

**N<sup>os</sup> 6568<sup>14</sup>  
5553<sup>9</sup>**

**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2015-2016

---

**PROJET DE LOI**

**portant réforme du droit de la filiation, modifiant**

- le Code civil,
- le Nouveau Code de procédure civile,
- le Code pénal,
- la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms,
- et la loi communale du 13 décembre 1988

**PROPOSITION DE LOI**

**portant réforme du droit de la filiation et  
instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale**

\* \* \*

**AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT**

(10.12.2015)

Par dépêche du 6 avril 2006, le Premier ministre, ministre d'État soumit à l'avis du Conseil d'État, la proposition de loi portant réforme du droit de la filiation et instituant l'exercice conjoint de l'autorité parentale, déposée à la Chambre des députés en séance publique du 14 mars 2006 (doc. parl. n° 5553) par les députés Laurent Mosar et Marie-Josée Frank et déclarée recevable par la Chambre des députés le 4 avril 2006. Au texte de la proposition de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles. Par dépêche du 30 avril 2007, la prise de position du Gouvernement a été communiquée au Conseil d'État. En date du 17 mai 2011, le Conseil d'État émit un avis sur les dispositions de la proposition de loi relatives au volet de l'autorité parentale en excluant le volet de la filiation qu'il se proposait d'examiner dans le cadre de l'examen du projet de loi visant à réformer le droit de la filiation que le Gouvernement avait annoncé.

En date du 25 avril 2013, le Premier ministre, ministre d'État, saisit le Conseil d'État du projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice. Le texte du projet était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles et d'une fiche d'évaluation d'impact.

Suite au programme gouvernemental de décembre 2013, le président du Conseil d'État s'enquit par voie d'un courrier du 7 janvier 2014 auprès du ministre de la Justice sur les suites que le nouveau Gouvernement comptait réserver à ce projet de loi.

Par courrier du 16 octobre 2014, le Premier ministre, ministre d'État informa le Conseil d'État que l'adoption du projet de loi transmis par dépêche du 25 avril 2013 et non amendé, serait urgente.

Par les dépêches respectives des 23 septembre 2013, 17 février 2014, et 24 juin 2015 les avis concernant le projet de loi sous rubrique de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand, des autorités judiciaires et de la Commission consultative des droits de l'homme ont été communiqués au Conseil d'État. L'avis de la Commission consultative des droits de l'homme concernait également la proposition de loi sous objet.

Le Conseil d'État a encore pris connaissance d'autres avis concernant le projet de loi. Il s'agit de:

- l'avis de „Eltren getrennt a. s. b. l.“;
- l'avis complémentaire de l'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand;
- l'avis de l'„Initiative Schutz fir d'Kand – Défense de l'enfant“;
- l'avis du Planning familial;
- l'avis de l'Œuvre pour la protection de la vie naissante a. s. b. l.;
- l'avis de la Société luxembourgeoise de psychiatrie, de pédopsychiatrie et psychothérapie a. s. b. l.;
- l'avis de la Croix-Rouge luxembourgeoise;
- l'avis de la Fondation Caritas Luxembourg.

Les trois derniers avis cités portaient tant sur le projet de loi que sur la proposition de loi sous examen.

\*

### CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Le projet de loi, de même que la proposition de loi soumis à l'avis du Conseil d'État visent à abandonner la distinction faite par le droit de la filiation entre la filiation légitime et la filiation naturelle et à tirer les conséquences de l'égalité de statut entre les enfants, quelles que soient les conditions de leur naissance. La réforme proposée est le corollaire de la réforme relative à l'autorité parentale visant à consacrer le principe de la coparentalité quel que soit le type de filiation.

Les auteurs du projet de loi précisent que l'abandon de la distinction de la filiation légitime et de la filiation naturelle ne signifie pas pour autant que l'on puisse opérer une complète unification des modes d'établissement de la filiation: ainsi, la réforme proposée maintient la présomption de paternité comme mode d'établissement de la filiation paternelle dans le mariage, pérennisant ainsi la différence entre les filiations dans le mariage et hors mariage par des modes d'établissement spécifiques de la paternité.

