

La loi applicable aux filiations issues d'une technique d'assistance médicale à la procréation dans la proposition de règlement européen de la filiation

Mathilde MOSIEK-BRASSET*

Sommaire: 1. Prémisse 2. La structure de l'article 17 de la proposition de règlement 3. La mise en œuvre de l'article 17 de la proposition de règlement

1. Prémisse

«Comme toutes les grandes institutions du droit, surtout celles du droit de la famille, le droit de la filiation est le produit d'une culture»¹: une réalité que les rédacteurs de cette proposition de règlement ont dû éprouver avec adresse pour en fixer les grands objectifs. L'ampleur du défi doit être soulignée tant des disparités substantielles divisent les États membres de l'Union européenne. Ce constat est encore exacerbé par l'évolution des techniques d'assistance médicale à la procréation qui, en métamorphosant la notion de «parent», multiplie les points de rupture susceptibles d'apparaître entre les États. Au-delà, ces évolutions substantielles emportent leur lot de conséquences en droit international privé et, tout particulièrement, dans la manière de concevoir et d'appréhender les règles de conflit de lois applicables en matière de filiation. Avant même d'entrer dans le détail de ces considérations, il convient d'effectuer quelques rappels liminaires.

La filiation issue de l'assistance médicale à la procréation n'est pas une filiation comme les autres, qui plus est sur la scène internationale. Elle est issue d'un mode de conception bien particulier, lui-même encadré par des règles spécifiques. Bien que la question de l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation se distingue de celle relative à l'établissement de la filiation de l'enfant qui en est issu, la connexité de ces deux étapes doit être précisée. Elle est aisément visible en droit interne: lorsque que le législateur encadre la réalisation de ces techniques, il renouvelle également la notion de «parent» et institue une nouvelle conception de la famille dans le *for* qui s'accompagne, bien souvent, de modifications substantielles en droit de la filiation². Cette cohérence ne résiste cependant pas à la délocalisation de l'une des étapes de l'assistance médicale à la procréation. Cet état de fait s'explique par son traitement «morcelé» se traduisant par l'application de lois différentes et potentiellement contradictoires aux différentes étapes. Concrètement, puisque la méthode conflictuelle classique, bilatérale, neutre et abstraite, n'est pas apte à déterminer la loi

* Doctorante en Droit privé et sciences criminelles, Université Lyon III Jean Moulin.

¹ Ph. Mauraie et H. Fulchiron, *Droit de la famille*, Paris, 8^e éd., 2022, p. 451, n° 665.

² Voy. Loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique. Le législateur français, en ouvrant l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes, a dans le même temps, prévu par quel mode la mère qui n'a pas accouché de l'enfant établira un lien de filiation avec ce dernier. Une certaine cohérence est ainsi assurée, de sorte que le droit français ne permet pas la création de modes de vie en famille qui ne pourraient ni «faire famille» au sens du droit, ni profiter des effets que le lien de parenté procure en matière sociale, successorale ou encore fiscale.

applicable à la réalisation de la technique³, aucune règle de conflit, qu'elle soit de source nationale ou internationale, ne détermine la loi qui lui est applicable. Ainsi, les établissements de santé d'un État membre appliquent de manière automatique la *lex loci*: l'extranéité résultant de la nationalité ou du lieu de résidence des demandeurs ne jouent aucun rôle⁴. Une fois l'enfant né, la question de l'établissement de sa filiation se pose, et le mécanisme conflictuel est cette fois de rigueur. Comme, bien souvent, la délocalisation de la réalisation de la technique poursuit le but de contourner les règles applicables dans le *for* de résidence, les contradictions susceptibles de naître entre la loi applicable à l'accès et la loi applicable à la filiation sont difficiles à surmonter.

Les difficultés issues de ce traitement «morcelé» de l'assistance médicale à la procréation nécessitent très certainement plus qu'une règle de conflit de lois. Toutefois, comme en témoigne cette proposition de règlement, un élément de rattachement adapté peut contribuer à en atténuer certaines. C'est ce que nous tenterons d'illustrer en étudiant, d'abord, la structure de l'article 17 de la proposition de règlement (II), puis, les conditions de sa mise en œuvre (III).

