ATF 148 III 245 | TF, 07.02.22, 5A_545/2020*

Lorsque, en cas de gestation pour autrui (GPA) à l'étranger, la filiation de l'enfant avec les parents d'intention est analysée sous l'angle du droit suisse, le principe 'mater semper certa est' *(art. 252 al. 1 CC) est applicable nonobstant la présence d'un lien génétique entre la mère d'intention et l'enfant né par GPA. Par conséquent, la mère porteuse est la mère juridique de l'enfant né par GPA de par la loi. Alors que le contrat de GPA peut constituer une reconnaissance d'enfant valable du père d'intention génétiquement lié à l'enfant, ce n'est pas le cas en ce qui concerne la mère d'intention génétiquement liée à l'enfant. La voie de l'adoption des enfants de son conjoint (art. 264c ss CC) en vue de l'établissement d'un lien de filiation lui est toutefois en principe ouverte.*

Faits

Un couple marié composé d'une ressortissante suisse et turque et d'un ressortissant turc conclut un contrat de gestation pour autrui (GPA) avec une femme géorgienne. En 2019, la mère porteuse donne naissance à des jumeaux issus d'un don de sperme de l'époux ainsi que d'un don d'ovule de l'épouse. En d'autres termes, chaque parent d'intention a un lien génétique avec les jumeaux. Dix jours après la naissance, le couple se rend en Turquie avec les nouveau-nés, lesquels sont enregistrés en tant que ressortissants turcs et enfants des époux. Plus de trois mois après, les époux rentrent en Suisse avec les jumeaux.

Entre temps, l'Ambassade de Suisse en Géorgie a transmis les actes de naissance des jumeaux établis à Tbilissi à l'office de l'état civil du canton de Zurich. Les documents indiquent le couple en tant que parents et la Turquie en tant que nationalité des jumeaux. Sur cette base, l'office de l'état civil zurichois inscrit alors l'époux en tant que père mais refuse d'inscrire l'épouse en tant que mère dans le registre de l'état civil. En lieu et place de l'épouse, l'office enregistre la mère porteuse en tant que mère des enfants. Enfin, une mention selon laquelle il y a eu recours à une maternité de substitution et l'indication de la mère porteuse et des époux en tant que donneurs de gamètes est ajoutée.

Sur recours des époux, des jumeaux et de la mère porteuse, la Direction de la justice et de l'intérieur du canton de Zurich ordonne la modification du registre de l'état civil afin que

l'épouse soit indiquée en tant que mère des jumeaux et que ceux-ci aient la nationalité suisse, sans spécifier le type de relation en cause. L'Office fédéral de la justice forme un recours auprès du Tribunal administratif du canton de Zurich. Ce dernier ordonne alors l'inscription telle qu'effectuée en premier lieu – soit sans mention de l'épouse – au registre d'état civil.

Les époux, les jumeaux ainsi que la mère porteuse recourent alors au Tribunal fédéral, lequel est appelé à déterminer s'il peut être procédé à l'inscription du lien de filiation entre une mère d'intention (« *Wunschmutter* ») et ses enfants génétiquement liés nés par GPA dans le registre de l'état civil, sur la base d'un acte de naissance étranger.

Droit

Le droit suisse étant applicable (cf. LawInside.ch/1199), il convient de se fonder sur le principe '*mater semper certa est*' (art. 252 al. 1 CC), lequel s'applique nonobstant la présence d'un lien génétique entre la mère d'intention et les jumeaux. Par conséquent, la mère porteuse est considérée comme la mère juridique des jumeaux. Puisque cette dernière n'est pas mariée, aucune filiation paternelle n'existe de par la loi.

Se pose alors la question de savoir s'il existe une reconnaissance d'enfant valable. À teneur de l'art. 73 LDIP, « la reconnaissance d'un enfant intervenue à l'étranger est reconnue en Suisse lorsqu'elle est valable dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant, dans son État national, dans l'État du domicile ou encore dans l'État national de la mère ou du père ». Le Tribunal fédéral relève que, selon l'Office fédéral de la justice, un contrat de GPA passé en la forme authentique peut exceptionnellement être considéré comme une reconnaissance d'enfant valable, à condition qu'elle ne contrevienne pas à l'ordre public. Le Tribunal administratif zurichois a en revanche retenu qu'un tel contrat pouvait être considéré comme une reconnaissance d'enfant de manière générale. En l'espèce, sans préciser s'il s'agit d'une exception ou de la règle générale, le Tribunal fédéral considère alors que le contrat de GPA passé en la forme authentique constitue une reconnaissance d'enfant valable du père d'intention génétique selon le droit suisse, soit le droit de l'État de la résidence habituelle des enfants et du domicile des parents. En effet, il n'existe aucun lien de filiation avec un autre homme, ce qui est généralement la condition d'une reconnaissance de