Si la suppression des notions de filiation légitime et de filiation naturelle constitue la base du texte proposé, les auteurs entendent également préciser les conditions de la constatation de la possession d'état, harmoniser le régime procédural de l'établissement judiciaire de la filiation, sécuriser le lien de filiation, ainsi que simplifier et harmoniser le régime des actions en contestation, notamment en modifiant les titulaires et les délais. De même, une certaine simplification administrative en cas de changement de nom ou de prénom est prévue par le projet de loi.

Par ailleurs, le projet de loi se propose de régler les questions de filiation liées à la procréation médicalement assistée (PMA) avec un tiers donneur et d'interdire formellement les conventions de gestation pour autrui (GPA). Les dispositions en projet s'inspirent dans une large mesure des dispositions de la législation française. Cependant, ces sujets, tout comme l'accouchement sous X, ont fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle, notamment de la Cour européenne des droits de l'homme, qui mérite d'être prise en compte dans l'élaboration d'un projet de réforme relatif à la filiation.

En outre, le Conseil d'État constate que le Gouvernement n'a pas revu le projet de loi à la lumière de la loi du 4 juillet 2014 portant réforme du mariage. Il n'a ainsi pas suivi l'exemple du législateur français qui a inséré dans le titre préliminaire du Code civil un nouvel article 6-1 aux termes duquel: „*Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre I<sup>er</sup> du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe*“.

Le Conseil d'État en conclut que le législateur entend mettre tous les couples sur un pied d'égalité en matière de filiation. Cependant, l'imprécision de certaines des dispositions en projet peuvent engendrer la confusion et l'ambiguïté. Le Conseil d'État insiste à ce que toute équivoque relative à la question des droits des couples homosexuels en matière de filiation soit éliminée de la future loi, faute de quoi la dispense du second vote constitutionnel devra être refusée pour insécurité juridique. Il y reviendra lors de l'examen des articles.

\*

## EXAMEN DES ARTICLES

Les dispositions de la proposition de loi se recourent dans une large mesure avec celles du projet gouvernemental, même si la numérotation en diffère. Aussi le Conseil d'État procédera-t-il à l'examen des articles du projet de loi, en tenant compte des modifications divergentes découlant de la proposition de loi.

### Article 1<sup>er</sup>

#### Point 1)

Le projet de loi propose de remplacer dans le livre I<sup>er</sup> „Des personnes“, le Titre VII „de la filiation“, comprenant les Chapitres I<sup>er</sup> „De la filiation légitime“, II „De la filiation naturelle“ et III „Dispositions communes“, par de nouvelles dispositions visant à une restructuration complète du Titre VII. Cette approche est également celle adoptée par les auteurs de la proposition de loi. Le Conseil d'État peut y marquer son accord dans la mesure où cette structure reproduit dans une large mesure la structure adoptée par le code civil français.

### Article 312

Cet article reprend la disposition de l'article 310 du code civil français et énonce le principe d'égalité à l'égard de tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage. Selon les auteurs, l'innovation majeure du projet de loi consiste dans le fait que la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle est abandonnée. Le libellé proposé correspond exactement au libellé de l'article 310 du code civil français, et reprend les termes de „mère et père“. La loi du 4 juillet 2014 portant réforme du mariage contient une disposition générale qui prévoit le remplacement des termes „père et mère“ par ceux de „parents“ pour toutes les dispositions législatives en vigueur le jour de l'entrée en vigueur de ladite loi. Aux yeux du Conseil d'État, la nouvelle terminologie doit s'appliquer à la nouvelle loi, de sorte que les termes „père et mère“ sont à remplacer par „parents“. D'ailleurs, dans son avis, la Commission consultative des droits de l'homme du Grand-Duché de Luxembourg (CCDH) estime que le projet de loi „réduit la filiation au seuls père et mère et il singularise nécessairement les enfants qui n'ont pas un père et une mère, mais qui grandissent dans des familles monoparentales ou avec des parents homosexuels, alors qu'il dispose dans son article 312: „Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux.“ Elle recommande dès lors d'employer le mot „parents“ et de le faire suivre des termes „qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe“.