2. La structure de l'article 17 de la proposition de règlement

L'élaboration de l'article 17 de la proposition de règlement appelle, sous l'angle des filiations issues de l'assistance médicale à la procréation, deux observations portant, respectivement, sur le choix d'un rattachement de principe au «lieu de résidence de celle qui accouche», d'une part, et sur l'introduction de rattachements subsidiaires, d'autre part.

D'abord, le paragraphe premier de l'article 17 propose une règle de conflit de lois classique assortie d'un élément de rattachement neutre, bilatéral et indirect susceptible de désigner indifféremment l'une des lois en conflit. L'originalité de ce rattachement réside plutôt dans la référence à «la personne qui accouche». On trouve, en effet, au sein des règles de conflit de lois des États membres de l'Union européenne, des rattachements construits autour de «l'enfant»⁵ ou de la «mère»⁶. Le droit international privé français opte pour cette dernière option et prévoit ainsi que la filiation est régie par la loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant⁷. Introduite dans le Code civil en 1972, cette disposition prenait appui sur un postulat: «le seul point d'ancrage à peu près ferme, ou, pour parler la langue juridique, le rattachement le plus clair et le plus pratique, était constitué par la nationalité de la mère, dont l'identité est généralement indiscutable. Cela se dit, en latin: *semper certa est mater*»⁸. Près d'un demi-siècle plus tard, cette réalité a été largement remise en cause par l'évolution des techniques médicales et scientifiques: une «mère», – entendue comme la mère *ab initio* de l'enfant – n'est plus seulement celle qui accouche. Cette référence à «la personne qui accouche» est, de ce fait, bienvenue lorsque l'enfant dont il convient de déterminer la loi applicable à la filiation est né d'une technique d'assistance médicale à la procréation initiée par deux femmes: l'interprète de la règle ne sera pas contraint d'opter pour l'une d'entre-elles au risque de devoir distinguer là où la loi qui leur a permis de mettre au monde cet enfant ne distingue pas.

Le rattachement au «lieu de résidence» de la personne qui accouche mérite également toute notre attention. Tout d'abord, rappelons que le droit de la filiation participe du statut personnel, lequel est profondément rattaché à la souveraineté des États. À cet égard, selon qu'il s'agit d'un État de *civil law* ou de *common law*, on observe une préférence pour un rattachement à la nationalité ou

³ Les causes sont à rechercher dans la nature des normes et des acteurs amenés à les mettre en œuvre. Voy. en ce sens, C. Labrusse-Riou, *Bioéthique et droit international privé: objectifs et méthodes en questions*, TCFDIP, 15^e année, 2000-2002, 2004, p. 47-80, spéc. p. 56-57. *Contra*: M. Josselin-Gall, *Bioéthique*, *Rep. Civ. Dalloz*, oct. 2011, n°1, n° 30 et s. et spec. n° 31.

⁴ V. M. Audit, *Bioéthique et droit international privé*, RCADIP, n°255 et s. p. 359.

⁵ V. par ex. Article 9 § 4 du Code civil espagnol.

⁶ V. par ex. Article 311-14 du Code civil français.

⁷ Article 311-14 du Code français: «La filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant».

⁸ J. Foyer, JOAN 6 oct. 1971, 1^e séance, n° p. 4301.

au domicile, lesquels traduisent «un lien de sujétion»⁹, voire, un sentiment «d'appartenance»¹⁰ ou d'«allégeance»¹¹. La notion de «lieu de résidence» est, elle, nettement plus volitive et règle, dans une certaine mesure, des difficultés induites par la fragmentation de la loi applicable en matière d'assistance médicale à la procréation. Rappelons qu'au stade de la réalisation de la technique, les établissements de santé appliquent automatiquement la *lex loci*. La résurgence d'un mécanisme conflictuel au moment d'établir un lien de filiation est susceptible d'emporter la compétence d'une loi différente et potentiellement contradictoire. Dès lors, l'article 17 présente l'avantage d'éviter une telle contradiction lorsque la technique est réalisée dans le *for* de résidence de personnes de nationalité étrangère. Toutefois, cela ne résout pas toutes les difficultés: *quid* de la filiation de l'enfant conçu par assistance médicale à la procréation lorsque ceux qui l'ont fait naître ne résident pas dans l'État qui leur a permis de le concevoir? Dans un tel cas de figure, le risque de contradiction induit par le phénomène de fragmentation de la loi applicable à l'assistance médicale à la procréation réapparaît.

