

Jérôme Saint-Phor, Sandra Hotz,
Reconnaissance de la paternité découlant
d'un contrat de GPA à l'étranger :
hétérogénéité de la jurisprudence du TF ? ;
analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral
5A_32/2021, Newsletter
DroitMatrimonial.ch novembre 2022

Mariage, étranger, DIP,
filiation, maternité de
substitution

**Art. 15, 17, 68, 69, 70 et
73 LDIP ;
252 al. 1 et 260 CC ; 11 Cst. ;
8 CEDH ; 3 et 7 CDE**

Reconnaissance de la paternité découlant d'un contrat de GPA à l'étranger : hétérogénéité de la jurisprudence du TF ?

Jérôme Saint-Phor / Sandra Hotz

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 5A_32/2021 du 1^{er} juillet 2022, destiné à la publication, fait écho à un autre récent arrêt du Tribunal fédéral, 5A_545/2020 également destiné à la publication, en matière de « maternité de substitution » effectuée à l'étranger et de reconnaissance de la parentalité en Suisse dans une situation de faits similaires (contrat de gestation pour autrui – GPA – conclu en Géorgie, avec des parents d'intention résidant en Suisse). Le Tribunal fédéral confirme ainsi sa jurisprudence récente et en précise le développement, en particulier au cœur de cet arrêt figure l'examen des conditions applicables à la reconnaissance en Suisse d'une reconnaissance de paternité effectuée à l'étranger au travers d'un contrat de GPA (art. 73 LDIP et 260 CC).

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

B.A. (ci-après « la mère d'intention »), citoyenne suisse et ressortissante géorgienne, et son époux A.F. (ci-après « le père d'intention » ; cités ensemble « les parents d'intention »), citoyen suisse, sont domiciliés dans le canton d'Argovie.

En octobre 2018, le couple a convenu de certaines prestations médicales (« *Agreement on Medical Services to Surrogacy and Egg donation* ») avec un centre de procréation médicalement assistée située à Tbilissi, en Géorgie. Ces prestations découlent d'un contrat de gestation pour autrui, plus précisément un « contrat de don d'ovules et de maternité de substitution » (« *Vertrag über Eizellenspende und Leihmutterchaft* ») conclu avec la personne D.D., désignée en tant que mère porteuse, et E.E, comme donneuse d'ovules.

En 2019, à Tbilissi, la mère porteuse a accouché d'une fille suite à la PMA, dont le père génétique n'est autre que le père d'intention. Le Bureau de l'enregistrement civil de Tbilissi a établi un acte de naissance le 19 juillet 2019, dans lequel figurent comme parents de l'enfant les deux parents d'intention.

Les parents d'intention ont annoncé la naissance de l'enfant à l'office régional de l'état civil de leur commune de domicile en Argovie, qui a transmis la demande d'inscription au *Departement Volkswirtschaft und Inneres* du canton d'Argovie. La demande de reconnaissance et d'enregistrement du lien de filiation a été rejetée et ordre a été donné à l'office de l'état civil d'enregistrer l'enfant concernée en tant que fille naturelle de la mère porteuse.

Les parents d'intention ont formé un recours auprès du Tribunal cantonal d'Argovie, qui a été partiellement rejeté : la filiation avec la mère d'intention a été refusée, mais la filiation du père d'intention a toutefois été inscrite, avec mention du nom de la mère porteuse et de la personne donneuse d'ovules.

L'Office fédéral de la justice (OFJ) interjette un recours au Tribunal fédéral, demandant notamment l'annulation du jugement susmentionné et la suspension de la procédure jusqu'au rendu d'une autre décision du Tribunal fédéral dans une affaire similaire dans la procédure 5A_545/2022, afin de remettre en cause l'inscription de la filiation du père et la non-inscription de la mère porteuse.

B. Le droit

La demande de suspension de la procédure est devenue caduque avec la publication de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_545/2020 du 7 février 2022.

La Cour suprême d'Argovie avait estimé que, bien que n'étant pas une décision au sens du droit international privé, l'acte de naissance pouvait sur le principe être reconnu en application de l'art. 70 LDIP. Toutefois, elle a retenu que l'inscription des liens de filiation à l'égard des parents d'intention serait contraire à l'ordre public suisse (art. 27 al. 1 LDIP), dès lors qu'ils se sont rendus dans le pays d'origine de la mère porteuse uniquement pour contourner le droit suisse qui interdit le recours à la maternité de substitution. La réserve d'ordre public ne s'appliquerait néanmoins pas au père biologique, génétiquement lié à l'enfant et qui devrait donc être inscrit comme tel dans le registre de l'état civil. La mère d'intention dispose toujours de l'option d'établir un lien de filiation par la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint (art. 264c CC), ce qui serait compatible avec la CEDH et la CDE. L'OFJ remet en cause notamment l'interprétation quant au droit applicable et le résultat arrivant à l'inscription de la filiation du père et pas celle de la mère porteuse (consid. 2 et 3).