### Articles 312-1 à 312-6 (Articles 312 à 312-4 de la proposition de loi)

Ces articles reproduisent les articles 310-1 à 311-2 du code civil français et figurent sous la section des preuves et présomptions.

L'article 312-1 énumère les modes d'établissement de la filiation, l'article 312-2 prohibe, en cas d'inceste prévu par les articles 161 et 162 du Code civil, l'établissement de la filiation envers l'autre parent lorsqu'elle est déjà établie à l'égard de l'un d'eux. Le libellé correspond au libellé de l'actuel article 334-7 du Code civil en ajoutant les termes „par quelque moyen que ce soit“. Cet ajout repris de l'article 310-2 du code civil français vise à interdire l'adoption simple de l'enfant né de l'inceste par l'autre parent. De ce fait, l'enfant est privé de tous les effets de la filiation (sauf l'action à fin d'aliments prévus par l'article 342-6 dont le projet de loi propose l'insertion dans le Code civil). La question se pose si une telle interdiction de l'établissement de la filiation bilinéaire de l'enfant incestueux est proportionnée par rapport au but poursuivi ou si elle revêt les caractères de la discrimination.

La Cour constitutionnelle belge a considéré qu'il existait une différence de traitement entre les enfants nés de l'inceste et tous les autres enfants qui, quelles que soient les circonstances de leur naissance, peuvent voir établie une double filiation.<sup>1</sup> Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle considère qu'il ne peut plus être affirmé que la double filiation d'un enfant incestueux est toujours contraire à son intérêt, et qu'en interdisant celle-ci dans tous les cas, les dispositions du Code civil empêchent la prise en compte de son intérêt. Ainsi, la Cour constitutionnelle belge sanctionne le caractère absolu de

<sup>1</sup> Arrêt n° 103/2012 du 9 août 2012, Numéro du rôle 5216

l'interdiction de l'établissement de la filiation, étant donné qu'il ne permet pas à un juge d'apprécier les intérêts en présence et notamment l'intérêt de l'enfant.

Au vu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>2</sup>, qui prône la priorité de l'intérêt supérieur de l'enfant sur l'intérêt général, le Conseil d'État estime que si la future loi maintient l'interdiction de l'établissement de la double filiation incestueuse, elle devrait prévoir une exception pour le cas où il peut être établi que l'établissement de la filiation envers le deuxième parent est conforme aux intérêts de l'enfant incestueux. Une telle disposition est prévue par le Code civil espagnol.<sup>3</sup>

L'article 312-3 qu'il est proposé d'introduire dans le Code civil énumère les modes de preuve de la filiation. Il prévoit la liberté de la preuve, y compris les tests ADN, dans toutes les actions relatives à la filiation, à condition que l'action engagée soit recevable. La question de la recevabilité doit donc être tranchée avant qu'une mesure d'instruction ne soit ordonnée et ceci afin d'éviter tout débat sur la véracité du lien de filiation en cas d'irrecevabilité de l'action.

Le texte proposé à l'article 312-3 reprend le libellé de l'article 310-3 du code civil français tel qu'il a été modifié par l'ordonnance du 4 juillet 2005 ratifiée par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, qui est considéré comme contrepoids à la recherche de la vérité biologique, nécessaire au regard de l'intérêt de l'enfant et gage de stabilité de la cellule familiale effective. Ce dispositif est censé assurer un juste équilibre entre la place accordée à la réalité biologique et à la réalité sociologique.