paternité valable en droit suisse. En revanche, le contrat de GPA n'est pas considéré comme une reconnaissance d'enfant valable en ce qui concerne la mère d'intention génétiquement liée aux jumeaux. En effet, il existe déjà un lien de filiation avec la mère porteuse de par la loi. Malgré le lien génétique entre la mère d'intention et les jumeaux, il n'existe *de lege lata* aucun fondement suffisant permettant d'ignorer le lien de filiation existant avec la mère porteuse au profit de la mère d'intention au moyen d'une reconnaissance de maternité, laquelle est inconnue du droit suisse.

Se référant à la jurisprudence de la CourEDH et en particulier à un avis consultatif de 2019 (CourEDH, Avis consultatif du 10 avril 2019, No. P16-2018-001, cf. également CourEDH, 16.07.20, D c. France, No. 11288/18 et CourEDH, 19.11.19, C et E c. France, No. 1462/18 et 17/348/18), le Tribunal fédéral estime en outre que la décision est en conformité avec la CEDH. En effet, bien que le droit au respect de la vie privée de l'enfant (art. 8 CEDH) exige, dans une telle constellation, qu'un lien de filiation puisse être établi avec la mère d'intention, ce dernier ne doit pas forcément être établi *ab initio*. D'autres moyens comme l'adoption peuvent en effet être utilisés pour établir ce lien, pourvu que celui-ci puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé, que le bien de l'enfant soit garanti, et pourvu que tant l'effectivité et la célérité de la procédure soient garanties. Le fait qu'il existe un lien génétique entre la mère d'intention et ses enfants n'y change rien.

In casu, le Tribunal fédéral relève que la filiation avec le père d'intention a été établie sans délai par reconnaissance d'enfant et que la mère d'intention peut procéder à une adoption des enfants de son conjoint (art. 264*c* ss CC). Le couple fait en effet ménage depuis plus de trois ans (art. 264*c* al. 2 CC) et la mère porteuse a donné son consentement postnatal (cf. art. 265*a* CC). Il convient également de respecter le délai d'au moins un an de lien nourricier (art. 264 al. 1 CC). Les recourants invoquent une procédure d'adoption trop lente. Le Tribunal fédéral note toutefois que la jurisprudence de la CourEDH ne fixe pas de durée minimale pour la procédure d'adoption, puisqu'il appartient en premier lieu aux autorités nationales d'évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, si et quand le lien de filiation s'est concrétisé. La durée d'une telle procédure dépend par ailleurs fortement du cas d'espèce et les autorités en charge de l'adoption sont tenues de prendre une décision rapidement. Enfin, le Tribunal fédéral estime qu'aucun indice ne permet de

conclure que, dans le cas concret, l'adoption n'aurait pas pu être réalisée ou ne serait pas réalisable.

Le Tribunal fédéral rejette également les arguments selon lesquels les enfants nés d'une GPA dans des États comme la Géorgie seraient victime de discrimination (art. 8 al. 2 Cst., 8 et 14 CEDH), puisque la filiation de ces enfants ne s'établit pas de la même manière que celle d'enfants né dans d'autres pays rendant une décision susceptible de reconnaissance. Les mères porteuse et d'intention ne sont pas non plus victimes de discrimination en raison de l'application du principe '*mater semper certa est*' puisque celui-ci ne serait pas contraire à la CEDH.

Le Tribunal fédéral relève en outre que le présent arrêt est en ligne avec sa jurisprudence relative à la reconnaissance du lien de filiation suite à une gestation pour autrui à l'étranger (ATF 141 III 312, résumé *in* LawInside.ch/63 et ATF 141 III 328, résumé *in* LawInside.ch/90). En effet, les arrêts précédemment rendus portaient sur la reconnaissance d'un jugement étranger, laquelle avait été refusée puisque contraire à l'ordre public suisse, tandis que le présent arrêt porte sur un acte de naissance, les questions déterminantes devant être appréciées selon le droit suisse.

