991, *RTT c/ GB-Inno-BM*, aff. C-18/88, Rec. I. 5941, Europe, févr. 1992,  
n° 45 et 66

CJCE, 4 oct. 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd. v. Grogan*,  
Case C-159/90, [1991] E.C.R.4685.

CJCE, 28 févr. 1991, *Conforama* [Travail du dimanche], aff. C-312/89,  
Rec. I. 997240/83, Rec. 531

CJCE, 23 nov. 1989, *Torfaen Borough Council c/ B et Q plc*, aff. C-145/88, Rec. 3851

CJCE, 11 mai 1989, *Procédure pénale c/ Wurmser et autres*, aff. 25/88, Rec. 1105

CJCE, 5 oct. 1988, *Steymann*, aff. 196/87, Rec. 1988, p. 6159

CJCE, 20 sept. 1988, *Commission c/ Danemark*, aff. 302/86, Rec. 4607

CJCE, 14 juill. 1988, 3 *Glocken et autres c/ USL Centro-Sud et autres* [Pâtes  
alimentaires], aff. 407/85, Rec. 4233 ; 382/87, Rec. 1235

CJCE, 7 juin 1988, *Roviello c/Landesversicherungsanstalt Schwaben*, aff. 20/85, *Rec.* 2805, *Dr. soc.* 1989.425, obs. X. Prétot.

CJCE, 11 juill. 1985, *Cinéthèque c/ Fédération nationale des cinémas français*, aff. jointes 60 et 61/84, *Rec.* 2605

CJCE, 7 févr. 1985, *Procureur de la République c/ ADBHU [Huiles usagées]*, aff.

CJCE, 5 avr. 1984, *Van de Haar et Kaveka de Meern*, aff. jointes 177 et 178/82, *Rec.* 1797

CJCE, 29 nov. 1983, *Roussel Laboratoria c/ Pays-Bas*, aff. 181/82, *Rec.* 3849 ; CJCE, 7 févr. 1984, *Duphar c/ Pays-Bas*, aff. 238/82, *Rec.* 523 ;

CJCE, 31 mars 1982, *Blesgen c/ Belgique*, aff. 75/81, *Rec.* 1211 ; CJCE, 14 juill. 1983, *Sandoz*, aff. 174/82, *Rec.* 2445 ; 178/84, *Rec.* 1227

CJCE, 2 mars 1982, *Industrie Diensten Groep c/ Beele*, aff. 6/81, *Rec.* 707.

CJCE, 22 juin 1982, *Robertson*, aff. 220/81, *Rec.* 2349

CJCE, 17 déc. 1981, aff. 279/80, *Webb* : *Rec. CJCE* 1981, p. 3305.

CJCE, 14 juill. 1981, *Oebel*, aff. 155/80, *Rec.* 1993

CJCE, 16 oct. 1980, *Hochstrass c/Cour de justice*, aff. 147/79, *Rec.* 3005

CJCE, 28 mars 1979, *La Reine c/Saunders*, aff. 175/78, *Rec.* 1129 ; 13 déc. 1984, *Haug-Adrion c/Frankfurter Versicherungs-AG*, aff. 251/83, *Rec.* 4277

CJCE, 20 févr. 1979, *Rewe c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]*, aff. 120/78, *Rec.* 649.

CJCE, 21 juin 1978, *Bertrand c/ Ott*, n°15/77 12 ; CJCE, 19 janvier 1993, *Shearson*, n°C-89/91 13.

CJCE, 16 févr. 1978, *Commission c/Irlande*, aff. 61/77, *Rec.* 417,

CJCE, 3 déc. 1974, *Van Binsbergen*, *Rec.*, p. 1299.

CJCE, 4 avr. 1974, *Commission c/France [marins français]*, aff. 167/73, *Rec.* 359, *D.* 1974.717, note B. Pacteau, *JCP* 1974.II.17863, note D. Ruzié

CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, aff. 7/68.

# JURISPRUDENCE FRANÇAISE

## Cour de cassation

### Assemblée plénière

Cass., ass. Plén., 3 juill. 2015, n°14-21.323 et n°15-50.002, *D.* 2015. 1438, obs. I. Gallmeister, 1481, édito. S. Bollée, 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, et 2015 p.1773, note D. Sindres ; *AJ fam.* 2015. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105, *D.* 1991. 417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *RTD civ.* 1991. 517, obs. D. Huet-Weiller ; *ibid.* 1992. 489, obs. M. Gobert ; *Rev. crit. DIP* 1991. 712, note C. Labrusse-Riou ; *JCP* 1991. II. 21752, obs. J. Bernard, concl. Dontenwille, note F. Terré ; *Defrénois* 1991. 1267, obs. Aubert.

### Chambre des requêtes

Req. n° 249369, *Min. Affaires sociales, travail et solidarité c/ Mme Boulouida*, *D.* 2005. 129, note F. Boulanger, *RJPF* 2004-9/21, *Dr. fam.* 2004. Comm. 170, note M. Farge et N. Taouli, *RTD civ.* 2004. 722, obs. J. Hauser.

Req. 30 mars 1930, *Hainard*, *S.* 30.1.377 note Niboyet, *D.* 30.981.

Req., 14 avril 1908, *DP* 1908.1.344 ; *S.* 1909.I.23.

### Première chambre civile

Civ. 1re, 19 mars 2014, n° 13-50.005, *D.* 2014. 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 901, avis J.-P. Jean ; *ibid.* 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2014. 244, obs. F. Chénéde, et 211, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014. 330, obs. J. Hauser ; *Bollée, Rev. crit. DIP*, 103 (3) 2014, p. 617.

Civ. 1re, 13 sept. 2013 n°12-18.315, *D.* 2013. 2382, obs. I. Gallmeister, 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, 2377, avis C. Petit, 2383, 2384, note M. Fabre-

Magnan, 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot, 954, obs. A. Dionisi-Peyrusse, 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, 1171, obs. F. Granet-Lambrechts, et 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; *AJ fam.* 2013. 579, obs. F. Chénéde, 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse, et 600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne ; *AJCT* 2013. 517, obs. R. Mésa ; *Rev. crit. DIP* 2013. 909, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2013. 816, obs. J. Hauser ; *JCP* 2013. 985, note A. Mirkovic ; *Dr. fam.* 2013. Comm. 151, note C. Neirinck, *JCP* 2014. Doctr. 43, obs. A. Gouttenoire ; *JDI* 2014. Comm. 1, note J. Guillaumé. Adde H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Dans les limbes du droit, A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, *D.* 2013. 2349.

Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2012, n° 11-30.261 et n° 11-30.262, cassant Paris, 24 févr. 2011, deux arrêts, *D.* 2012. 1546, obs. I. Gallmeister, 1992, note D. Vigneau, et 1973, point de vue L. d'Avout ; *AJ fam.* 2012. 397, obs. B. Haftel, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2012. 522, obs. J. Hauser ; *JCP* 2012. 856, avis C. Petit, et 857, note F. Chénéde. V. aussi F. Millet, « La voie d'une homoparentalité bien ordonnée : retour aux fondamentaux de la filiation », *D.* 2012. 1975.

Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 (n° 755 FP-P+B+I+R), *D* 2012 p. 1992.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2011, n°09-66.486, n°09-17.130, n°10-19.053, *D.* 2011.1064, entretien X. Labbée ; *AJ fam.* 2011.262, obs. F. Chénéde et B. Haftel et interview Domingo.

Civ. 1<sup>re</sup> 6 avr. 2011, n° 09-66.486, n°09-17.130, n°10-19.053, *AJ fam.* 2011. 262, obs. Chénéde ; *ibid.* 265, obs. B. Haftel ; *ibid.* 266, interview M. Domingo ; *D.* 2011. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet ; *ibid.* 1001, édito. F. Rome ; *ibid.* 1064, entretien X. Labbée ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser.

Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 10-19.053, *D.* 2011. 1522, *AJ famille* 2011. 262, obs. F. Chénéde ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc et Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, *D.* 2011. 1522, et les obs., note D. Berthiau et L. Brunet ; *ibid.* 1001, édito. F. Rome ; *ibid.* 1064, entretien X. Labbée ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJ famille* 2011. 262 ; *ibid.* 265, obs. B. Haftel ; *ibid.* 266, interview M. Domingo ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD. civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 mars 2011, n° 09-72.371, FS-D, S. Godechot-Patris, J. Guillaumé, *JDI* n° 4, 2011. 1522, et les obs., note D. Berthiau et L. Brunet ; *ibid.* 1001, édito. F. Rome ; *ibid.* 1064, entretien X. Labbée ; *ibid.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.* 2012. 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2011. 262 ; *ibid.* 265, obs. B. Haftel ; *ibid.* 266, interview M. Domingo ; *AJCT* 2011. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; *Rev. crit. DIP* 2011. 722, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser

Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 déc. 2011, n° 10-23.528, *Bull. civ. I*, n° 219 ; *D.* 2012.539, note M. Develay ; *D.* 2012. 704, obs. Centre de droit et d'économie du sport, Université de Limoges ; *Just et cass.* 2012. 153, rapp. S. Canas ; *RTD civ.* 2012. 121, obs. P. Jourdain.

- Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 08-21.740 Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avr. 2011, n° 09-17.130, *Dalloz actualité*, 14 avr. 2011, obs. C. Siffrein-Blanc ; *D.*, î. 2010. 1787, obs. I. Gallmeister ; *AJ famille* 2010. 387, obs. A. Mirkovic, obs. B. Haftel, interview C. Mécarry ; *RDSS* 2010. 1128, note C. Neirinck ; *RTD. civ.* 2010. 547, obs. J. Hauser.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, *AJ fam.* 2010. 387, obs. A. Mirkovic, obs. B. Haftel, interview C. Mécarry ; *D.* 2010. 1787, obs. I. Gallmeister ; *RDSS* 2010. 1128, note C. Neirinck ; *Rev. crit. DIP* 2010. 747, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2010. 547, obs. J. Hauser et Paris, 27 janv. 2011, *RG* n° 10/02614, *AJ fam.* 2011. 151, obs. N. Nord ; *D.* 2011. 1374, obs. Jault-Seseke, et 1585, obs. Granet-Lambrechts ; *JDI*, n°1, Janvier 2011, 4, note S. Bollée.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 08-21.740, *op. cit.*, obs. A. Mirkovic, obs. B. Haftel, interview C. Mécarry ; *op. cit.*, obs. I. Gallmeister ; *op. cit.*, note C. Neirinck ; *op. cit.*, note P. Hammje ; *op. cit.*, obs. J. Hauser ; S. Bollée, *op. cit.*
- Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 8 juillet 2010, *JDI*, n°1, Janvier 2011, 4, S. Bollée
- Civ. 1<sup>re</sup>, 17 nov. 2010, no 09-68.399, *Dalloz actualité*, 7 déc. 2010, obs. C. Siffrein-Blanc.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 2010, no 09-10.439, *AJ fam.* 2011. 101, obs. B. Haftel.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 22 janv. 2008, n° 43546/02, *E. B. c/ France*, *D.* 2008. 351, obs. E. Royer, 2038, note P. Hennion-Jacquet, et 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJDA* 2008. 117, et 978, chron. J.-F. Flauss ; *AJ fam.* 2008. 118, obs. F. Chénéde ; *RDSS* 2008. 380, obs. C. Neirinck ; *RTD civ.* 2008. 249, obs. J.-P. Marguénaud, et 287, obs. J. Hauser ; *JCP* 2008. II. 10071, note A. Gouttenoire et F. Sudre.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 2008, n° 07-20.279, *D.* 2008. 2144
- Cass. 1<sup>re</sup> civ. 17 déc. 2008, n° 07-20.468, FS-P+B+I, *JDI*, n° 2, Avril 2009, comm. 9,
- Civ. 1<sup>re</sup>, 17 déc. 2008, n°07-20.468, *D.* 2009. *AJ.* 166, obs. V. Egéa ; *Juris-Data*,
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 décembre 2008, n° 07-20.468.
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 décembre 2008, *Ministère public c. époux X*, *Rev. crit DIP* 2009 p. 320, note P. Lagarde.
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 janvier 2007, *D.* 2007.AJ 586, *RTD com.* 2007.587, obs. B. Bouloc<sup>12</sup> éd., 2007, n°16 ; *GADS*, 2010, n°7-8 ; *RGDA* 1997.852, obs. Ph. Rémy ; *RTD civ.* 1997. 434, obs. P. Jourdain ; *RTD civ* 1997.924, obs. J. Mestre ; *D.* 1997.319, obs. J. Penneau.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, *AJ fam.* 2007. 324 ; *D.* 2007. 1115, obs. I. Gallmeister, note L. d' Avout et S. Bollée ; *ibid.* 891, chron. P. Chauvin ; *ibid.* 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Mélanges Gaudemet-Tallon*, 2008, p. 133 ; *Rev. crit. DIP* 2007. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *JDI* 2007. 1195, note F.-X. Train.

- Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 06-15.647, *AJ fam.* 2007. 182, obs. F. Chénéde ; *D.* 2007. 1047, note D. Vigneau ; *ibid.* 721, obs. C. Delaporte-Carre ; *ibid.* 891, chron. P. Chauvin ; *ibid.* 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; *GAJC*, 12<sup>e</sup> éd. 2007. n° 53-55 ; *RTD civ.* 2007. 325, obs. J. Hauser.
- Cass. 1<sup>re</sup> civ. 22 mai 2007, *Banque de développement local c/Sté Ferrométal*, *D.* 2007, *AJ* 1596, note I. Gallmeister, *JCP* 2007, actualités p. 258, note C. Chabert, *JDI* 2007. 956, note B. Ancel et H. Muir Watt, *Rev. crit. DIP* 2007. 610, note H. Gaudemet-Tallon.
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 novembre 2007, *Rev. crit. DIP*, 2008. 298, note M. Revillard.
- Cass. 1<sup>re</sup> civ. 23 mai 2006, *Prieur*, n° 04-12.777, *Grands arrêts*, n° 87, *D.* 2006. 1846, chron. B. Audit ; *JCP* 2006. II. 10134, note P. Callé ; *LPA* n° 190, 22 sept. 2006, p. 10, note P. Courbe ; *JDI* 2006. 1377, note C. Chalas ; *Rev. crit. DIP* 2006. 870, note H.
- Cass. 1<sup>re</sup> civ. 4 juill. 2006, n° 05-11.591, *Cahiers de l'arbitrage* 2006/2, p. 44
- Cass. 1<sup>re</sup> civ. 11 juill. 2006, n° 03-19.838, *Cahiers de l'arbitrage* 2006/2, p. 44, *JDI* 2007. 146, note S. Sana-Chaillé de Néré.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2006, N° 06-15.264, *Bull. civ. I*, n° 431, et n° 06-15.265, *Bull. civ. I*, n° 432, *JCP* 2007. I. 170, no 13, obs. J. Rubellin-Devichi, et 2007. II. 10072, note M. Farge ; *AJ fam.* 2007. 32, obs. A. Boiché, *RJPF* 2007-1/35, note M.-C. Le Boursicot, *Dr. fam.* 2007. Comm. 96, note M. Farge, *Deffrénois* 2007. 133, note M. Revillard, et p. 307, obs. J. Massip ; V. ég. P. Salvage-Gerest, Du nouveau, hélas !... pour la *kafala*, *Accueil*, nov.- déc. 2006, p. 42 ; H. Fulchiron, *op. cit.*, *D.* 2007. Chron. 816 ; D. Thevenet-Montfrond, La *kafala* et le respect de la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, *RLDC* 2007/40. 2610. Gaudemet-Tallon ; *JCP* 2007. I. 109, n° 11, obs. C. Delpy ; *D.* 2007. Pan. 1758, obs. F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2006. 324, obs. A. Boiché
- Civ. 1<sup>re</sup>, 22 févr. 2005, *Rev. crit. DIP* 2005. 671, note M.-E. Ancel, *D.* 2005, IR 794, *JCP* 2005.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 22 févr. 2005, *Rev. crit. DIP* 2005. 671, note M.-E. Ancel, *D.* 2005, IR 794, *JCP* 2005.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2005, *Bull. civ. I*, n°120 ; *JCP* 2005. IV. 1864 ; *AJ fam.* 2005, 191, obs. Chénéde ; *Deffrénois* 2005. 1356, note Massip
- Civ. 1<sup>re</sup>, 8 mars 2005, n° 02-12.740 (FS-P+B), *AJ Famille* 2005 p. 191.
- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, n° 02-21.075, *D.* 2005, IR p. 1585 ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 483, note H. Muir Watt ; *JDI* 2006, p. 162, obs. F. Jault-Seseke ; *LPA* 2006, n° 66, p. 9, note C. Brière.
- Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 octobre 2005, n° 02-20258.
- Cass. 1<sup>re</sup> civ. 4 oct. 2005, *Rev. crit. DIP* 2006. 413, note M. Audit, *JDI* 2006. 169, note J.-M. Jacquet, *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 2006, p. 24, note M.-L. Niboyet

- Civ. 1re, 6 déc. 2005, n°04-11.689, *Bull. civ. I*, no 477 ; *D.* 2006. IR 10 ; *Dr. fam.* 2006, n°52, note P. Murat ; *RTD civ.* 2006. 100, obs. J. Hauser.
- Cass. 1re civ., 17 févr. 2004, n°s 01-11549, 02-11618, 02-15766, 01-12315 ; sur la première espèce : *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423, note P. Hammje ; *JDI* 2004, 1200, note L. Gannagé ; *D.* 2004, p. 824 ; *Concl. Cavarroc*, Chr. P. Courbe, p. 815 ; *JCP* 2004, II, 10128, note H. Fulchiron ; *Defrénois* 2004, 812. obs. J Massip
- Cass. 1re civ. 27 avr. 2004, pourvois joints n° 01-13.831 et n° 01-15.975 , *Bull. civ. I*, n° 112, *RTD civ.* 2004. 770, obs. Ph. Théry
- Cass. 1re civ. 14 déc. 2004, n° 01-03.285 , *RGDA* 2005. 188, note V. Heuzé, *D.* 2005, somm. 1199, obs. P. Courbe et H. Chanteloup.
- Civ. 1re, 30 sept. 2003, *RJPF* 2004-2/36, note M.-C. Le Boursicot, *Defrénois* 2004. 155, obs. J. Massip.
- Cass. civ. 1re 9 décembre 2003, *Bull. civ. I*, n° 252, *D.* 2004. 1998, note E. Poisson-Drocourt.
- Civ. 1re, 29 mars 2001, *Rev. trim. de dr. fam.*, 2001, p. 729.
- Cass. 1re civ. 18 avr. 2000, *D.* 2000, IR 140 , *JCP* 2000. IV. 1903.
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juill. 2000, *Époux Wallon*, *Rev. crit. DIP* 2001.349, spéc. p.353.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 16 févr. 1999, *Bull. civ. I*, n° 53, *D.* 1999. 692, note J. Massip , 2000. Somm. 170, obs. F. Vasseur-Lambry, et 1999. 201, obs. F. Granet, *Dr. fam.* 1999. Comm. 50, note P. Murat ; *JCP* 1999. II. 10117, note I. Ardeeff, *Defrénois* 1999. 941, obs. J. Massip, *RTD civ.* 1999. 372, obs. J. Hauser , *RGP* 1999. 668, obs. A. Gouttenoire.
- Cass. 1re civ. 13 avr. 1999, n° 97-11.108, *D.* 1999, IR 128, *Rev. crit. DIP* 2000. 219, note B. Ancel.
- Civ. 1re, 24 février 1998, *Bull. civ. I*, n°72 ; *Défrenois* 1998.1025, obs. Massip ; *Dr. Fam.*
- Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 29 avril 1998, *Bull. civ. III*, n°87 ; *RTD civ.* 1998.930, obs. P-Y
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 février 1997, n°94-19.685, Hédreul, *Bull. civ. I*, n°75 ; R. p. 271, *GAJC*,
- Cass. 1<sup>re</sup> civ. 6 mars 1997, *JCP* 1997. IV. 1681.
- Cass. 1re civ., 11 mars 1997, *D.* 1997. 400, note M.-L. Niboyet ; *adde* : H. Fulchiron, note *JCP* 1998. I. 101, p. 20.
- Civ. 1re, 7 octobre 1997, *Rev. crit. DIP*, 1998.72, note P. Hammje
- Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 nov. 1997, n° 95-12.698, *Bull. civ. I*, n° 107 ; *D.* 1998, Somm. 197, obs. Ph. Delbecq ; *RTD civ.* 1998. 116, obs. P. Jourdain.