Le second paragraphe de la disposition semble, à cet égard, combler cette lacune. De fait, si le premier paragraphe n'a permis d'établir la filiation de l'enfant qu'à l'égard d'un seul de ses deux parents, deux rattachements subsidiaires renvoient, de manière alternative, à la loi de l'État dont l'un des deux parents a la nationalité ou à la loi de l'État de naissance de l'enfant. Précisons que cette loi sera uniquement compétente pour régir l'établissement de la filiation du deuxième parent. Cet ajout fait de l'article 17 une véritable règle de conflit de lois à coloration matérielle exprimant l'esprit de *favor filiationis* qui irrigue l'ensemble de la proposition de règlement.

Une telle solution ne manque pas de nous interroger sur les risques de *law shopping* déjà à l'œuvre en matière d'accès à ces techniques. Néanmoins, au stade de la mise en œuvre de cette disposition, l'exception d'ordre public prévue par la proposition de règlement semble *a priori* nuancer cette prévision.

3. La mise en œuvre de l'article 17 de la proposition de règlement

Classiquement, la proposition de règlement admet qu'il soit fait échec à l'application de la loi désignée par une règle de conflit de lois. Ainsi, l'article 22 prévoit une exception d'ordre public susceptible d'être invoquée, comme le précise son paragraphe premier, lorsque l'application d'une loi compétente en vertu du présent règlement «est manifestement incompatible avec l'ordre public du *for*».

Dans les limites de l'application de cette proposition de règlement et spécifiquement au regard des filiations issues de l'assistance médicale à la procréation, il paraît utile de s'interroger à deux égards.

En premier lieu, le fait que ceux qui se revendiquent comme étant parents de l'enfant soient de même sexe – ce que permettent les techniques d'assistance médicale à la procréation – constituera-t-il un motif d'incompatibilité avec l'ordre public du *for* au sens du règlement? Le paragraphe 2 nous apporte, sur ce point, des éléments de réponses et prescrit aux juridictions et autorités des États membres d'appliquer le paragraphe 1 «dans le respect des droits et principes fondamentaux énoncés dans la charte, et notamment son article 21 relatif au droit à la non-discrimination». Par-là, le règlement prescrit aux États membres d'effectuer une mise en balance: les conséquences de l'application de ce mécanisme d'éviction porte-t-il une atteinte disproportionnée aux droits et principes fondamentaux énoncés dans la charte et, plus spécifiquement, au principe de non-discrimination? Nul doute qu'en visant spécifiquement ce principe les rédacteurs de la proposition de règlement avaient en tête un cas de figure bien précis: celui dans lequel la loi étrangère applicable

⁹ P. Lagarde, *Le principe de proximité en droit international privé*, RCADIP, n°53, p. 66.

¹⁰ B. Audit, *Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain*, in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, *Economica*, 2008, p. 53.

¹¹ *Ibid.*

autoriserait l'établissement d'un double lien de filiation monosexuée. L'exposé des motifs introduisant cette proposition confirme d'ailleurs cette intuition¹².

En second lieu, il paraît opportun de se demander si le mode de conception de l'enfant – la réalisation d'une technique d'assistance médicale à la procréation en particulier – pourra être invoqué par les autorités d'un État membre afin de refuser d'appliquer la loi compétente pour régir la filiation de l'enfant en vertu du règlement. Ce serait, il nous semble, confondre deux étapes distinctes, bien que connexes: l'accès aux techniques d'assistance médicale à la procréation, d'une part, et l'établissement de la filiation issue d'une telle technique, d'autre part. On peut cependant envisager que la question ait à se poser puisqu'en l'état actuel des choses et en l'absence de coordination minimum au stade de l'accès, la question de la loi applicable à la conception de l'enfant surgit au moment de l'établissement de la filiation, telle une question préalable. Un tel raisonnement n'est pas convaincant, au mieux, il révèle les carences du droit international privé au stade de l'accès à ces techniques, au pire, il fait peser sur l'enfant le choix de ses parents. Toutefois, il ne doit pas être exclu, l'étude de la jurisprudence française offre, sur ce point, un exemple topique¹³. Dans l'hypothèse où cette question devait être soulevée devant la Cour de justice de l'Union européenne, nos prévisions ne pourraient être que plus nuancées. Les motifs introductifs de la proposition de règlement taisent ce cas particulier qui n'est envisagé qu'à l'occasion de la reconnaissance des actes de naissances étranger.