Actuellement, la possession d'état est prévue par le Code civil comme mode d'établissement de la filiation dans le mariage et comme mode d'établissement de la filiation maternelle hors mariage mais non pas, à elle seule, comme mode d'établissement de la paternité hors mariage. Tant les auteurs du projet de loi que ceux de la proposition de loi prévoient l'établissement de la filiation par la voie d'un acte de notoriété constatant la possession d'état (article 323 du projet de loi et article 317 de la proposition de loi) comme nouveau mode d'établissement de la filiation dans le mariage et hors mariage. Ainsi, la filiation pourra être établie de manière autonome sur la base de certains faits considérés comme éléments constitutifs de la possession d'état et dont le rapprochement laisse supposer l'existence d'un lien de parenté, à condition que la possession d'état soit constatée dans l'acte de notoriété.

Le parquet général critique fortement cette approche basée sur l'apparence et qui, selon lui, donne une portée démesurée à la filiation socio-affective face à une progression de la place de la vérité biologique en matière de droit de la filiation. Il se réfère notamment à la jurisprudence de la CEDH qui, à plusieurs reprises, s'est prononcée en faveur de la vérité biologique non seulement sur le terrain du droit de connaître ses origines mais aussi en matière de droit de la filiation et notamment en matière de contestation d'une filiation<sup>4</sup>. Il est vrai que la CEDH a jugé dans plusieurs affaires relatives à des présomptions légales de paternité, qu'une situation dans laquelle il était impossible de faire prévaloir la réalité biologique sur une présomption légale de paternité n'était pas compatible avec l'obligation de garantir le respect effectif de la vie privée et familiale, même eu égard à la marge d'appréciation dont jouissent les États.<sup>5</sup> Mais dans l'affaire *Marinis c. Grèce*<sup>6</sup>, la Cour a retenu qu'„une simple paternité biologique dépourvue de tous les éléments juridiques ou factuels indiquant l'existence d'une relation personnelle étroite ne saurait être considérée comme suffisante pour entraîner la protection de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (§ 62 de l'arrêt précité)“. La Cour a donc reconnu une certaine place à la possession d'état.

Par ailleurs, la CEDH n'a pas estimé déraisonnable que les tribunaux internes donnent plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à ceux que peut avoir le requérant à vérifier un fait biologique.<sup>7</sup>

2 Arrêts CEDH 26 juin 2014, *Labassee c. France* et *Menesson c. France*, requêtes n° 65192/11 et n° 65941/11

3 Article 125 du code civil espagnol „lorsque les parents du mineur ou de l'incapable sont des frères, sœurs ou parents consanguins en ligne directe et que la filiation par rapport à l'un des parents est légalement établie, elle ne pourra être établie légalement par rapport à l'autre parent, qu'à la double condition qu'une autorisation judiciaire préalable soit donnée, après audition du Ministère public et qu'une telle mesure convienne au mineur ou à l'incapable“.

4 Cf. arrêts CEDH 12 janvier 2006, *Mizzi c/ Malte*, requête n° 26111/02; CEDH 10 oct. 2006, *Paulik c/ Slovaquie*, requête n° 10699/05; CEDH 18 mai 2006, *Różański c/ Pologne*, requête n° 16706/11

5 Arrêt CEDH 18 février 2014, *A.L. c/ Pologne*, requête n° 28609/08

6 Arrêt CEDH 9 janvier 2015, *Marinis c. Grèce*, requête n° 3004/10;

7 Arrêt CEDH 6 décembre 2011, *Hyilik c. Turquie*, requête n° 2899/05; arrêt CEDH 25 février 2014, *Ostace c/ Roumanie*, requête n° 12547/06;

Si la Cour se montre donc favorable au rattachement de la filiation à la vérité biologique, elle accorde cependant une importance particulière à l'intérêt de l'enfant de remettre en cause ou non un lien de filiation qui ne correspond pas à la vérité biologique.<sup>8</sup>

Le Conseil d'État considère, que si le législateur veut introduire l'établissement de la filiation par la voie d'un acte de notoriété constatant la possession d'état à titre autonome pour toutes les filiations, il est nécessaire de permettre de combattre la présomption, que constitue la possession d'état, en rapportant la preuve de sa non-conformité à la vérité biologique. Le Conseil d'État y reviendra lors de l'examen des articles relatifs à la contestation de la filiation.