Par ailleurs, l'intérêt supérieur des enfants est préservé puisque ces derniers ont une nationalité turque, sont inscrits au registre de l'état civil et sont soumis à l'autorité parentale de leur père. Malgré un rapport juridique boiteux quant à la Turquie en tant que pays d'origine, cette atteinte à l'art. 8 par. 1 CEDH n'est pas excessive.

Pour conclure, le Tribunal fédéral note qu'il appartient au législateur de régler les écarts entre parentalités génétique, biologique et sociale. Le Tribunal fédéral avait déjà rappelé la compétence du Parlement pour une réforme matière de droit de la filiation (cf. ATF 144 III 1, c. 4.4.1 et 4.4.3 et le Rapport du Conseil fédéral du 17.12.21 donnant suite au postulat 18.3714 « De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation »).

Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté.

Note

Même si les états de faits et les raisonnements juridiques divergent sur de nombreux points, le résultat de cet arrêt – soit l'absence de reconnaissance *ab initio* de liens de filiation entre enfants nés par GPA et parent d'intention dans un certain cas – suit la même tendance restrictive que les précédents arrêts du Tribunal fédéral sur le sujet (cf. ATF 141 III 312, résumé *in* LawInside.ch/63 et ATF 141 III 328, résumé *in* LawInside.ch/90). Quand bien même l'interdiction constitutionnelle de toutes les formes de maternité de substitution (art. 119 al. 2 let. d Cst., cf. également art. 4 LPMA) peut facilement être contournée par un détour à l'étranger, il n'est pas question pour les autorités suisses de reconnaître les liens de filiation souhaités entre parents d'intention et enfants nés par GPA de façon systématique et, en particulier, lorsqu'une mère d'intention est concernée et ce malgré ses éventuels liens génétiques avec les nouveau-nés.

De cette façon, le Tribunal fédéral réaffirme le principe '*mater semper certa est*', confirmant son ancrage solide au sein de l'ordre juridique suisse et sa résistance face à d'éventuels liens génétiques entre une mère d'intention et l'enfant né par GPA. En d'autres termes : la biologie (soit le fait d'avoir porté l'enfant et accouché) prend encore le pas sur la génétique (soit le fait que l'enfant ait été conçu avec ses ovules) et sur l'intention pour déterminer la mère légale suite à une GPA. Or, dans la mesure où un père d'intention lié génétiquement à un enfant né par GPA peut, à tout le moins dans certains cas, voir son lien de filiation inscrit à l'état civil sans délai (cf. jurisprudences du Tribunal fédéral précitées et arrêt résumé ci-dessus) mais que c'est exclu pour une mère d'intention génétique (cf. arrêt résumé ci-dessus), en résulte une situation d'inégalité entre les parents d'intention (dans le même sens, cf. Lorène Anthonioz, *La filiation des enfants nés d'une GPA à l'étranger*, *in* Jusletter, 23 mai 2022, p. 13).

En ce qui concerne la solution proposée de l'adoption des enfants du conjoint, celle-ci vient répondre à une nécessité de se conformer à la jurisprudence de la CourEDH, puisque cette dernière exige, dans une telle constellation, qu'un lien de filiation puisse être établi avec la mère d'intention (cf. CourEDH, Avis consultatif du 10 avril 2019, No. P16-2018-001, §§ 46-47). Or, même si ce lien ne doit pas forcément être établi *ab initio*, des doutes peuvent être émis quant à la compatibilité de la solution de l'adoption avec la jurisprudence de la CourEDH. En effet, selon la CourEDH, il est nécessaire que le lien puisse être reconnu au