Abstract

L'assistance médicale à la procréation met à l'épreuve le droit international privé: les difficultés qui apparaissent à l'occasion de la mise en œuvre des règles de conflit de lois applicables en matière de filiation en sont une illustration topique. L'objet de cette contribution consiste à identifier les solutions que la présente proposition de règlement offre à la problématique spécifique de la fragmentation de la loi applicable à l'assistance médicale à la procréation. Le rattachement de principe de l'article 17 de la proposition de règlement semble, a priori, résoudre plusieurs difficultés. L'ajout de rattachements alternatifs fait de l'article 17 une véritable règle de conflit de lois à coloration matérielle susceptible de prescrire une application distributive de plusieurs lois dont l'objectif explicitement affiché est celui de permettre l'établissement de la filiation de l'enfant avec ses deux parents. Cette règle de conflit de lois semble exprimer l'esprit de favor filiationis et s'inscrire dans les solutions préconisées au niveau européen eu égard à la nécessité de garantir à l'enfant le respect de sa vie privée. L'exception d'ordre public de l'article 22 permet, quant à elle, d'écarter l'application de la loi applicable en vertu de l'article 17 «si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for»: l'occasion pour nous de discuter de l'incidence, ou au contraire de l'absence d'incidence, du mode de conception de l'enfant sur la loi applicable à sa filiation.

Mots-clés: loi applicable, filiation, assistance médicale à la procréation, proposition de règlement européen

*

¹² Proposition de règlement du Conseil relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance des décisions et à l'acceptation des actes authentiques en matière de filiation ainsi qu'à la création d'un certificat européen de filiation, COM (2022) 695 final, p. 16.

¹³ V. not. TGI, Versailles, 29 avril 2014, n°13/00168; TGI Nanterre 8 juill. 2014 n°13/14804; Cass. 1re civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261 et 11-30.262; et spéc., Cass. Ass. Plen., 22 sept. 2014, avis n°G1470006 et n°J1470007. V. sur ces questions: I. Barrière Brousse, *Le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant*, *JDI*, n°1, janv. 2015, comm 1; J. Mouly, *La «Délocalisation procréative»: fraude à la loi ou habileté permise?*, *D.*, n°9, 2014, p. 2419 et s.; D. Sindres, *Le tourisme procréatif et le droit international privé*, *JDI*, n°2, avril 2015, doct. 4. *Contra*: Ph. Reigné, *Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation: ni fraude à la loi, ni loi fraudée*, *D.* n°29, 2014, pp. 1169 et s.; H. Fulchiron, *Fraus omnia corrumpit?*, *D.*, n°20, 2014, p. 1162 et s.; A.-M. Leroyer, *Procréation médicalement assistée: adoption plénière par l'épouse de la mère*, *D.*, n°35, 2014, p. 2031 et s.

Medically assisted procreation puts private international law to the test: the difficulties that arise when implementing the conflict-of-laws rules applicable to filiation are a topical illustration. The aim of this contribution is to identify the solutions offered by the present draft regulation to the specific problem of the fragmentation of the law applicable to medically assisted procreation. The principle of connection set out in Article 17 of the proposed regulation seems, a priori, to resolve several difficulties. The addition of alternative connections makes Article 17 a genuine conflict-of-laws rule with a material coloring, capable of prescribing a distributive application of several laws, the explicitly stated aim of which is to enable the child's parentage to be established with both parents. This conflict-of-laws rule seems to express the spirit of favor filiationis, and is in line with the solutions advocated at European level in view of the need to guarantee children respect for their private lives. The public policy exception in article 22, for its part, allows the law applicable under article 17 to be disregarded "if such application is manifestly incompatible with the public policy of the forum": an opportunity for us to discuss the impact – or, on the contrary, the absence of impact – of the child's mode of conception on the law applicable to his or her filiation.

Key words: applicable law, filiation, medically assisted procreation, proposal for a European regulation