Filiation en cas de maternité de substitution – droit applicable. Le Tribunal fédéral rappelle que lorsque, comme en l'espèce en Géorgie, l'absence de lien de filiation de la mère porteuse n'est pas constatée par décision d'un tribunal ou d'une autorité, mais intervient *ex lege*, la filiation de l'enfant vis-à-vis de la mère porteuse n'est pas régie par l'art. 70 LDIP (rappel de l'arrêt TF 5A_545/2020 du 7 février 2022, destiné à la publication) (consid. 4.1.3, voir ég. consid. 4 *in extenso*). Lorsque les père et mère d'intention n'ont pas constitué leur résidence habituelle dans l'Etat où l'enfant est né-e d'une mère porteuse, qu'ils s'occupent de l'enfant pratiquement dès sa naissance et ont prévu de rentrer dans l'Etat où se situe leur propre centre de vie, la résidence habituelle de l'enfant nouveau-né d'une mère porteuse se situe

dans ce même Etat (*i.c.* la Suisse). En l'espèce, le droit suisse s'applique donc à l'établissement de la filiation (art. 68 al. 1 et 69 al. 1 LDIP) (consid. 5 à 5.2). Ni l'art. 68 al. 2 LDIP ni l'art. 69 al. 2 LDIP ni l'art. 15 LDIP ne permettent d'arriver à une autre conclusion (consid. 5.3). Ainsi, le principe *mater semper certa est* trouve application et la mère porteuse est la mère juridique de l'enfant (art. 252 al. 1 CC). En raison de l'application du droit suisse, l'art. 17 LDIP (réserve de l'ordre public) n'est pas applicable (consid. 5.4).

Reconnaissance en Suisse de la reconnaissance d'un-e enfant intervenue à l'étranger (art. 73 LDIP). Selon l'art. 73 LDIP, la reconnaissance d'un-e enfant intervenue à l'étranger est reconnue en Suisse lorsqu'elle est valable dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant, dans son Etat national, dans l'Etat du domicile ou encore dans l'Etat national de la mère ou du père, soit selon les ordres juridiques mentionnés à l'art. 72 al. 1 LDIP (consid. 6.1). Selon le droit géorgien applicable en l'espèce, il n'y a pas eu, en Géorgie, à proprement parler de reconnaissance de l'enfant, les liens de filiation avec les père et mère d'intention étant créés *ex lege* dès la naissance (consid. 6.2). Encore faut-il examiner s'il y a eu une reconnaissance de l'enfant intervenue à l'étranger, valable selon le droit suisse, applicable en tant que droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant (consid. 6.3).

Reconnaissance de la mère d'intention en Suisse. En vertu du droit suisse applicable selon l'art. 68 al. 1 LDIP, une reconnaissance par la mère d'intention n'est pas envisageable *de lege lata*, même en cas de lien génétique (consid. 6.3.1).

Reconnaissance du père d'intention en Suisse. Au consid. 7.3 de l'arrêt TF 5A_545/2020 précité, est restée ouverte la question de savoir si une reconnaissance de l'enfant valable selon le droit suisse découlerait du contrat de mère porteuse. La réponse à cette question est ici négative. La reconnaissance (art. 260 CC) est strictement personnelle et non sujette à représentation ; elle peut intervenir à tout moment du vivant de l'enfant, mais aussi avant la naissance, mais pas avant la procréation. Les contrats de procréation (avec un institut de procréation) et de maternité de substitution (avec la mère porteuse et la donneuse d'ovule) règlent de manière générale les droits et obligations de toutes les personnes impliquées dans le but de la fécondation à venir et de la naissance de l'enfant.

En l'espèce, le contrat de procréation et le contrat de maternité de substitution – signé par une représentante – ne peuvent d'emblée pas constituer une reconnaissance de paternité valable en droit suisse. Rien n'indique qu'une reconnaissance valable ne soit intervenue en Géorgie. Il n'est ainsi pas nécessaire d'examiner la question de l'ordre public (consid. 6.3.2). Par ailleurs, en l'espèce, le père d'intention n'a pas non plus (encore) reconnu l'enfant en Suisse (art. 71 al. 1 et 72 al. 1 et 2 LDIP ; art. 260 al. 3 CC). En effet, une déclaration de reconnaissance de l'enfant conforme au droit suisse est en principe faite personnellement devant l'officier de l'état civil (art. 11 al. 5 OEC) (consid. 6.4).

Conformité à la Constitution fédérale et aux conventions internationales. Rappel de la jurisprudence de la CourEDH relative à l'art. 8 CEDH et des autres principes. En l'espèce, le statut juridique de l'enfant garantit suffisamment son bien-être (art. 11 Cst., art. 3 CDE), ainsi que les droits découlant de l'art. 7 CDE, et les droits découlant de l'art. 8 al. 1 CEDH ne sont pas excessivement atteints (consid. 7 *in extenso*).

En résultat, le Tribunal fédéral admet le recours, annule la décision attaquée et ordonne notamment l'enregistrement de données dans le registre d'état civil mentionnant la mère

porteuse en tant que mère juridique (l'enfant prend son nom de famille et sa nationalité), l'absence de filiation paternelle et la mention de données complémentaires indiquant le recours à une maternité de substitution, le nom du père d'intention et le nom de la donneuse d'ovules.