- Cass. 1re civ. 3 déc. 1996, *Rev. crit. DIP* 1997. 318, note B. Ancel, *D.* 1997, IR 10, *JCP* 1997. IV. 187 ; 7 avr. 1998, *Rev. crit. DIP* 1998. 459, note H. Muir Watt
- Cass. 1re civ. 3 déc. 1996, *Rev. crit. DIP* 1997. 318, note B. Ancel, *D.* 1997, IR 10, *JCP* 1997. IV. 187 ; 7 avr. 1998, *Rev. crit. DIP* 1998. 459, note H. Muir Watt
- Cass. civ. 1re, 17 décembre 1996, *LPA*, 18 juin 1997 n° 73, p. 33 note J. Massip.
- Cass. 1re civ. 31 janv. 1995, *D.* 1995. 471, note P. Courbe
- Cass. 1re civ. 31 janv. 1995, *D.* 1995. 471, note P. Courbe ; Cass. 1re civ. 14 déc. 2004, n° 01-03.285, *RGDA* 2005. 188, note V. Heuzé, *D.* 2005, somm. 1199, obs. P. Courbe
- Cass 1<sup>ère</sup> civ. 10 mai 1995, *JDI* 1995. 625, note F. Monéger, *Rev. crit. DIP* 1995. 547, note H. Muir Watt, *D.* 1995. 544, note V. Larribau-Terneyre, *D.* 1995, IR 133, *Defrénois* 1996, p.22, obs. J. Massip ;
- Cass. 1 re civ., 10 mai 1995, *Fanthou, Gaz. Pal.*, Rec. 1995, panor. Cass., p. 163 [952367], 2000, *Gaz. Pal.*, Rec. 2000, somm. p. 2676 [005152], *Bull. civ. I*, n°229, p. 151.
- Cass. civ. 1re, 29 juin 1994, *Bull. civ. I*, n° 226, *JCP G* 1995. II. 22362, note J. Rubellin-Devichi.
- Cass. 1re civ. 1<sup>er</sup> juin 1994 *Moreau (Rev. crit. D.I.P., 1994. 654, note H. Muir Watt, Gaz. Pal., Rec. 1994, panor. Cass., p. 177 [943167]): Rev. crit. D.I.P., 1995. 548, note H. Muir-Watt*
- Cass. 1re civ., 1er juin 1994, *D.* 1995. 263, note J. Massip, *Rev. crit. DIP* 1995. 103, note J. Déprez
- Cass. 1re civ., 10 févr. 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 620, note J. Foyer, *D.* 1994. 66, note J. Massip, et *D.* 1994. somm. 32, obs. Kerckhove, 1re esp., *JDI* 1994. 124, 1re esp., note I. Barrière-Brousse ; voir aussi, TGI Paris, 5 avr. 1994, *D.* 1995. somm. 118.
- Cass. 1re civ., 17 mai 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 684, note P. Courbe ; pour le recours
- Cass. Civ. 1ère 20 décembre 1993, « *Dalico* », *Rev. arb.* 1994, p. 116 ; *Rev. crit. DIP* 1994, p. 663 ; *JDI* 1994 p. 432 et p. 692.
- Civ. 1re, 30 juin 1992, n° 90-22.016.
- Cass. 1re civ., 30 juin 1992 : *Juris-Data* n° 1992-001504.
- Cass. 1re civ. 25 juin 1991 : *Bull. civ. I*, n°210 ; *JCP* 1992, éd. G, II, 21798, note H. Muir Watt.
- Cass. soc., 11 juillet 1991, n°89-197.60 ; V. aussi Cass. soc. 19 avril 1989 : *Rev. crit*

Civ. 1re, 19 nov. 1991, n° 90-16.950, *Bull. civ. I*, no 316 ; *LPA* 1992, n° 91, note J. Massip.

Cass. 1re civ., 19 nov. 1991 : *Bull. civ.* 1991, I, n° 315.

Civ. 1<sup>ère</sup> 31 janvier 1990, *Pistre*, *Rev. crit. DIP* 1990 p. 519 note E. Poisson-Drocourt, 1991-II-21635 note H. Muir Watt, *Rép. Defrénois* 1990 p. 961 obs. Massip, *Grands arrêts Civ. 1re*, 13 déc. 1989, *JCP* 1990.II.21526, note A. Sériaux.

Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 31 janv. 1990, *Rev. crit. DIP* 1990. 519, spéc. p. 524, É. Poisson-Drocourt

Cass. 1re civ., 26 juin 1990, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1991. 593, note P. Courbe ;

Cass. 1re civ., 20 nov. 1990 : *Bull. civ.* 1990, I, n° 153 ; *Defrénois*. 1991, p. 290, obs. J. Massip ;

Civ. 1re, 18 déc. 1990, n° 89-12.177 , *D.* 1991. IR 14 ; 11 avr. 1995, n° 93-12.538 , *D.* 1995. IR 127 ; Lyon, 28 févr. 1979, *D.* 1980. IR 330, obs. Audit ; *JDI* 1980. 104, note Kahn ; *Rev. crit DIP* 1991. 759, note B. Ancel.

Civ. 1re, 7 mars 1989, no 87-14.045, *Bull. civ. I*, n° 111.

Cass. 1re civ. 7 juin 1989, *JCP* 1990. II. 21448, note J.-P. Rémerly ; CA Paris, 22 mai 1991, *D.* 1992, somm. 167, obs. B. Audit ;

Civ. 1re, 21 juin 1989, *D.* 1990. 182, note Lesca ; *JCP* 1990. II. 21547, note Charles ; *Defrénois* 1989, art. 34625, no 111, note J. Massip ; *Journ. not.* 1990. 30, note Raison.

Cass. 1re civ. 28 juin 1989, *Rev. crit. DIP* 1990. 111, note H. Gaudemet-Tallon

Civ. 1re, 18 oct. 1989, *Bull. civ. I*, n°322 ; *Rev. crit. DIP* 1990. 712, note Foyer ; *JDI* 1990.415, 2<sup>e</sup> esp., note Kahn : pièces d'un silo de dessiccation de fourrages ; Paris, 22 avr. internationale (Convention des Nations unies du 11 avr. 1980), 1995, *LGDJ*, Annexe II ; 1992, cité in Witz, Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente

Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 déc. 1989, *D.*1990.273, rapp. J. Massip ; *JCP* 1990.II.21526, note A. Sériaux ; Cass., Ass. plén., 31 mai 1991, *D.* 1991.417, rapp. Y. Chartier, note D. Thouvenin ; *D.* 1991. *Somm.* 318, obs. J.-L. Aubert ; *D.* 1992. *Somm.* 59, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; *JCP* 1991.II.21752, communication J. Bernard, concl. H. Dontenwille, note F. Terré.

Civ. 1re 13 décembre 1989 n° 88-15.655, *D* 1990 p. 273 Massip.

Cass. 1re civ., 1er mars 1988, *D.* 1988. 486, note J. Massip, *Rev. crit. DIP* 1989. 721, note A. Sinay-Cytermann ; invoquant la violation des droits de la défense,

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 27 avril 1988, *Bull. civ. III*, n°80 ; *D.* 1989.351, n. Ch. Atias.

Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 1988, *Baaziz*, *Rev. cit. DIP* 1989.71, note Y. Lequette

- Cass. 1re civ., 3 nov. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 495, note J. Foyer, *JDI* 1989. 703, note F. Monéger.
- Cass. 1re civ. 6 janv. 1987, *Rev. crit. DIP* 1988. 337, note Y. Lequette.
- Civ. 1re, 22 juill. 1987, *RDSS* 1988.351, note F. Monéger; *D.* 1988. Jur. 172, note J. Gautier et 1999.89, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, *Djenangi*, cette *Revue*, 1988. 302, note J.-M. Bischoff ; *JDI* 1987. 1025, note A. Sinay-Cytermann.
- Cass. 1re civ., 12 nov. 1986 : *D.* 1987, jurispr. p. 157, note J. Massip ;
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1986 (2 arrêts), *Rev. crit. DIP*, 1987.557, note E. Poisson-Drocourt ; *Rev. crit. DIP*, 2001.349, note H. Muir Watt.
- Civ, 1re, 6 fév. 1985, *Simitch*, *Bull.*, I, n° 55.
- Cass, civ 1ère, 6 fév 1985, *Rev Crit DIP* 1964, 344 *in Droit du commerce*
- Cass, civ, 1re, 6 fév. 1985, *Simitch*, *Bull.*, I, n° 55.
- Cass, civ. 1ère, 6 fév. 1985, *D.* 1985, p. 469.
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 19 nov. 1985, *Rev. crit. DIP* 1986. 712, spéc. P. 716, Y. Lequette.
- Civ. 1re, 17 déc. 1985, *CSEE c/ Sté Sorelec*, *Rev. crit. DIP* 1986. 537, note Gaudemet-Tallon ; *D.* 1986. IR 265, obs. Audit
- Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 7 nov. 1984, *Defrénois* 1984, art. 33781, n°80, note Massip ; *JDI* 1985, *Rev. Crit. DIP* 1989. 533, 1<sup>ère</sup> esp., note M. Simon-Depitre, *JDI* 1985. 434, note H. Gaudemet-Tallon, *D.* 1985.459, note E. Poisson-Drocourt, *Defrénois* 1990. 961, obs. J. Massip, *Grands arrêts*, Dalloz, n°66, p.623, obs. B. Ancel et Y. Lequette.
- Cass. 1re civ., 3 nov. 1983, 1re esp., *Rev. crit. DIP* 1984. 325, note I. Fadlallah ; 8 déc. 1987 et 6 juill. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 733, note M.-L. Niboyet-Hoegy, *JDI* 1989. 63, note F. Monéger, 2e arrêt
- Cass. 1re civ., 17 févr. 1982, *Rev. crit. DIP* 1983. 275, note Y. Lequette.
- Cass. 1re civ., 15 juin 1982, *Rev. crit. DIP* 1983. 300, note J.-M. Bischoff
- Cass. 1re civ, 1er avr. 1981 : *JDI* 1981, p. 812, note D. Alexandre ; *Bull. civ.* 1981, I, n° 117 ; *D.* 1982, inf. rap. p. 69, obs. B. Audit
- Cass. 1re civ. 16 juin 1981, *D.* 1982, IR 71, obs. B. Audit, *Rev. crit. DIP* 1981. 721, note H. Gaudemet-Tallon ;
- Civ. 1re, 16 décembre 1980, *D.* 1980.515, note J. Massip ; *Dr. Fam.* 1998, n°20, obs. P. Murat ; *Défrenois* 1998.772, obs. J. Massip.

Cass. 1re civ. 24 oct. 1979, *D.* 1980, IR 329, obs. B. Audit.