plus tard lorsqu'il s'est concrétisé, que le bien de l'enfant soit garanti, et que l'effectivité et la célérité de la procédure soient garanties. Compte tenu des démarches et du temps d'attente nécessaires pour effectuer une adoption des enfants de son conjoint en Suisse (cf. art. 264*c* ss CC, notamment le délai d'un an de lien nourricier et l'exigence des trois ans de cohabitation), la procédure d'adoption ne semble pas forcément à même de respecter les exigences précitées (Tiffaine Stegmüller, *Procréaction médicalement assistée transfrontalière et filiation de l'enfant*, 2020, N 281 ss ; Andreas Bucher, *Mater semper certa est en Géorgie*, *in* Jusletter, 16 mai 2022, pp. 8-9 ; Elena Brodeala/Marie-Hélène Spiess, *Surrogacy and Same-Sex Parenthood Before the European Court of Human Rights: Reflections in Light of Cases Against Switzerland*, *in* SRIEL 3/2022 (à paraître), pp. 16 ss ; voir également, concernant l'adoption en général : Andrea Büchler/Antonella Schmucki, *Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht (1/2)*, *in* FamPra.ch 2020, 1-24, p. 20). Quid si le lien de filiation se concrétise avant le délai d'un an de lien nourricier ou si les trois ans de cohabitation sont (même brièvement) interrompus ? À noter que la notion de « concrétisation du lien de filiation » demeure largement floue. Tant que subsiste une insécurité juridique liée à la filiation, s'ensuivent d'autres incertitudes : impact sur la nationalité, les droits de séjour, les droits successoraux, l'autorité parentale, etc. (Véronique Boillet/Estelle de Luze, *Les effets de la gestation pour autrui à caractère internationale en Suisse : Analyse de la jurisprudence du Tribunal* fédéral, *in:* V. Boillet, M. Roca i Escoda & E. de Luze (édit.), La gestation pour autrui : Approches juridiques internationales, Bâle 2018, 143-181, p. 155). Dans l'arrêt résumé ci-dessus, le Tribunal fédéral estime qu'une procédure d'adoption de 15 ans, n'étant plus raisonnablement exigible, ne peut pas être utilisée à titre de comparaison. À titre d'indice, la CourEDH a toutefois considéré que des délais d'attente d'adoption moyens de 4.1 et 4.7 mois étaient compatibles avec la CEDH (CourEDH, 16.07.20, D c. France, No. 11288/18, § 67 et CourEDH, 19.11.19, C et E c. France, No. 1462/18 et 17/348/18, § 43). Deux affaires contre la Suisse et portant sur le sujet – concernant en revanche des couples d'hommes ayant au recours à la GPA à l'étranger – sont actuellement pendantes devant la CourEDH (CourEDH, *S.C. et autres c. Suisse*, requête no. 26848/18, communiquée le 15 juin 2020 et CourEDH, *D.B. et Ma.B. c. Suisse*, requêtes nos. 58817/15 et 58252/15, communiquées le 15 juin 2020). Des clarifications quant à la compatibilité de la solution de l'adoption en Suisse avec la

CEDH seront dès lors prochainement apportées (sur ce sujet, voir Brodeala/Spiess, *op. cit.).*

Enfin, le Tribunal fédéral note dans son arrêt que la demande des recourants à ce qu'un avis consultatif soit obtenu auprès de la CourEDH n'est d'aucun secours. En effet, rappelle le Tribunal fédéral, la Suisse n'a ni signé ni ratifié le Protocole additionnel no. 16 à la CEDH du 2 octobre 2013, en vertu duquel les tribunaux de dernière instance peuvent demander des avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la CEDH ou ses protocoles.

En conclusion, et comme le relève à juste titre le Tribunal fédéral, les rôles de la biologie, de la génétique et de la dimension sociale dans l'établissement de la filiation doivent impérativement être clarifiés, respectivement remis en question.

Pour des commentaires de l'arrêt résumé, voir : Bucher, *op. cit.* ; Anthonioz, *op. cit.* et Sandra Hotz/Jérôme Saint-Phor, *Reconnaissance de la filiation suite au recours à la maternité de substitution – un rappel de la* ratio legis*, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_545/2020, in* Newsletter DroitMatrimonial.ch juin 2022.

La première partie de cet arrêt, traitant du droit applicable à l'établissement de la filiation des enfants nés par GPA en l'absence d'une décision susceptible de reconnaissance, fait l'objet d'un résumé séparé (cf. LawInside.ch/1199).

Ce travail a été soutenu par le Pôle de recherche universitaire « Human Reproduction Reloaded » de l'Université de Zurich.

Proposition de citation : MARIE-HÉL□NE PETER-SPIESS, Gestation pour autrui à l'étranger et filiation (2/2): l'établissement de la filiation face au principe 'mater semper certa est', in: https://lawinside.ch/1205/