III. Analyse

L'arrêt 5A_32/2021 du 1^{er} juillet 2022, destiné à la publication, fait suite à un récent arrêt du TF 5A_545/2020 du 7 février 2022, aussi destiné à la publication et portant sur un état de fait similaire (contrat de GPA conclu en Géorgie avec une naissance survenue en Géorgie, mais des parents d'intention domiciliés en Suisse), que nous avons déjà eu l'occasion de commenter¹, ainsi que d'autres auteur·e·s².

Ces arrêts ont ceci de nouveau qu'ils traitent d'affaires où aucune décision étrangère établissant la filiation n'a été émise, et donc qu'une reconnaissance d'une décision étrangère n'est pas possible en vertu des règles de droit international privé. Le Tribunal fédéral a déjà eu à trancher la question dans cette hypothèse et a considéré que l'ordre public suisse s'opposait à ce qu'une décision ou un jugement étranger établissant la maternité de la mère d'intention soit reconnu en Suisse³. Même si l'affaire en question concernait un couple d'hommes, le développement sur la réserve de l'ordre public en lien avec la fraude à la loi s'applique *mutatis mutandis* à la mère d'intention, d'après la doctrine⁴.

Dans les deux arrêts précités, il ne s'agissait toutefois pas d'examiner s'il faut appliquer la réserve de l'ordre public pour refuser la reconnaissance d'une décision étrangère, mais d'examiner si une reconnaissance de parentalité légalement valable à l'étranger pouvait être reconnue en Suisse, en application du droit suisse. Ces affaires traitées par le Tribunal fédéral mettent en évidence que la solution s'avère encore plus compliquée dans cette deuxième hypothèse pour établir la filiation des parents d'intention avec l'enfant né·e d'une GPA.

Dans l'arrêt [5A_545/2020](#), le Tribunal fédéral examine si les règles de droit international privé permettent de procéder à une transcription dans les registres de l'état civil (art. 32 LDIP) d'actes de naissance géorgiens ou si une reconnaissance d'une décision étrangère (art. 70

¹ HOTZ/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, Newsletter DroitMatrimonial.ch juin 2022.

² BUCHER, Mater semper certa est en Géorgie, Jusletter 16 mai 2022 ; ANTHONIOZ, La filiation des enfants nés d'une GPA à l'étranger, Jusletter 23 mai 2022 ; SPIESS, [Gestation pour autrui à l'étranger et filiation \(2/2\) : l'établissement de la filiation face au principe « mater semper certa est »](#), LawInside.ch/1205/, 7 juillet 2022.

³ ATF 141 III 312 : affaire de 2015 dans laquelle un couple d'hommes avait eu recours à une mère porteuse en Californie ; le TF a reconnu un lien de filiation avec le père qui a en lien génétique avec l'enfant, mais l'a nié pour l'autre père d'intention qui n'avait pas ce lien, justifiant l'application de la réserve de l'ordre public (art. 27 al. 1 LDIP) par le fait, notamment, que le couple était allé en Californie pour contourner l'interdiction du droit suisse, que la reconnaissance aurait pour conséquence d'encourager le tourisme procréatif et aurait une conséquence sur la protection de l'enfant et de la mère porteuse. Voir aussi : HOTZ, Kritik am ersten kollisionsrechtlichen Leihmutterchaftsurteil des Bundesgerichts, II. zivilrechtliche Abteilung, vom 21. Mai 2015 (BGer 5A_748/2014), publiziert am 29. Juli 2015, zu Publikation vorgesehen, AJP 2015 1235 ss ; BOILLET/DE LUZE, Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité... Et l'enfant ? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_748/2014 du 21 mai 2015, Jusletter 5 octobre 2015, p. 4 ss.

⁴ Cf. JUNOD/WUNDER/HURST, Procréation médicalement assistée & Préservation de la fertilité, Jusletter 27 août 2018, N 76.

LDIP) est possible dans ce cas. En l'espèce, les actes de naissance géorgiens ne font que constater une filiation établie *ex lege*, de sorte qu'une transcription à l'état civil n'est pas possible, pas plus qu'une reconnaissance d'une décision étrangère. Selon le principe *mater semper certa est* qui trouve application en droit suisse (art. 252 al. 1 CC), la mère ayant donné la naissance est la mère juridique (soit en l'espèce la mère porteuse). La mère d'intention ne peut pas être reconnue en tant que mère juridique. Cette interprétation reste conforme à la Constitution fédérale et aux conventions internationales, en particulier la CEDH, étant donné qu'une ouverture à établir sa parentalité est toujours possible par le biais d'une adoption de l'enfant du conjoint (art. 264c CC). Pour le père d'intention, sa parentalité juridique peut être reconnue en Suisse (art. 73 LDIP) par le biais du contrat de gestation pour autrui effectué en Géorgie (en l'espèce, contrat de GPA authentifié par un notaire), valant reconnaissance des enfants conformément aux conditions du droit suisse.