Cass. 1re civ., 18 déc. 1979, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1981. 88,

Civ. 1re, 20 mars 1978, *Bull. civ. I*, n° 144.

Civ. 3<sup>e</sup>, 7 mars 1978, n° 76-14.534, *Bull. civ. III*, n° 108.

Civ. 1re, 13 juin 1978, *Rev. crit. DIP* 1978. 722, note Audit ; *JDI* 1979. 141, obs. Kahn ;

Civ. 1re, 22 avril 1975, *Bull. civ. I*, n°141 ; *R.*, p.17 ; *D.* 1975.496.

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 22 avril 1975, n°74-11258 : *Bull. civ. I* n° 141.

Cass. 1re civ.16 juill. 1974, *Rev. crit. DIP* 1975. 509, note A. Huet, *D.* 1975, IR 52.

Civ. 1re, 10 juill. 1973, *Bull. civ. I*, no 243, *JCP* 1974. II. 17689, note E. S. de La Marnierre

Civ. 5 juillet 1973, *D.* 1974, p. 289, note P. Raynaud

Cass. 1re civ. 16 janv. 1973, *JDI* 1975. 336, note Ph. Kahn, *Rép. Commaille* 1975. 616, note G. Droz, *Rev. crit. DIP* 1975. 92.

Cass. 1re civ. 18 mai 1971, *JDI* 1972. 62, 1re esp., note B. Oppetit, *Rev. crit. DIP* 1972. 124, note E. Mezger, *Rev. arb.* 1972. 2, note P. Kahn, *D.* 1972. 37, note D. Alexandre.

Cass. 1re civ. 7 déc. 1971, *D.* 1972, somm. 81, *JDI* 1972. 840, note J. Bigot ; 16 juill. 1974, *Rev. crit. DIP* 1975. 509, note A. Huet, *D.* 1975, IR 52.

Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1970, *Weiss c/ Sté Atlantic Electric et autres*, *Rev. crit. DIP* 1971. 113, note Batiffol, *Grands arrêts, op. cit.*, n° 49.

Cass. 1re civ. *JCP* 1967. II. 15304, note J. A., *Rev. crit. DIP* 1968. 105, note J. Foyer, *D.* 1968. 302, chron. E. Claeys, *Rép. Commaille* 1968. 139, note G. Droz.

Cass. 1re civ., 12 janv. 1966 : *D.* 1966, jurispr. p. 236.

Civ. 1re, 19 janv. 1966, *Bull. civ. I*, n° 40, *RDSS* 1966. 150.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 21 mars 1966, *D.* 1966. 429, note Ph. Malaurie, *JDI* 1967. 380, note J.-D. Bredin, *Rép. Commaille* 1966. 441, obs. G. Droz, *ibid.* 1966. 493, obs. Boyer, *Rev. crit. DIP* 1966. 670, note A. Ponsard, *Grands arrêts, op. cit.*, n° 43.

Cass. 2e civ. 20 déc. 1965, *JCP* 1966. II. 14558, note P.L.

Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1964, *JDI* 1965. 120, note B. G. Mais V. Com. 27 avr. 1964, *JDI* 1964. 819, note Dayant.

Cass. civ. 19 février 1963, *Bull. civ. I*, n°110 ; *JCP G* 1964.II.13475.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 21 mai 1963, *Rev. crit. DIP* 1964. 340, note Y. Loussouarn, *JDI* 1964. 636, note G. Droz.

Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 22 févr. 1961, *Corcos*, *Rev. crit. DIP* 1961. 382, note Batiffol.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 13 nov. 1957, *Rev. crit. DIP* 1958. 735, note Y. Loussouarn, *JDI* 1958. 828, obs. Sialelli.

Cass. civ. 1<sup>er</sup> févr. 1955, *JCP* 1955. II. 8657, note P. L. Lucas, *Rev. crit. DIP* 1955. G. Holleaux, *Rev. crit. DIP* 1959. 501, note Batiffol ; 327, note Batiffol, *JDI* 1956. 684 ; 5 mai et 16 juin 1959, Rougeron, *D.* 1959. 377.

Cass. civ., 17 avr. 1953, *Rivière* : *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note H. Batiffol ; *JDI* 1953, p. 860, note R. Plaisant ; *JCP* 1953, II, n° 7863, note J. Buchet ; *Rabelszeitschrift* 1955, p. 520, note Ph. Francescakis ; B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* : LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2006, n° 26.

Cass. civ., 25 mai 1948 : *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note Batiffol ; *JCP* 1948 II, 4532, note Vasseur.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 5 décembre 1910, *Rev. drt. int.*, 1911, p. 395, *JDI*, 1912, p. 1156, S. 1911, 1, 129.

Cass. civ., 28 février 1860, *Buckley*, *Grands arrêts DIP* n°4.

Civ. 1<sup>re</sup>, 26 nov. 1828, S. 1829.I.9.

## **Deuxième chambre civile**

Cass. 2<sup>e</sup> civ. 18 déc. 2003, *Cahiers de l'arbitrage* 2004/1, p. 20.

Cass. 2<sup>e</sup> civ. 25 févr. 1976, *Bull. civ.* II, n° 64, *D.* 1976, IR 150, obs. B. Audit.

Cass. 2<sup>e</sup> civ. 7 juill. 1962, *JDI* 1963. 106, note Ponsard ; 12 juill. 1962, *JDI* 1963.1056, note B. G.

## **Chambre sociale**

Soc. 13 novembre 1996, n°94-13.187, *Bull. civ.* V, n°386 ; *GADT*, 4<sup>e</sup> éd., 2008, n°1-3 ; *JCP E* 1997. II.911, note J. Bathélémy.

Cass. soc. 2 juin et 20 oct. 1983, *JDI* 1984. 338, 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> esp., note P. Rodière, 2<sup>e</sup> esp., *Rev. crit. DIP* 1985. 99, note H. Gaudemet-Tallon.

## Chambre Commerciale

Com, 14 mai 2008, *Bull. civ.*, IV, n°100.

Cass. com. 25 nov. 1997, *Rev. crit. DIP* 1998. 98, note J.-P. Rémy, *JCP* 1998. IV. 1063.

Com. 4 oct. 1994, n° 92-15.330, *Bull. civ.* IV, n° 276.

Cass. com. 19 mars 1991, *D.* 1991, IR 113 ; *RJDA* 7/1991, n° 661.

Cass. com. 19 déc. 1978, *JDI* 1979. 366, note H. Gaudemet-Tallon, *Rev. crit. DIP* 1979. 617, note A. Huet, *D.* 1979, IR 241, obs. B. Audit.

Cass. com. 15 juin 1967, *JDI* 1965. 113 et 1968. 929, notes B. Goldman, *Rev. arb.* 1964. 55.

Cass. com. 9 oct. 1967, *JDI* 1968. 918, note J.-D. Bredin, *RTD com.* 1969. 378, note 113, note J.-B. Sialelli, *RTD civ.* 1963. 795, obs. P. Hébraud et P. Raynaud, *Rép. Commaille*.

Cass. com., 7 mai 1962, *Bull. civ.* III, n°240.

## Cour d'appel

Aix-en-Provence, 28 févr. 2006, *JCP* 2006. IV. 3218.

Aix-en-Provence, 24 oct. 2006, *JCP* 2007. I. 170, no 13, obs. J. Rubellin-Devichi, *JCP* 2007. II. 10073, note A. Verdot ; *contra*, Nîmes, 12 déc. 2007, *JCP* 2008. IV. 1794.

Aix-en-Provence, 5 mars 2002, *Dr. fam.* 2003. Comm. 117, note C. Gaillard.

Aix-en-Provence, 29 nov. 2001 : *Juris-Data* n° 2001-175694.

Aix-en-Provence, 29 nov. 2001 : *Juris-Data* n° 2001-175694.

Aix-en-Provence, 27 mars 1998 : *Juris-Data* n° 1998-041023.

Aix-en-Provence, 14 mai 1981, *DMF* 1982. 341, note R. Achard.

Aix-en-Provence, 15 juin 1972, *D.* 1972. 756, notes crit. R. Rodière, *Rev. crit. DIP* 1973. 350, note H. Gaudemet-Tallon, *Rép. Commaille* 1973. 617, note G. Droz.

Bordeaux, 8 nov. 2006, *JCP* 2007. IV. 1393.

Bordeaux, 7 mars 2002 : *Juris-Data* n° 2002-172988 ; *Dr. famille* 2002, comm.83, note P. Murat.

Bordeaux, 7 mars 2002, *JCP* 2002. I. 165, no 7, obs. Rubellin-Devichi, *Dr. fam.* 2002. Comm. 83, note P. Murat, *RTD civ.* 2002. 797, obs. J. Hauser.

Dijon, 28 janv. 1997, *BICC* 1<sup>er</sup> juill. 1997, n° 865.

Dijon, 28 janv. 1997, *JCP* 1997. IV. 1978.

Douai, 14 sept. 2009, *RG* n° 07/02201.

Grenoble, 10 déc. 2004, *Dr. fam.* 2005. Comm. 129, note P. Murat.

Grenoble, 3 juill. 2001 : *Juris-Data* n° 2001-015054.

Grenoble, 28 nov. 1989, *JDI* 1990. 626, note Ph. Kahn.

Limoges, 1er oct. 2007, *JCP* 2008. IV. 1431.

Limoges, 1er juin 1995 : *Juris-Data* n° 1995-042302.

Limoges, 26 nov. 1992, *D.* 1994. 207, note B. Berry.

Lyon, 19 juin 2003, *JCP* 2004. IV. 1306.

Lyon, 31 oct. 1979, *Rev. crit. DIP* 1980. 558, note B. Ancel, *D.* 1980, IR 332, obs. B. Audit, *JDI* 1981. 54, note J. Foyer.

Montpellier, 10 mai 1998, commentée par J. Rubellin-Devichi, « Adoption », *RTD Civ.* 1990, spéc. 49 et 250.

Montpellier, 10 mai 1998, J. Rubellin-Devichi, « Adoption », *RTD Civ.* 1990, spéc. 49 et 250 ; Civ. 5 juillet 1973, *D.* 1974, p. 289, note P. Raynaud.

Nancy, 22 nov. 2004, *Cahiers de l'arbitrage* 2006/1, p. 44.

Paris, 18 mars 2010, *RG* n° 09/11017, *RTD civ.* 2010.317, obs. J. Hauser.

Paris, 1ère Chambre, Section C, 25 octobre 2007, *RG* 06/00507.

Paris, 25 oct. 2007, *RG* 06/00507, F. Bellivier et C. Noiville, Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation.