L'article 312-4 relatif aux présomptions relatives à l'époque de la conception de l'enfant n'apporte pas de modification par rapport à l'actuel article 342 du Code civil.

Les articles 312-5 et 312-6 contiennent des dispositions générales relatives à la possession d'état susceptibles de s'appliquer à tous les modes d'établissement de la filiation et visant à consolider les autres modes d'établissement de la filiation.

L'article 312-5 énumère un faisceau d'indices du comportement qui caractérisent l'apparence d'appartenance d'un enfant à une famille et qui permettent de conclure à un lien de filiation.

La possession d'état se compose de trois éléments classiques: le *tractatus*, le *nomen* et la *fama*. Le *tractatus*, c'est la vie de famille, le comportement des proches, figurant au point 1° de l'article 312-5 du projet de loi.

Se ralliant à une partie de la doctrine française, les auteurs du projet de loi reconnaissent que la réalité sociologique traduite par la possession d'état résulte essentiellement du *tractatus*, d'où découle généralement la *fama*<sup>9</sup>, et par conséquent placent cette notion à la première place de l'énumération des faits constitutifs de la possession d'état. Ils soulignent que l'ordonnement a été adapté aux réalités concrètes d'aujourd'hui et à l'importance de chacun d'eux au regard de la valeur probatoire de l'ensemble.

Le commentaire de l'article 312-5 souligne que les éléments constitutifs de la possession d'état ne sont énumérés qu'à titre indicatif. Ce sont les principales caractéristiques de la notion de possession d'état, mais pas les seules. Un large pouvoir d'appréciation appartient aux juges.

L'article 312-6 qu'il est proposé d'introduire dans le Code civil traite des qualités de la possession d'état et reprend le libellé de l'article 311-2 du code civil français.

#### Articles 313 à 313-2

Ces articles prévus à la section 2 du chapitre 1<sup>er</sup> du projet de loi sont relatifs à l'assistance médicale à la procréation (PMA) et reprennent presque littéralement le libellé des articles 311-19 et 311-20 du code civil français qui contiennent les règles touchant à la personne et à la filiation. La proposition de loi ne contient pas de disposition relative à ce sujet.

Une proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation<sup>10</sup> avait déjà été déposée à la Chambre des députés en date du 29 avril 1999 afin de remplir le vide juridique existant au Luxembourg en matière de procréation médicalement assistée. La proposition de loi traitait essentiellement des questions médico-techniques, sans s'occuper des conséquences sur les règles de la filiation inscrites au Code civil, comme le relevait le Conseil d'État dans son avis du 4 avril 2006<sup>11</sup>. Ladite proposition de loi n'a pas connu de suites et a été retirée du rôle des affaires de la Chambre des députés en date du 13 octobre 2009.

Le dispositif en projet ne vise pas à réglementer le procédé de l'assistance médicale à la procréation en tant que tel, mais se limite à régler les questions de filiation liées à la procréation médicalement assistée. À l'heure actuelle, le volet médical en matière de PMA n'est réglé au Luxembourg par aucune autre législation, à part la législation relative aux tissus et cellules humains destinés à des applications humaines applicables aux PMA. Contrairement au législateur français, qui a parallèlement introduit dans le Code de la santé publique des dispositions relatives à la réglementation des techniques de PMA et aux activités médicales nécessaires à l'assistance médicale à la procréation, l'aspect médical n'est

<sup>8</sup> Décision CEDH 24.8.2010, *I. L.V. c/ Roumanie*, requête n° 4901/04

<sup>9</sup> *Jurisqueur*, Code civil, synthèse filiation, Frédérique GRANET-LAMBRECHTS, Professeur à l'Université de Strasbourg

<sup>10</sup> Doc. parl. n° 4567

<sup>11</sup> Doc. parl. n° 4567<sup>2</sup>

pas touché par le projet de loi sous examen. Le Conseil d'État estime qu'il appartient au Gouvernement de légiférer sur cet aspect en parallèle. Il constate qu'une proposition de loi du 28 avril 2015 relative à l'assistance médicale à la procréation<sup>12</sup> se propose d'intervenir sur cet aspect.