Dans l'arrêt ici commenté [5A_32/2021](#), le Tribunal fédéral confirme ainsi sa pratique et en précise le développement. En particulier, il réaffirme que le principe de *mater semper certa est* prévaut sur une parentalité juridique des parents d'intention prévue par le droit étranger⁵. En somme, la mère porteuse reste la mère juridique de l'enfant, du moins lorsque le droit suisse est applicable eu égard aux règles de droit international privé, ce qui est le cas lorsque les parents d'intention ont leur résidence habituelle en Suisse et ceci même si la naissance a lieu à l'étranger (art. 68 al. 1 et 69 al. 1 LDIP). Le Tribunal fédéral précise toutefois (ce qui ne ressortait pas clairement de son précédent arrêt) que lorsqu'il y a lieu de reconnaître en Suisse une reconnaissance de l'enfant par le père, il est nécessaire de respecter scrupuleusement les conditions d'un tel procédé en Suisse (art. 260 CC). Ainsi, la conclusion d'un contrat de gestation pour autrui, ici conclu par procuration, ne peut pas valoir en l'espèce une reconnaissance de paternité valable en droit suisse, puisque la reconnaissance d'un-e enfant est un droit strictement personnel non sujet à représentation (*höchstpersönlich bzw. Vertretungsfeindlich*, consid. 6.3.2).

La différence notable entre ces deux arrêts a trait à la personne qui a signé le contrat de GPA : soit directement le père dans le premier cas et une personne qui le représentait dans le deuxième cas. Pour que la reconnaissance de paternité soit reconnue selon l'art. 73 al. 1 LDIP, il suffit que celle-ci soit valable, quant au fond et à la forme, selon l'un des ordres juridiques mentionnés dans cette disposition⁶. Or, il n'existe pas de reconnaissance de paternité à proprement parler en Géorgie suite au recours à une GPA, puisque le droit géorgien reconnaît automatiquement une filiation des parents d'intention. Le droit suisse étant applicable en l'espèce, il s'agissait de vérifier si les actes effectués à l'étranger pouvaient être assimilés à une déclaration de reconnaissance selon les modalités suisses. Dans la première affaire susmentionnée, l'OFJ a estimé – ce que le TF n'a pas remis en cause – que le droit suisse permettait exceptionnellement de voir dans un contrat de gestation pour autrui authentifié par un notaire une reconnaissance d'enfant, étant toutefois exclue une reconnaissance par

⁵ En l'occurrence, le droit géorgien – par ailleurs identique au droit ukrainien et russe sur ce point – qui connaît le système d'une filiation établie *ex lege* des parents d'intention, de sorte qu'aucune décision ou autre acte juridique n'est émis par les autorités du pays, mais qu'elle ressort uniquement de l'acte de naissance et du registre de l'état civil, ce qui a pour conséquence qu'une simple transcription à l'état civil selon l'art. 32 LDIP ou une reconnaissance d'une décision étrangère selon l'art. 70 LDIP n'est encore une fois pas possible et que la question de la réserve de l'ordre public selon l'art. 17, resp. 27 LDIP n'a pas à être examinée.

⁶ Arrêt du TF 5A_760/2021 du 22 juillet 2021 consid. 4.1 ; 5A_822/2020 du 21 février 2022 consid. 3.1.3 ; BSK-SCHWANDER, Internationales Privatrecht, 4e éd. 2021, N 10 ad art. 73 LDIP.

procuration et celle qui contourne l'ordre juridique (arrêt du TF 5A_545/2020, consid. 7.2 et 7.3). Alors que dans la deuxième affaire, la validité en Suisse de la reconnaissance de paternité a justement été remise en cause en raison de la signature par procuration, en soi contraire au principe de droit suisse qui veut que la reconnaissance soit strictement personnelle. Le Tribunal fédéral semble tirer un deuxième motif lorsqu'il relève que les termes des contrats (de GPA et avec l'institut de reproduction) règlent la coopération, soit les droits et obligations, entre toutes les parties, la fécondation et la naissance de l'enfant. Autrement dit, le contrat ne contient pas de clause relative à la parentalité juridique des parties (arrêt du TF 5A_32/2021, consid. 6.3.2).

Le résultat est ainsi que, dans un cas la reconnaissance de paternité est valable en Suisse et dans l'autre non. Cela étant, la raison de cette différenciation reste relativement floue à nos yeux. Si l'on met en perspective les motifs avancés par le TF pour accepter ou refuser la reconnaissance de paternité via le contrat de GPA, on peut y voir certaines contradictions.

Le motif principal qui est avancé pour refuser la validité de la reconnaissance est que le contrat de GPA a été signé par procuration. En effet, le Tribunal fédéral, citant SCHWENZER/COTTIER⁷, retient que le fait de reconnaître un·e enfant selon l'art. 260 CC constitue l'exercice d'un droit strictement personnel selon les règles du CC, qui ne peut être effectué par représentation. La reconnaissance peut avoir lieu à tout moment du vivant de l'enfant, y compris avant la naissance mais pas avant la procréation.