Paris, 25 oct. 2007 : *JurisData* n° 2007-344059 ; *RDC* 2008, p. 545, obs. F. Bellivier et Ch. Noiville.

Paris, 25 oct. 2007, *D.* 2007. AJ. 2953, obs. F. Luxembours, 2008. Pan. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts, et Pan. 1435, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *AJ fam.* 2007. 478, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2008. 93, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2008. 20, note G. de Geouffre de la Pradelle ; *JDI* 2008, note G. Cuniberti ; F. Bellivier et C. Noiville, Le contrat de mère porteuse : émancipation ou aliénation ?, *RDC* 2008. 545 ; L. Brunet, *RGDM* 2008, n° 27. 155 ; R. Chendeb, *Deffrénois* 2008. 291, n° 38717 ; M. Lamarche, *Dr. fam.* 2007, Focus n° 87.

Paris, 8 juin 2006, *RJPF* 2006-10/44, note M.-C. Le Boursicot.

Paris, 16 janv. 2003, *AJ fam.* 2003. 181, obs. F. B., *RTD civ.* 2003. 280, obs. J. Hauser.

Paris, 16 janv. 2003, RG n° 2002/06063, *AJ fam.* 2003. 181 ; *RDSS* 2003. 482, obs. F. Monéger.

Paris, 3 oct. 2002 : *Juris-Data* n° 2002-191687.

Paris, 11 oct. 2001 : *Juris-Data* n° 2001-156037.

Paris, 30 oct. 2001, *AJ fam.* 2002.26.

Paris, 8 nov. 2001, *RTD civ.* 2002. 85, obs. J. Hauser ; note P. Murat, *JCP* 2003. I. 101, n° 4, obs. J. Rubellin-Devich.

Paris, 16 juin 1998, *Rev. arb.* 1999. 333, note L. Idot.

Paris, 10 juin 1997, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1997. 705, spéc. p. 707, note H. Muir Watt.

Paris, 12 mars 1996 : *D.* 1998, somm. p. 282, obs. B. Audit.

Paris, 13 juin 1996, *KFTCIC*, *op. cit.* ; Cass. 1re civ. 21 mai 1997, *Rev. arb.* 1997. 537, note E. Gaillard.

Paris, 31 mars 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 314, note Muir Watt.

Paris, 19 sept. 1995, *Rev. crit. DIP* 1996. 112, note H. Muir Watt.

Paris, 21 sept. 1995, *D.* 1996. Somm. 168, obs. Audit ; *JDI* 1996. 683, note Kahn.

Paris, 21 nov. 1995, *RTD civ.* 1996. 138, obs. J. Hauser.

Paris, 13 déc. 1995, *JCP* 1997. II. 22772, note P. de Vareilles-Sommière.

Paris, 24 févr. 1994 : *Juris-Data* n° 1994-020985.

Paris, 18 févr. 1994, *D.* 1994, somm. 351.

Paris, 29 juin 1993, *D.* 1993, IR 248.

Paris, 2 juill. 1993 : *Juris-Data* n° 1993-022332.

Paris, 30 janv. 1991, *D.* 1993, somm. 380, obs. J. M. Mousseron et J. Schmidt.

Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz et autres c/SNCFT*, *Rev. arb.* 1991. 478, note L. Idot.

Paris 12 juill. 1991, *Rev. crit. DIP* 1992. 309, note H. Muir Watt

Paris, 14 nov. 1990 *JDI* 1991. 734, note H. Gaudemet-Tallon

Paris, 11 janv. 1989, *D.* 1989, somm. 256, obs. crit. B. Audit.

Paris, 16 mars 1989 : *Juris-Data* n° 1989-022921.

Paris, 1re ch., sect. C, 28 avr. 1988 : *Journ. not.* 1988, p. 944, obs. La Marnierre.

Paris, 28 avr. 1988, *D.* 1988. IR 145 ; *RTD civ.* 1988. 716, obs. crit. Rubellin-Devichi.

Paris 15 nov. 1988, *D.* 1989. somm. 257, obs. B. Audit.

Paris, 18 déc. 1987, *D.* 1988, somm. 343, obs. B. Audit

Paris, 6 juill. 1982, *Rev. crit. DIP* 1984. 325, note I. Fadlallah

Paris, 8 déc. 1977, *Rev. crit. DIP* 1978. 684, note J. Foyer, *D.* 1978. 835, note E. Poisson.

Paris, 8 déc. 1977, *D.* 1978. 235, note Poisson-Drocourt ; *Rev. crit. DIP* 1978. 684.

Paris, 4 juin 1975, *JCP* 1977. II.18581, note Betant-Robert.

Paris, 11 juill. 1975, *D.* 1976. 682, note E. Poisson-Drocourt, *Rép. Commaille* 1976. 321, obs. G. Droz, *Rev. crit. DIP* 1976. 695, note J. Foyer.

Paris, 11 juillet 1975 (2<sup>e</sup> arrêt), *Rev. crit. DIP*, 1976.700, note J. Foyer.

Paris, 11 juill. 1975, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1976. 695, note J. Foyer.

Paris, 11 juill. 1975, *D.* 1976. 682, note E. Poisson-Drocourt, *Rev. crit. DIP* 1976. 695, note Foyer.

Paris, 20 juin 1969, *Impex, JDI* 1971. 118, note B. Oppetit.

Pau, 10 juill. 1997 : *Juris-Data* n° 1997-046308.

Pau, 10 juill. 1997, *RTD civ.* 2000. 310, obs. J. Hauser.

Pau, 6 oct. 1993 : *Juris-Data* n° 1993-047767.

Pau, 20 févr. 1991 : *Juris-Data* n° 1991-040967.

Pau, 30 mai 1990 : *D.* 1991, p. 20, note Larribau-Terneyre.

Poitiers, 7 févr. 2007, *AJ fam.* 2007. 322.

Poitiers, 16 avr. 2002 : *Juris-Data* n° 2002-182246.

Rennes, 4 juill. 2002, *D.* 2002. 2902, note F. Granet, *Dr. fam.* 2002. Comm. 142.

Rennes, 16 mars 1993, *D.* 1995.113, note Geffroy et Desgue.

Rennes, 16 févr. 1993 : *Juris-Data* n° 1993-041798.

Rennes, 6e ch., 10 déc. 1981 : *Juris-Data* n° 1981-042370.

Rouen, 7 mai 2009, *JCP* 2009, n°40, act. 275, obs. Brière ; *Juris-Data* n°2009-003176.

Rouen, 28 janv. 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 307, note crit. H. Gaudemet.-Tallon.

Rouen, 31 mars 1987, *Gaz. Pal.* 1988. 2. Somm. 278.

Toulouse, 15 févr. 2005, *Dr. fam.* 2006. Comm. 43, obs. M. Farge.

Versailles, 29 avril 2014, *Rev. crit. DIP*, 103 (3) 2014, p. 617.

Versailles, 13 oct. 2005, *D.* 2007. Pan. 534, obs. Witz.

Versailles, 25 mars 2004, *Dr. fam.* 2004. Comm. 219, note P. Murat, *RTD civ.* 2004. 497, obs. J. Hauser.

Versailles, 4 nov. 2004, *RD aff. int.* 2005. 791, *Gaz. Pal.* 3-4 juin 2005, p. 26 Y. Loussouarn.

Versailles, 17 mai 2001, *Gaz. Pal.* 26-28 mai 2002. Somm. 30, *AJ fam.* 2001. 26, *RTD civ.* 2001. 866, obs. J. Hauser.

Versailles, 9 déc. 1999, *BICC* 15 oct. 2000, n° 1174, *RDSS* 2000. 437, obs. F. Monéger.

### **Tribunal de Grande Instance**

TGI Nantes, 10 févr. 2011, n°10/06276.

TGI Paris, 23 mai 2007, *Gaz. Pal.* 2007. 3247 note G. de Geouffre de La Pradelle.

TGI Paris, 15 mars 2000, *D.* 2001. Somm. 2799, obs. S. Henneron, *RTD civ.* 2001.

TGI Paris, 22 févr. 1999, *Rev. arb.* 2003. 189.

TGI Paris, 28 mai 1996 *Juris-Data* n° 1996-043809, *D.* 1997. Somm. 162, obs. F. Granet.

TGI Paris, 21 nov. 1995 : *Juris-Data* n° 1995-053684.

TGI Paris, 6 juill. 1994, I, 3805, § 2, obs L. Cadiet ; 5 nov. 1997, *D.* 1998. 9, note M. A. Frison-Roche ; Paris, 20 janv. 1999, *D.* 1999. IR 125.

TGI Paris, 5 janv. 1994, *Rev. crit. DIP* 1994. 529, note E. Poisson-Drocourt et Rangel.

TGI Paris, 23 nov. 1993, *D.* 1995. 306, note S. Aubert.

TGI Paris, 2 févr. 1993, *D.* 1993. Somm. 327, obs. F. Granet-Lambrechts.

TGI Dunkerque, 19 févr. 1986, *JDI* 1986. 713, note Kahn.

TGI Paris, 18 nov. 1980, *D.* 1981. 80, note P. Raynaud, *JCP* 1981. II. 19540, note D. Huet-Weiller et A. Huet.

TGI Paris, 3 juin 1980, cité par P. Lagarde, *Rec. cours La Haye*, t. 196, 1986-I, p. 111.

TGI Versailles, 26 nov. 1979, *Gaz. Pal.* 1980. 2. Somm. 471.

TGI Paris, 3 juill. 1979, *D.* 1980. IR. 58.

TGI Paris, 23 avril 1979, *Rev. crit. DIP* 1980. 83, note P. Lagarde ; *Rev. crit. DIP* 1981. 673, note B. Ancel

TGI Paris, 26 janv. 1978, *Rev. crit. DIP* 1979. 112, note D. H.

TGI Paris, 15 déc. 1975, *Rev. Crit. DIP* 1976. 728, note Y. Lequette

TGI Avesnes-sur-Helpe, 21 mars 1975, *Rev. Crit. DIP* 1975. 623, note P. Lagarde.

TGI Beauvais, 12 oct. 1972, *Rev. crit. DIP* 1973. 703, note J. Foyer.

## **Tribunal civil**

T. civ. Bayonne, 31 juill. 1930, *S.* 1931.2.200.

# **Jurisprudence administrative**

## **Tribunal administratif**

TA Besançon, 10 novembre 2009, n° 09-299.