Notons que selon les règles du droit des personnes, le droit de reconnaître un enfant est un droit strictement personnel improprement dit selon l'art. 19c CC (les personnes ayant une capacité ou une incapacité restreinte de l'exercice des droits civils, telles que les personnes mineures ou sous curatelle de portée générale ne pouvant exercer valablement ce droit sans le consentement du représentant légal) et non sujet à représentation⁸. La reconnaissance est un acte juridique formateur irrévocable par lequel une personne, le déclarant, établit un lien de filiation avec l'enfant⁹. La reconnaissance en Suisse a lieu par déclaration devant l'autorité de l'état civil (voire par testament ou lorsqu'une action en constatation de paternité est pendante ; art. 260 al. 3 CC). En vertu de l'art. 11 al. 2 OEC, la reconnaissance peut avoir lieu avant la naissance de l'enfant. Bien que cela ne soit pas d'emblée exclu par la loi, il ne semble pas abusif de considérer, comme la doctrine précitée (SCHWENZER/COTTIER), que la reconnaissance ne peut pas être faite avant même le moment de la procréation, eu égard au but de la législation, qui est, bien sûr, de pouvoir créer une filiation paternelle volontaire pour les enfants de parents non mariés, mais également d'ancrer officiellement dans un registre des données personnelles réelles. Cela étant, admettre une reconnaissance avant la procréation irait à l'encontre d'une condition légale qui veut que la reconnaissance ne soit possible que si l'enfant est déjà doté d'un lien de filiation maternelle (art. 260 al. 1 CC). La reconnaissance d'un embryon non implanté, voire d'un ovule imprégné cryoconservé (art. 16 LPMA) n'est ainsi pas possible, dès lors que cet embryon n'a pas de filiation maternelle, car la mère juridique, soit celle qui donnera naissance, n'est pas déterminée¹⁰.

⁷ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 6^e éd. 2018, Art. 260, N. 1 4 f.

⁸ GUILLOD/BURGAT, Droit des familles, 6^e éd. Bâle/Neuchâtel 2022, p. 69 ; GUILLOD, Droit des personnes, 6^e éd., Bâle/Neuchâtel 2018, p. 81 ss ; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2014, p. 66.

⁹ CR CC I-GUILLOD, Art. 260, N 1.

¹⁰ BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 260 N 5 ; CR CC I-GUILLOD, Art. 260 N 7.

S'agissant de la forme de la reconnaissance, l'art. 260 al. 3 CC la règle de manière exhaustive : il s'agit d'une simple déclaration devant l'autorité d'état civil, qui exclut toute autre forme¹¹. Une convention passée entre le géniteur et la mère dans laquelle il admet sa paternité ne serait ainsi pas valable en tant que reconnaissance¹². La question qui se pose ici a toutefois trait à une convention conclue à l'étranger et de savoir si cette convention est suffisante au regard du droit suisse pour admettre une reconnaissance. La déclaration, lorsqu'elle est effectuée en Suisse, doit être le fait du déclarant en personne. L'office de l'état civil examine les conditions légales, s'assure de l'identité et de la capacité civile des personnes concernées, vérifie que les données disponibles et les indications à enregistrer sont exactes, complètes et conformes à l'état actuel et informe la personne concernée (art. 16 al. 1 let. b et c et al. 5 OEC). La reconnaissance de l'enfant doit être signée à la main et en présence de la personne chargée de la réception ou de l'enregistrement (art. 18 al. 1 let. b OEC). L'autorité attire l'attention du déclarant sur le fait que l'enregistrement de sa déclaration est constitutif de l'établissement d'un rapport de filiation entre lui et l'enfant¹³, mais ne vérifie pas la « véricité » de la paternité du déclarant. Lorsque le déclarant reconnaît l'enfant en sachant avec certitude qu'il n'est pas le géniteur, certains auteurs estiment qu'il commettrait un abus de droit, selon l'art. 2 al. 2 CC, qui ne serait toutefois pas constitutif d'une infraction pénale, ni d'un acte illicite¹⁴. Hormis les cas où un jugement excluant la paternité est connu, il existe une controverse doctrinale de savoir si l'autorité de l'état civil doit refuser l'inscription si elle est certaine de la non-paternité du déclarant¹⁵. GUILLOD/BURGAT estiment que l'autorité de l'état civil doit refuser d'enregistrer la reconnaissance uniquement lorsqu'elle sait qu'il existe déjà un lien de filiation entre l'enfant et un autre homme ou qu'elle a connaissance de pièces, comme un jugement négatif suite à une action en paternité, attestant de la non-paternité génétique. Nonobstant ce point, à mesure que l'autorité n'a pas à examiner s'il s'agit d'une reconnaissance de complaisance, force est de constater que la reconnaissance de l'enfant demeure une fiction juridique : elle consacre à notre sens bien plus un lien psychosocial qu'une réalité biologique¹⁶.

Le Tribunal fédéral a, encore récemment, dû se saisir de la question de la transcription en Suisse d'une reconnaissance de paternité valable à l'étranger et a pour l'occasion pu rappeler que dans ces cas « l'application de la réserve de l'ordre public est plus restrictive que dans le domaine de l'application directe des règles de loi (...), afin d'éviter dans toute la mesure du possible la création de situations boiteuses préjudiciables aux intéressés »¹⁷. A notre connaissance, il n'a en revanche pas encore eu à étudier la question de la validité en Suisse

¹¹ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, *op. cit.*, p. 68.

¹² CR CC-I-GUILLOD, Art. 260 N 13.

¹³ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, *op. cit.*, p. 69 ; les auteurs indiquent que cette obligation d'informer de l'état civil existe toujours malgré le fait que l'art. 11 OEC ne la mentionne plus expressément.