## **Cour d'appel administrative**

CAA Bordeaux, 17 nov. 1997, *JCP* 1998. I. 151, n° 9, obs. Y. Favier, *Dr. fam.* 1998. Comm. 84, note P. Murat.

## **Conseil d'État**

CE 4 mai 2011, n° 348778, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c/ Morin*, *D.* 2011. 1347, 1995, obs. A. Gouttenoire, 2012. 308, obs. J.-C. Galloux, et 390, obs. F. Jault-Seseke ; *AJDA* 2011. 928 ; *AJ fam.* 2011. 328, obs. F. Miloudi ; *AJCT* 2011. 414, obs. C. Siffrein-Blanc ; *RTD civ.* 2011. 530, obs. J. Hauser.

CE 8 juill. 2011, n° 350486, *Ministre d'État, ministre des affaires étrangères et européennes c/ Simonet*, *D.* 2012. 390, obs. F. Jault-Seseke ; *AJDA* 2011. 1406 ; *AJ fam.* 2011. 499, obs. F. Miloudi.

CE 27 juin 2008, no 291561, *AJ fam.* 2008.342, obs. F. Chénéde.

CE, 22 mars 1991, *Boisne*, req. n°94 897 : *Lebon T.* 982.

CE, ass., 22 janv. 1988, req. n° 80936, *Assoc. Les cigognes*, *Lebon* 37.

CE, 19 avril 1968, *Delle Lebrun*, req. n°70104 : *D.* 1968.458.

## **Avis Cour de cassation**

C. cass., avis, n° 15011, 22 sept. 2014 ; C. cass., communiqué de presse, 23 sept. 2014, C. cass., avis, n° 15010, 22 sept. 2014.

## **Jurisprudence étrangère**

### **Droit américain**

*Re D and L* (minors) (surrogacy) [2012] *EWHC* 2631

*In the Matter of N* (a child) [2007] *EWCA Civ.* 1053

*Finstuen v. Crutcher*, 496 F.3d 1139, *10th Cir.* 2007.

*J.R. v. Utah*, 261 F. Supp. 2d 1268 (2003)

61 Cal. App.4th 1420, 72 Cal. Rptr 2d 280 (1998)

*Soos V. Superior CT*, 897 P.2d1356 (Ariz. App. 1994)

*Re H* (A Minor) (S. 37 Direction) [1993] 2 FLR 541

*Johnson v. Calvert* (1993) 5 Cal. 4th 84 [19 Cal. Rptr. 2d 494, 851 P.2d 776]

*Michael H v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989)

*In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988)

*Surrogate Parenting Associates v. Commonwealth of Kentucky*, 704 S.W.2d.209 (1986)

*State v. Bryant*, 237 Kan. 47, 697 P.2d 858 (1985)

*Sanders v. Arkansas-Missouri Power Co.*, 267 Ark. 1009, 593 S.W.2d 56 (Ct. App. 1980)

*Zamore v. Whitter*, 395 A.2d 435 (Me. 1978)  
*Sees c/ Barber* 74 N.J. 201, 217 (1977)  
*Barry E. v. Ingraham*, 43 N.Y.2d 87, 371 N.E.2d 492 (1977).  
*In Reimche v. First National Bank of Nevada* (512 F. 2d 187 (1975)  
*Farmer's State Bank v. Conrardy*, 215 Kan. 334, 524 P.2d 690 (1974)  
*Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.*, 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965)  
*Doulgeris v. Bambacus*, 203 VA 670, 127 S.E.2d 145 (1962).  
*Inman v. Clyde Hall Drilling Co.*, 369 P.2d 498, 500 (Alaska 1962)  
*Harry Rubin & Sons v. Consolidated Pipe Co.*, 396 Pa. 506, 153 A.2d 472 (1959)  
*Willey v. Lawton* (8. Ill. App. 2d. 344, 132 N.E. 2d 34 (1956))

### **Droit espagnol**

*Sentencia* 6 févr. 2014, n° 835/2013, D 2014, p. 905, *Rev. crit. DIP*, 103 (3) 2014.

*Dirección General de los Registros y el Notariado* (DGRN) 2575/2008, 18 février 2009 (Espagne/Californie).

### **Droit Belge**

T. jeunesse Turnhout, 4 oct. 2001, *R.W.* 2001, n° 6 du 6 oct. 2001.  
T. jeunesse Anvers, 14 janv. 2008, *R.W.*, 2007-2008, n° 42, p. 1774.  
T. jeunesse Bruxelles, 4 juin 1996, *J.L.M.B.* 1996, p. 1182 ; *RD santé* 1997. 124.  
T. jeunesse Bruxelles, 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009/23, p. 1083.  
T. jeunesse Bruxelles, 23 août 2012, *Act. Dr. fam.* 2013/5, p. 99.  
T. jeunesse Namur, 7 janv. 2011, *Act. Dr. fam.* 2013/5, p. 96.

### **Droit anglais**

*X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam).

*Court of Appeal*, 6 février 1997, *R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex part Blood* (1997), 2 All ER 687, C.A.

*Re G* (Surrogacy: Foreign Domicile) [2008] 1 FLR 1047(Turquie/Royaume-Uni)

*Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* [2010] EWHC 1180.

# INDEX

Les entrées référencées renvoies à des numéros de verset.

## A

### **Adoption.** 3

couple homosexuel. 57, 454 s.

enfant du conjoint. 54

internationale. 63 s.

interne. 26 s.

### **Agrément.** 46

### **Arbitrage.** 420 s.

clause compromissoire. 427 s.

### **Autonomie de la volonté.** 8 s., 295, 383, 589

### **Autorité centrale.** 317, 333, 527

## C

### **Clause attributive de juridiction.**

412 s.

### **Consentement.** 42

candidats à l'adoption. 76, 52

mère porteuse. 105

parents biologiques. 31 s., 42, 66

vices. 73

### **Contrat**

à titre gratuit. 176

à titre onéreux. 176, 188

bail. 214

d'entreprise. 230, 257, 361, 391

de commission. 274

de prestation de service. 215

mandat. 270, 274, 282, 358

prestation de services. 237 s., 373

vente. 103, 214, 219, 232, 351

## D

### **Délais de rétractation.** 36

## E

### **Etat civil.** 483

État d'origine. 315

État d'accueil. 314

### **Etat des personnes.** 490

**Exequatur.** 135 s., 153, 162, 327, 447,  
450, 455 s., 483, 525 s.

arbitrage. 429 s.

## F

### **Filiation élective.** 2

**Fraude.** 6, 113 s., 132, 143, 448, 459,  
492, 517

## I

**Indisponibilité de l'état des personnes.**  
141, 409, 488

**Indisponibilité du corps humain.** 126,  
490

**Inopposabilité.** 448

**Intent theory.** 107

**Intérêt supérieur de l'enfant.** 560

**Irrévocabilité.** 519 s., 530 s., 543

## J

**Juridiction compétente**

adoption internationale. 331 s.

maternité pour autrui. 383 s., 565

## K

**Kafala.** 463, 471

## L

**Loi applicable**

loi d'autonomie. 371

statut personnel. 374, 432

statut réel. 373

**Lois de police.** 246

## M

**Maternité de substitution.** 7, 90

**Mère porteuse.** 571

consentement. 556

## O

**Obligation**

de moyens. 249, 281

de résultat. 281

**Open adoption.** 30, 42, 202

**Open adoption agreements.** 206

**Opposabilité.** 16, 525, 480, 456, 455,  
449

**Ordre public.** 11, 97, 105, 111, 141 s.,  
372, 485, 560, 573.

atténué. 488, 459

de proximité. 462, 458, 455

international. 490, 488, 479, 464 s.,  
455, 447, 430, 147, 135, 130

**Organismes agréés.** 311

## P

**Parents intentionnels.** 571, 3

**Possession d'état.** 375, 131

**Possession d'état.** 529, 113

**Provocation à l'abandon.** 116

## R

**Reconnaissance.** 574 s., 472 s., 572,  
527, 479, 471, 455, 446 s., 378, 374,  
326 s, 147, 126 s., 113, 67, 16

**Responsabilité**

mandat. 282

maternité pour autrui. 256

**Rétractation.** 562, 552, 551, 551, 537

**Révocabilité.** 508 s.

**Révocation.** 562, 553, 521 s., 44, 35

motifs graves. 509

**S**

**Sanctions pénales.** 120

**T**

**Tourisme procréatif.** 132, 378, 436

**Transcription,** 127 s., 141, 161, 182,  
418 s., 449, 483, 488, 497, 525, 497



# TABLES DES MATIERES

<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>VII</b>
<b>TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS</b> .....	<b>VIII</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>Partie 1. Les conséquences de l'autonomie de la volonté dans les filiations électives</b> .....	<b>27</b>
<b>TITRE 1. L'INTERNATIONALISATION DES FILIATIONS ELECTIVES ... 31</b>	
Chapitre 1. L'adoption .....	35
Section 1. L'adoption interne .....	37
I. La qualité du consentement des parents biologiques.....	38
A. Une volonté éclairée .....	38
1. La nature de l'information remise aux parents par le sang .....	39
2. La confirmation de la législation française sur la qualité du consentement par la Cour européenne des droits de l'Homme .....	42
B. Les délais de rétractation et de révocation du consentement .....	46
1. Les délais de rétractation en droit français.....	46
2. Les délais de l'expression du consentement aux États-Unis.....	50
II. L'expression du consentement des candidats à l'adoption .....	53
A. La procédure d'agrément en vue de l'adoption .....	53
B. Les conditions de l'expression du consentement .....	63
Conclusion de section 1 .....	68
Section 2. L'adoption internationale.....	69
I. Le Consentement à l'adoption des parents biologiques .....	71
A. L'expression du consentement des parents biologiques .....	71
B. Les vices du consentement .....	84
II. Le consentement des candidats à l'adoption .....	87
A. Une volonté encadrée par la loi .....	88
B. Une volonté protégée par la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale .....	92
Conclusion de section 2.....	95
Conclusion de chapitre 1 .....	96
Chapitre 2. La maternité de substitution .....	97
Section 1. Les droits nationaux.....	99
I. L'admission américaine de la pratique des mères porteuses .....	100