¹⁴ BEK-HEGNAUER, ad art. 260 CC N 62 ; cf. CALDERARI, Le droit suisse face au désir de concevoir un enfant d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement, in : ex ante 1/2018, p. 12 ss.

¹⁵ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, *op. cit.*, p. 67 ss : estiment que l'officier de l'état civil doit refuser l'inscription lorsqu'il est certain de la non-paternité, ce qui devrait rester exceptionnel, le pouvoir de vérification de l'officier se limitant toutefois à l'examen des conditions légales. *Contra* : BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 260 N 7, qui nuancent et estiment que la reconnaissance doit, même dans ce cas, être enregistrée.

¹⁶ Cf. arrêt du TF 5A_760/2021, *op. cit.*, consid. 5.1.2 et la doctrine citée.

¹⁷ Arrêt du [TF 5A_760/2021](#), *op. cit.*, consid. 5.2 ; résumé paru dans la Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2022.

d'une reconnaissance étrangère sous l'angle du droit suisse, donc lorsque les conditions du droit suisse s'appliquent pour admettre la reconnaissance étrangère.

Selon notre interprétation, la nécessité de signer en personne existe pour identifier le déclarant, l'informer correctement des conséquences de sa signature et obtenir une sorte de « preuve d'intention ». Ce n'est pas pour prouver un lien biologique que la personne doit être présente, mais pour démontrer la volonté de faire reconnaître un lien social et affectif avec l'enfant. Si le fait de considérer comme insuffisante l'apposition de la signature d'un·e représentant·e dans un contrat de GPA à l'étranger en tant que preuve de la présence du déclarant peut être le motif pour refuser une reconnaissance en Suisse, on peut légitimement se demander si la signature directe du déclarant permet suffisamment de l'informer des conséquences juridiques quant à sa filiation et d'apporter une preuve. Nous considérons dès lors que le problème n'est pas tant que le contrat ait été signé par un·e représentant·e ou non, mais de savoir si le déclarant avait bien conscience du fait qu'il entendait créer une filiation juridique avec l'enfant. Le fait que le déclarant ait signé lui-même le contrat de GPA n'offre (relativement) pas plus de sécurité en ce sens. Il n'y aurait par conséquent pas lieu d'opérer une distinction à cet égard, du moins sur cet aspect uniquement.

Comme nous l'avons vu, le TF a en revanche ouvert la possibilité d'admettre la validité d'une reconnaissance de l'enfant sur la base d'un contrat de GPA authentifié par un notaire. Or, il sied de relever que dans les deux affaires précitées, le contrat de GPA a été conclu avant même la procréation de l'enfant (soit l'insémination artificielle de la mère porteuse), que ce contrat soit authentifié par un notaire ou non, ce qui irait déjà à l'encontre du droit suisse. Dans les deux cas également (du moins cela n'est pas précisé dans l'état de fait qui ressort du premier arrêt), le contrat de GPA ne contient pas de clauses s'agissant de la parentalité juridique des parties. La signature d'un notaire ne change rien à ce constat : il n'a pas pu authentifier cette volonté de filiation, du moins si le contrat de GPA ne le précise pas, tout comme la signature par un·e représentant·e ne permet pas non plus d'apporter suffisamment cette preuve d'intention. On ne voit dès lors pas en quoi la situation devrait être traitée de manière différente, en tout cas en ce qui concerne la question de l'authentification.

Au vu de ce qui précède, nous sommes mitigés sur le fait qu'une paternité sur la base d'un contrat de GPA conclu à l'étranger ait pu être reconnue dans la première affaire et pas dans la seconde. S'il est vrai que l'authentification du contrat par un notaire et le fait que le contrat ait été signé en personne par le père d'intention apporte plus de sécurité par rapport à la preuve d'une déclaration personnelle qui se reflète dans les conditions légales suisses pour la reconnaissance de l'enfant, il manquerait à nos yeux la preuve d'une réelle intention d'établir la paternité si l'on suit strictement la logique suisse. Cela étant, la déclaration de reconnaissance de l'enfant demeure un droit strictement personnel et, dans ce contexte de vérification d'actes effectués à l'étranger, le TF confirme que, à défaut de présence devant l'autorité de l'état civil suisse, une signature personnelle est requise pour admettre une validité en Suisse.

L'approche suivie par le TF a malgré tout l'avantage de poser « un certain standard » pour les contrats de GPA établis à l'étranger¹⁸ : une signature du déclarant lui-même (nécessaire) ; un

¹⁸ Si une institution comparable à la déclaration de reconnaissance en Suisse n'existe pas.

contrat authentifié par un-e notaire (recommandé¹⁹). Nous retiendrons donc que la reconnaissance de l'enfant signée par procuration n'est pas suffisante. A notre sens, le contrat de GPA devrait contenir une clause relative à la filiation juridique des parents d'intention (en l'occurrence du père) pour qu'il soit vraiment conforme aux conditions voulues pour la reconnaissance de paternité en Suisse.

Quoi qu'il en soit, la question de la reconnaissance d'une reconnaissance de paternité effectuée par le biais d'un contrat de GPA à l'étranger est éminemment délicate : faut-il courir le risque que le père d'intention qui a signé le contrat conteste après coup sa paternité, une fois arrivé en Suisse ? Ou faut-il au contraire appréhender la question autrement et reconnaître cette possibilité de manière simplifiée eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant qui serait d'avoir une filiation paternelle bien établie ?