A.	L'admission de la pratique des mères porteuses par la jurisprudence.....	100
1.	L'affaire Baby M .....	100
2.	L'évolution législative .....	105
B.	La détermination de la mère légale selon le critère de la volonté .....	110
1.	L'affaire Johnson c/ Calvert.....	111
2.	L'état du droit positif .....	114
II.	La prohibition française de la pratique.....	116
A.	Le droit civil .....	117
B.	Le droit pénal .....	120
	Conclusion de section 1 .....	123
	Section 2. Le recours aux mères porteuses étrangères.....	124
I.	Une tendance au <i>law shopping</i> en matière de maternité pour autrui .....	125
A.	La position française face au recours aux mères porteuses étrangères .....	125
1.	Le refus de reconnaissance de la filiation issue d'un accord de maternité pour autrui par la jurisprudence français .....	126
a)	La position du Conseil d'État.....	127
b)	La jurisprudence constante de la Cour de cassation.....	129
2.	La jurisprudence Wagner de la Cour européenne des Droits de l'Homme, un espoir pour les couples français.....	135
B.	La condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme .....	143
II.	Les droits consacrés par les conventions internationales face aux droits nationaux .....	147
A.	La Cour européenne des Droits de l'Homme garante du respect des droits issus de conventions de l'Union européenne .....	148
B.	Les législations et jurisprudences des États face à la position de la Cour européenne des Droits de l'Homme.....	151
1.	La licéité des conventions de maternité pour autrui.....	151
2.	La prohibition des conventions de maternité pour autrui .....	155
3.	Le droit espagnol et le consensus de la jurisprudence du tribunal supremo espagnol face aux règles de la Convention européenne des Droits de l'Homme .....	160
a)	Le droit espagnol.....	161
b)	La jurisprudence .....	161
	Conclusion de section 2 .....	164
	Conclusion de chapitre 2 .....	165
	Conclusion de Titre i .....	166
	<b>TITRE 2. LA CONTRACTUALISATION DES FILIATIONS ÉLECTIVES..</b>	<b>167</b>
	Chapitre 1. La détermination des caractères essentiels des contrats support de filiations électives .....	173
	Section 1. Le caractère onéreux ou gratuit des contrats.....	175

I.	Le caractère onéreux ou gratuit des contrats dans le cadre de l'adoption .....	177
A.	Le principe de gratuité .....	179
B.	La réalité contractuelle de l'adoption .....	180
1.	La réalité contractuelle de l'adoption internationale en France .....	180
2.	La réalité contractuelle de l'adoption aux États-Unis .....	183
II.	Le caractère onéreux ou gratuit des contrats de maternité de substitution .....	185
A.	Le problème de la compensation financière .....	186
B.	Le constat d'une commercialisation des filiations électives .....	188
	Conclusion de section 1 .....	195
	Section 2. La détermination de l'objet du contrat.....	196
I.	La détermination de l'objet du contrat dans l'adoption.....	199
A.	Le refus de la contractualisation de l'adoption en droit français .....	199
B.	L'objet du contrat dans le cadre de l' <i>open adoption</i> .....	200
1.	La filiation, objet du contrat .....	200
2.	The open adoption agreement.....	202
II.	La détermination de l'objet du contrat de maternité pour autrui .....	205
A.	La qualification du contrat de mère porteuse en contrat de vente.....	205
B.	La qualification du contrat de mère porteuse en contrat de bail .....	208
C.	La qualification du contrat de mère porteuse en contrat de prestation de service .....	209
	Conclusion de section 2.....	214
	Conclusion de Chapitre 1 .....	215
	Chapitre 2. La qualification des contrats support de filiations électives.....	217
	Section 1. L'engagement de la responsabilité des parties soumis à la qualification des contrats de maternité pour autrui .....	219
I.	La qualification du contrat de maternité pour autrui entre la mère porteuse et le couple intentionnel, un contrat d'entreprise .....	220
A.	La qualification du contrat de maternité pour autrui en contrat d'entreprise	220
B.	Les dangers de l'assimilation de la maternité pour autrui aux services dans l'Union européenne .....	224
1.	La maternité pour autrui et la libre prestation des services.....	225
a)	La prestation de services au sein de l'Union européenne .....	225
b)	La prestation de service au sein de l'Union européenne avec un ressortissant d'un État tiers .....	228
2.	La mise en danger des lois de police face à la libre prestation des services .	230
II.	La responsabilité des parties aux contrats de maternité de substitution .....	233
A.	L'obligation de moyens dans le contrat de maternité pour autrui .....	233
B.	L'engagement de la responsabilité au sein du contrat de maternité pour autrui.....	236
	Conclusion de section 1 .....	239

Section 2. L'engagement de la responsabilité des parties soumise à la qualification des contrats conclus avec les intermédiaires .....	241
I. La qualification du contrat entre les intermédiaires et le couple intentionnel, un contrat de mandat .....	242
A. La qualification du contrat : entre contrat de mandat et contrat de commission .....	242
1. Le contrat de mandat.....	242
2. Le contrat de commission .....	245
B. Dans le cadre des filiations électives, l'exemple de l'adoption .....	246
II. La responsabilité des intermédiaires .....	249
A. La nature de l'obligation à la charge de l'intermédiaire .....	249
B. L'engagement de la responsabilité des contractants dans un contrat de mandat.....	252
Conclusion de section 2 .....	257
Conclusion de chapitre 2 .....	258
Conclusion de titre II .....	259

**Conclusion de partie I .....261**

**Partie 2. L'encadrement juridique de l'autonomie de la volonté dans filiations électives .....265**

**TITRE 1. LA QUALIFICATION DES FILIATIONS ELECTIVES AU REGARD DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE..... 269**

Chapitre 1. L'adoption, une approche fondée sur l'enfant .....	273
Section 1. Un instrument international fondé sur une coopération interétatique .....	275
I. Le cadre institutionnel de la coopération.....	276
A. Les conditions d'application de la Convention .....	276
B. Les institutions prévues à la Convention .....	278
1. Les autorités centrales.....	278
2. Les organismes agréés à l'adoption .....	279
II. Les conditions procédurales de l'adoption internationale.....	281
A. Un travail indépendant des États d'accueil et d'origine de l'adopté.....	282
1. Les démarches effectuées par l'État d'accueil .....	282
2. Les démarches effectuées par l'État d'origine .....	282
B. La coopération de l'État d'accueil et de l'État d'origine .....	283
Conclusion de section 1 .....	286
Section 2. La portée internationale de la décision d'adoption.....	287
I. Une reconnaissance de « plein droit » et « quasiment inconditionnelle » .....	288
A. Une adoption « certifiée conforme à la convention par l'autorité compétente de l'État contractant où elle a eu lieu » .....	288
B. Une autorité <i>de plano</i> de l'adoption.....	289

II. L'application de la Convention en droit interne.....	291
A. La question de la juridiction compétente en matière d'adoption internationale en France.....	292
B. Une approche différente entre les États membres : l'exemple des États-Unis .....	293
Conclusion de section 2.....	296
Conclusion de chapitre 1 .....	297
Chapitre 2. La maternité pour autrui, une approche contractuelle .....	299
Section 1. La détermination de la loi applicable par une convention internationale .....	300
I. La détermination de la loi applicable inspirée par les conventions internationales existantes.....	302
A. La détermination de la loi applicable sur le fondement des conventions internationales existantes portant sur les contrats internationaux .....	302
1. Le recours à la Convention de La Haye de 1955 dans l'hypothèse d'une qualification des filiations électives en vente d'objets mobiliers corporels .....	303
2. La Convention de La Haye de 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation.....	306
3. Le Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles dit Rome I.....	310
4. Le projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats commerciaux internationaux .....	311
B. La détermination de la loi applicable sur le fondement des conventions internationales existantes portant sur le droit de la famille.....	312
1. La détermination de la loi applicable sur le fondement de la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.....	313
2. La détermination de la loi applicable sur le fondement de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.....	315
II. La détermination de la loi applicable selon les règles de conflits du droit international privé .....	318
A. Les différentes lois applicables au contrat .....	318
1. La loi applicable fondée sur le contrat : la loi d'autonomie.....	319
2. La loi applicable fondée sur l'objet du contrat : le statut réel.....	321
3. La loi applicable fondée sur la nationalité ou le domicile des parties : le statut personnel.....	321
B. La nécessité d'un instrument international contraignant.....	323
Conclusion de section 1 .....	328
Section 2. La juridiction compétente .....	329

I. les dispositions issues de textes internationaux transposables aux accords de maternité pour autrui .....	331
A. La règle de compétence selon les règles internationales en matière de droit des contrats.....	331
1. La juridiction compétente en matière contractuelle .....	332
2. Les règles de compétence selon le Règlement Bruxelles I .....	333
B. Les règles de compétence du Droit international privé relative au droit de la famille.....	339
1. Les règles de compétence du Droit international privé français relatives à la filiation.....	340
a) La compétence du tribunal du domicile du défendeur : <i>actor sequitur forum rei</i> .....	340
b) La compétence fondée sur la nationalité française .....	341
2. La règle de compétence selon les règles internationales en matière de droit des contrats.....	346
a) La détermination de la juridiction compétente selon les règles de la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants .....	346
b) La détermination de la juridiction compétente selon les règles selon le Règlement <i>Bruxelles II bis</i> relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale .....	351
II. Le recours à une option juridictionnelle.....	352
A. La Clause attributive de juridiction.....	353
1. La possible insertion d'une clause attributive de juridiction.....	353
a) Le caractère international des contrats de maternité pour autrui.....	353
b) Le consentement .....	355
2. L'impossibilité d'insérer une clause attributive de juridiction dans les conventions de maternité pour autrui .....	357
B. Le recours à l'arbitrage dans les contrats de maternité pour autrui.....	359
1. L'opportunité du recours à l'arbitrage dans les accords de maternité pour autrui.....	359
a) Entre interdiction et légalisation de l'arbitrage en matière d'état des personnes, une opposition franco-américaine .....	359
b) Les avantages du recours à l'arbitrage.....	361
2. La reconnaissance de la sentence arbitrale étrangère en France .....	362
Conclusion de section 2.....	368
Conclusion de chapitre 2 .....	369
CONCLUSION DE TITRE 1 .....	371
<b>TITRE 2. L'ECHEC DES FILIATIONS ELECTIVES .....</b>	<b>372</b>

Chapitre 1. L'échec provoqué par le droit international privé .....	375
Section 1. Le refus de reconnaissance de l'adoption internationale par le droit français .....	376
I. La pleine reconnaissance de l'adoption internationale soumise au contrôle de régularité du jugement étranger .....	377
A. Le contrôle <i>d'exequatur</i> du jugement d'adoption internationale .....	377
1. L'inopposabilité du jugement d'adoption internationale .....	377
2. Le cas particulier de l'adoption par les couples homosexuels avant la loi du 18 mai 2013.....	382
B. Le recours à l'exception d'ordre public atténué et à l'ordre public de proximité en matière d'adoption internationale .....	386
1. L'ordre public atténué rarement retenu par la jurisprudence .....	387
2. L'application de l'ordre public de proximité en matière de filiations.....	389
II. La position du droit français sur la <i>kafala</i> et le refus de céder à la volonté des parties confirmée par la Cour EDH dans L'affaire <i>Harroudj</i> .....	391
A. La <i>Kafala</i> en droit français .....	392
B. La position de la Cour Européenne des Droits de l'Homme : arrêt <i>Harroudj c/ France</i> .....	396
conclusion de section 1 .....	399
Section 2. Le refus de reconnaissance de la filiation issue d'un accord de maternité pour autrui .....	400
I. La régularité de l'acte de naissance étranger .....	402
A. L'exigence de la transcription de la filiation étrangère à l'état civil français.....	402
B. La proposition de recourir à l'article 47 Code civil .....	405
II. Vers une légalisation de la pratique de la gestation pour autrui .....	407
A. De l'ordre public international au fondement de la fraude, évolution de la jurisprudence française .....	408
1. Le refus de transcription fondée sur la contrariété à l'ordre public international.....	408
2. Le recours à l'argument de la fraude à la loi.....	413
a) La qualification de fraude par la Cour de cassation .....	413
b) Les conséquences pour l'enfant du refus de transcription fondée sur la fraude.....	416
B. Un revirement de jurisprudence ouvrant la voie de la reconnaissance de la gestation pour autrui .....	417
Conclusion de section 2.....	422
Conclusion de chapitre 1.....	423
Chapitre 2. L'échec provoqué par la volonté des parties .....	425
Section 1. L'échec de l'adoption .....	427
I. La révocabilité de l'adoption simple .....	429

A.	Une révocation possible seulement pour motifs graves .....	429
1.	La notion de motifs graves appréciée par la jurisprudence .....	429
a)	L'action en révocation .....	429
b)	La condition de motifs graves.....	432
2.	Les avantages à admettre l'irrévocabilité de l'adoption simple .....	437
B.	Le statut de l'enfant après la révocation de l'adoption simple.....	438
1.	Le statut de l'enfant après la révocation de l'adoption interne .....	439
2.	Le statut de l'enfant après la révocation de l'adoption simple internationale .....	440
a)	L'adoption reconnue en France.....	440
b)	L'adoption non reconnue en France .....	442
II.	L'irrévocabilité de l'adoption plénière.....	444
A.	La question de l'irrévocabilité du lien adoptif .....	444
B.	L'échec de l'adoption plénière internationale, le silence de la convention de La Haye de 1993.....	450
1.	La rétractation du consentement à l'adoption par les parents biologiques ....	450
2.	La détermination de loi de l'adopté ou loi de l'adoptant .....	453
3.	Les alternatives à l'irrévocabilité de l'adoption plénière .....	458
	Conclusion de section 1 .....	461
	Section 2. L'échec de la maternité pour autrui .....	462
I.	La place laissée à la volonté des parties, La rétractation du consentement .....	464
A.	La prise en compte par les droits étrangers de la rétractation et de la révocation du consentement .....	464
1.	L'encadrement contractuel de l'échec de la maternité pour autrui .....	464
2.	L'encadrement légal de l'échec de la maternité pour autrui : l'exemple du droit anglais.....	467
a)	La protection du consentement de la mère porteuse par la loi .....	468
b)	La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant par la jurisprudence ...	470
B.	Des solutions à la rétractation ou la révocation du consentement.....	471
1.	L'exemple de l'État du Minnesota.....	472
2.	Une procédure judiciaire nécessaire au règlement du litige.....	473
a)	Une phase de conciliation .....	473
b)	Une phase judiciaire .....	473
II.	Une légalisation protectrice des droits des parties et de l'enfant .....	474
A.	L'encadrement des relations entre les contractants.....	475
B.	La reconnaissance de la filiation par le droit .....	476
1.	Les problèmes liés au refus de reconnaissance la maternité pour autrui internationale.....	477
2.	Le recours aux accords de maternité pour autrui réservé aux résidents Français .....	481

Conclusion de section 2 .....	484
Conclusion du chapitre 2.....	485
Conclusion de Titre 2 .....	486
<b>Conclusion de Partie II.....</b>	<b>487</b>
Conclusion Générale.....	489
<b>ANNEXES .....</b>	<b>493</b>
Annexe 1 .....	495
Annexe 2 .....	498
Annexe 3 .....	501
Annexe 4 .....	503
Annexe 5 .....	506
Annexe 6 .....	508
Annexe 7 .....	512
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>515</b>
<b>TABLE DE JURISPRUDENCE.....</b>	<b>550</b>
<b>INDEX.....</b>	<b>573</b>
<b>TABLES DES MATIERES.....</b>	<b>577</b>

## RESUME

La lourdeur de la procédure française d'adoption, ainsi que la baisse du nombre d'enfants adoptables ne permettent pas de répondre à la demande d'enfant des candidats à l'adoption. Ces derniers se rendent alors à l'étranger chercher ce qu'ils ne trouvent pas en France. Or, le recours aux filiations électives étrangères (adoption internationale ou maternité pour autrui) conduit les candidats à l'adoption ou les couples intentionnels français à conclure de nombreux contrats. On assiste alors à une véritable contractualisation des filiations électives, qui se développe en France, contre toute attente, le droit tentant de maintenir l'état et la capacité des personnes en dehors de la sphère contractuelle.

L'étude de l'autonomie de la volonté dans les filiations électives met ainsi en parallèle, et parfois en opposition, plusieurs intérêts : celui des parents électifs ou biologiques, celui de l'enfant, mais aussi celui de l'État qui entend préserver certains principes comme l'indisponibilité du corps humain ou l'état des personnes. La conciliation de ces différents intérêts doit donc passer par la mise en place d'un cadre juridique. Toutefois, dans un contexte de mondialisation (*forum et law shopping*, etc.), le problème de la réglementation de l'expression de la volonté dans les filiations électives entraîne d'autres difficultés telles que la qualification juridique des accords conclus dans le cadre de l'adoption ou dans le cadre d'un recours aux mères porteuses, le refus de reconnaissance de la filiation établie à l'étranger ainsi que le statut de l'enfant.

Mots clés : Adoption, maternité pour autrui, gestation pour autrui, *kafala*, contrat, ordre public, loi applicable, *exequatur*, reconnaissance, état civil, intérêt de l'enfant, statut, droit international privé.

## ABSTRACT

A cumbersome process combined with fewer adoptable children impedes French demands for adoption which results in the potential parents seeking solutions abroad.

Resorting to optional filiation through international adoption or surrogacy leads prospective French parents or actual candidates, to enter multiple contracts. This contractualization of optional filiations has surprisingly swept across France, clashing against principles of French law calling for a protection of the personal status and capacity by keeping them out of contracts.

This study on freedom of will within the process of optional filiation highlights the tension between the prospective and also the biological parents', and the child's interests. This study also puts in perspective those interests with that of the State which intends to guard principles such as inalienability of the human body. In order to make sure every interest is taken into account, such a process needs to be regulated, and a legal framework needs to be implemented.

However, in a world where globalization is the trend (*forum shopping*, *law shopping*) finding common ground to set rules and regulations regarding the optional filiation process is easier said than done and raises many difficulties concerning the adopted child's status and the refusal to recognize filiation through foreign adoption. Such a process also raises questions: What legal qualification should apply to agreements within the adoption process or in case of surrogacy contracts?

Keywords : Adoption, surrogate motherhood, *kafala*, contract, public policy, conflict of law, *exequatur*, childwelfare, status, incidents of status, international private law.

## RESUME

La lourdeur de la procédure française d'adoption, ainsi que la baisse du nombre d'enfants adoptables ne permettent pas de répondre à la demande d'enfant des candidats à l'adoption. Ces derniers se rendent alors à l'étranger chercher ce qu'ils ne trouvent pas en France. Or, le recours aux filiations électives étrangères (adoption internationale ou maternité pour autrui) conduit les candidats à l'adoption ou les couples intentionnels français à conclure de nombreux contrats. On assiste alors à une véritable contractualisation des filiations électives, qui se développe en France, contre toute attente, le droit tentant de maintenir l'état et la capacité des personnes en dehors de la sphère contractuelle.

L'étude de l'autonomie de la volonté dans les filiations électives met ainsi en parallèle, et parfois en opposition, plusieurs intérêts : celui des parents électifs ou biologiques, celui de l'enfant, mais aussi celui de l'État qui entend préserver certains principes comme l'indisponibilité du corps humain ou l'état des personnes. La conciliation de ces différents intérêts doit donc passer par la mise en place d'un cadre juridique. Toutefois, dans un contexte de mondialisation (*forum et law shopping*, etc.), le problème de la réglementation de l'expression de la volonté dans les filiations électives entraîne d'autres difficultés telles que la qualification juridique des accords conclus dans le cadre de l'adoption ou dans le cadre d'un recours aux mères porteuses, le refus de reconnaissance de la filiation établie à l'étranger ainsi que le statut de l'enfant.

Mots clés : Adoption, maternité pour autrui, gestation pour autrui, *kafala*, contrat, ordre public, conflits de lois, *exequatur*, reconnaissance, état civil, intérêt de l'enfant, statut, droit international privé.

## ABSTRACT

A cumbersome process combined with fewer adoptable children impedes French demands for adoption which results in the potential parents seeking solutions abroad.

Resorting to optional filiation through international adoption or surrogacy leads prospective French parents or actual candidates, to enter multiple contracts. This contractualization of optional filiations has surprisingly swept across France, clashing against principles of French law calling for a protection of the personal status and capacity by keeping them out of contracts.

This study on freedom of will within the process of optional filiation highlights the tension between the prospective and also the biological parents', and the child's interests. This study also puts in perspective those interests with that of the State which intends to guard principles such as inalienability of the human body. In order to make sure every interest is taken into account, such a process needs to be regulated, and a legal framework needs to be implemented.

However, in a world where globalization is the trend (forum shopping, law shopping) finding common ground to set rules and regulations regarding the optional filiation process is easier said than done and raises many difficulties concerning the adopted child's status and the refusal to recognize filiation through foreign adoption. Such a process also raises questions: What legal qualification should apply to agreements within the adoption process or in case of surrogacy contracts?

Keywords : Adoption, surrogate motherhood, *kafala*, contract, public policy, conflict of law, *exequatur*, childwelfare, status, incidents of status, international private law.