Evidemment, la question reste purement théorique, car en pratique le père d'intention pourra en principe facilement reconnaître l'enfant par simple déclaration devant l'office de l'état civil en Suisse. Il n'en demeure pas moins que la question reste idéologique et politique. Du point de vue de l'ordre public suisse, est-il admissible de reconnaître une paternité sur la base d'un contrat de GPA conclu à l'étranger, puisque cette pratique est prohibée en Suisse (art. 119 al. 2 let. d Cst., 4 LPMA) ? Le TF a indiqué que la réserve de l'ordre public doit être appliquée de manière restrictive, afin d'éviter des rapports de filiation « boiteux », et que la violation de l'interdiction de gestation pour autrui ne permet pas en soi de refuser de reconnaître la filiation établie à l'étranger²⁰. Cependant, sous l'angle de la réalité biologique (et sociale), le père d'intention est dans ces affaires réellement le père génétique, ce qui argumenterait une admissibilité étendue, mais en serait-il autrement si la gestation pour autrui avait été couplée à un don de sperme, plutôt qu'un don d'ovule ?

Sans pouvoir y apporter de réponses définitives, tous ces questionnements nous laissent à penser que la potentielle (et probable) future révision du droit de la filiation actuellement discutée au Parlement²¹ devra aussi tenir compte de ces problématiques (ce qui n'est, semble-t-il, pas encore le cas – la gestation pour autrui demeurant exclue). Le Tribunal fédéral a d'ailleurs laissé entendre, au travers de ces deux arrêts, qu'il appliquait une solution *de lege lata*. Reste à voir si l'autorité législative répondra à cet appel du pied.

Dans cette constellation d'arrêts, la grande « perdante » reste la mère d'intention qui, peu importe qu'une décision ou un jugement étranger existe, peu importe qu'un contrat de GPA soit authentifié ou non, peu importe qu'elle soit la mère génétique ou non, ne pourra pas se voir reconnaître une parentalité juridique en Suisse, sans passer par une adoption. Du reste, la CourEDH ne semble pas prête à contredire cette réalité²². Toutefois, sous l'angle du droit au respect de la vie privée des enfants, la CourEDH a déjà admis une violation par le refus de

¹⁹ La présence d'un-e notaire peut accroître la « présomption » d'informations fournies au père.

²⁰ ATF 141 III 312 ; ATF 141 III 328.

²¹ Cf. rapport du Conseil fédéral, De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation, Berne, 17 décembre 2021 ; disponible sur : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-86490.html>.

²² Cf. arrêt de la CourEDH du 24 mars 2022, *A. M. c. Norvège*, n° 30254/18. Dans cette affaire, une ressortissante norvégienne, en litige avec son ex-partenaire, s'oppose au refus de reconnaître sa filiation maternelle en tant que mère d'intention et de lui attribuer des droits parentaux sur l'enfant né d'une GPA aux Etats-Unis. Pas de violation de la CEDH retenue.

reconnaissance du lien de filiation avec les parents d'intention²³. Peut-être serait-il temps d'admettre que le refus de reconnaître la maternité de la mère d'intention, par application du principe si cher à la Suisse de *mater semper certa est*, contrevient parfois à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il reste à répéter²⁴ que la femme géorgienne concernée (celle qui doit être protégée selon la *ratio legis* de l'interdiction de la gestation pour autrui), soit l'autre partie au contrat de GPA, devrait en tous cas au moins avoir connaissance, en signant ce contrat, qu'elle risque de devenir la mère juridique de l'enfant qu'elle porte sur la base d'un droit étranger (en l'espèce le droit suisse). Sans cette information et consentement essentiels, un tel contrat devrait déjà être partiellement nul selon le droit géorgien et donc être nul aussi pour le père (et la mère) d'intention, même s'il l'a signé personnellement... Dans ce contexte, on peut ajouter qu'il existe un arrêt du tribunal administratif cantonal de Soleure du 18 décembre 2019²⁵, dont l'affaire porte sur une femme du Minnesota qui s'est portée volontaire pour être mère porteuse sans jamais avoir eu l'intention d'être reconnue comme la mère future juridique des jumeaux en Suisse. Malgré une décision américaine allant dans ce sens, le Département de l'économie publique (*Volkswirtschaftsdepartement*) du canton de Soleure l'a inscrite en tant que mère juridique dans le registre de l'état civil. Admettant son recours, le tribunal administratif cantonal a confirmé qu'elle ne devait pas être enregistrée comme mère juridique en Suisse : il a admis que la reconnaissance d'une décision de déchéance du lien de filiation avec une mère porteuse rendue à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public suisse si elle ne se fonde pas sur un contrat de GPA, mais sur une réglementation juridique correspondant à l'autorisation d'adopter selon le droit suisse (en l'occurrence le « *findings of fact, conclusions of law, and order for judgement to terminate parental rights pursuant to Minn.Stat. § 260C.301, subd. 1(a)* »). Cette décision est louable puisqu'elle respecte les droits humains de la mère porteuse, son droit fondamental à l'autodétermination, au respect de sa vie privée et familiale, et donc son droit de choisir si elle souhaite devenir mère juridique de l'enfant, tout en étant conforme avec l'intérêt supérieur de l'enfant. La solution retenue par le tribunal soleurois aurait cependant été bien différente si le contrat de GPA avait été conclu en Géorgie...

En conclusion, il faudrait à l'avenir réfléchir pragmatiquement à une éventuelle abolition de l'interdiction de la gestation pour autrui en Suisse, car la question de la non-admissibilité d'un tel contrat a évolué dans la pratique internationale (et nationale²⁶). Il nous semble judicieux

²³ Par ex. arrêts de la CourEDH du 26 juin 2014, *Mennesson c. France* et *Labassee c. France* ; voir aussi STEGMÜLLER, *Tourisme procréatif et reconnaissance des liens de filiation : la jurisprudence embryonnaire de la CourEDH et du TF*, in : Boillet/Maiani/Poltier/Rietiker/Wilson (édit.), *L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 137 ss.

²⁴ HOTZ/SAINT-PHOR, *Reconnaissance de la filiation suite au recours à la « maternité de substitution »*, *op. cit.*, p. 8 ss.

²⁵ Arrêt du Tribunal administratif du canton de Soleure, SOG 2020 Nr. 3, Geschäftsnummer VWBES.2019.213, du 18 décembre 2019.

²⁶ Pour un exemple évocateur de dérive ; cf. arrêt de la CourEDH du 7 avril 2022, A. L. contre France, n° 13344/20 : cas d'une GPA pratiquée sur le territoire national français, alors que le droit français interdit la gestation pour autrui : en 2012, Mme B accepte de conclure un contrat de GPA avec M. A.L. et son compagnon en tant que mère porteuse. A la naissance de l'enfant S, Mme B indique au couple que l'enfant est décédé. En parallèle, elle confie l'enfant à un couple de tiers, formé par M. R et Mme R, contre le versement de 15'000.- euros (EUR). « L'acte de naissance » de l'enfant indiquait Mme B et M. R comme parents juridiques

d'envisager la mise en place d'une législation permettant de définir les éléments des contrats de gestation pour autrui (ce qui est p.ex. en train de se faire actuellement en Belgique). Un tel cadre devrait permettre aux parties signataires d'être conscientes de toutes les implications futures. Ce contrat devrait être approuvé par les autorités²⁷, ou à tout le moins, une copie devrait être conservée chez un-e notaire²⁸. En parallèle, il apparaît nécessaire de poser des exigences médicales et sociales aux futurs parents, comme c'est le cas pour les adoptions, afin de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce qui n'est de loin pas toujours le cas pour la GPA. Typiquement, dans ce contrat de GPA géorgien, il manquait apparemment l'élément de la volonté par rapport à la paternité. Cet élément devrait être inclus dans tous les contrats de GPA, au vu des difficultés posées par la reconnaissance de tels contrats à l'étranger.

de l'enfant S. Dès sa naissance, l'enfant S réside avec le couple R. Suite aux dépôts de différentes plaintes pénales et à des condamnations, M. A.L. tente d'établir sa paternité en justice, en vain. Il introduit alors une requête devant la CourEDH, qui admet une violation de l'art. 8 CEDH pour violation du devoir de diligence de l'Etat concerné dans le fait d'avoir mené une procédure sur plus de six ans, mais ne révoque pas la décision quant à la filiation, dès lors que l'intérêt supérieur de l'enfant a été pris en compte et respecté pour apprécier la cause. Pour un autre exemple récent : suite à l'ATF 141 III 312 (cf. un court résumé de HIRSCH, [La reconnaissance du lien de filiation créé à la suite d'une gestation pour autrui](#), LawInside.ch/63/, 6 août 2015), le couple concerné de même sexe uni par un partenariat enregistré, qui avait eu recours à une GPA aux Etats-Unis, mais dont seule une filiation avec le père génétique a été reconnue (les autorités suisses refusant de reconnaître la lien de filiation – pourtant établi par un tribunal américain – entre le père d'intention et l'enfant), a déposé une requête à la CourEDH. Celle-ci a admis récemment que les autorités suisses avaient violé l'art. 8 CEDH en ne permettant pas d'établir une filiation entre l'enfant et le père d'intention pour les couples de même sexe. Le Code civil suisse a entre-temps été révisé, permettant l'adoption de l'enfant du partenaire de vie en 2018, puis introduisant le mariage pour toutes et tous en 2022. L'enfant en question a ainsi pu être adopté par le père d'intention. Cf. arrêt de la CourEDH du 22 novembre 2022, D.B. et autres c. Suisse, n° 58817/ et 58252/15.

²⁷ HOTZ, Selbstbestimmung im Vertragsrecht, Unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu « Liebe », Sex und Fortpflanzung, 2018, cf. contrat de GPA *de lege ferenda*, 384 ss.

²⁸ La proposition des expertes pour la révision de droit de la filiation va aussi dans ce sens. Il faudrait également réfléchir à un contrat sur la future prise en charge et les responsabilités parentales, qui nécessiterait l'approbation de l'autorité et l'inscription au registre de l'état civil ; cf. HOTZ, Ehe für alle, Wie weiter ?, Teil 2, SJZ 2/2021, 75 ss.