Les articles 313 et suivants prévus par le projet de loi ne visent que les cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur (hétérologue ou exogène) et non pas celles internes au couple, sans tiers donneur (homologue ou endogène). En effet, la procréation médicalement assistée homologue n'a en principe pas d'incidence juridique sur les règles d'établissement de la filiation de droit commun. Cependant, l'article 341 dont le projet de loi propose l'introduction dans le Code civil institue une irrecevabilité de l'action en contestation de la filiation pour l'enfant conçu par voie de PMA homologue. Le Conseil d'État y reviendra lors de l'examen dudit article. La question de l'accès à la PMA homologue est une des questions qui devra être traitée dans le cadre de la législation à prévoir en vue de régler les aspects techniques et médicales des PMA.

Pour les PMA exogènes nécessitant l'intervention d'un tiers apportant ses gamètes, qu'il s'agisse de spermatozoïdes ou d'ovocytes, l'article 313 en projet vise, à l'instar de la législation française, à garantir l'anonymat du tiers donneur. Dans leurs avis respectifs, les autorités judiciaires s'interrogent sur le principe de faire primer l'anonymat du donneur de gamètes sur la quête de la vérité biologique. Le procureur d'État de Luxembourg a souligné dans son avis du 30 décembre 2013 l'importance de la garantie de la traçabilité des dons qui devrait selon lui être réglée par la future loi, de même que la question des droits d'accès aux données.

La tendance actuelle en Europe semble être nettement en faveur de la levée de l'anonymat du donneur pour accorder une priorité au droit de l'enfant d'accéder à ses origines génétiques.<sup>13</sup> Dans un arrêt du 31 janvier 1989, la Cour constitutionnelle fédérale allemande<sup>14</sup> a affirmé que le droit de connaître ses origines génétiques était un droit constitutionnellement protégé. Par ailleurs, certains auteurs ont contesté la compatibilité de l'anonymat avec le droit à la connaissance de ses origines découlant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la „Convention“) (articles 8 et 14).

Le Conseil d'État belge avait, dans son avis du 24 janvier 2006 sur le projet ayant mené à la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes<sup>15</sup>, souligné l'importance attachée par la jurisprudence de la CEDH à la possibilité pour une personne de connaître son histoire personnelle, y compris en ce qui concerne ses origines biologiques ou génétiques. Dès lors, il avait estimé que c'est avec grande réticence que l'on peut admettre l'anonymat des personnes qui, en leur qualité de donneurs de gamètes ou d'embryons ou en celle de mère porteuse, ont établi un lien biologique ou génétique avec l'enfant et conclu que si, après avoir pesé les arguments d'ordre anthropologique et psychologique en considération de l'enfant, le législateur optait, malgré tout, pour l'anonymat, il devait le justifier et ne pouvait donner à ce système un caractère absolu. Il devait au moins permettre à l'intéressé, dans le respect du principe de l'anonymat et par le recours à une instance indépendante, de solliciter sa levée. En outre, l'accès aux données génétiques non identifiantes devait être toujours possible, compte tenu de l'importance de certaines données génétiques, notamment pour la santé de l'intéressé. Finalement, le législateur belge a choisi d'imposer l'anonymat au don d'embryons, mais admet le don non anonyme de gamètes résultant d'un accord entre le donneur et le ou les receveurs.

À l'opposé de cette tendance, le Conseil d'État français a, dans un avis du 13 juin 2013 (section du contentieux), jugé que la règle de l'anonymat des donneurs de gamètes, inscrite dans le Code de la santé publique, le Code civil et le Code pénal, figurait parmi les *principes fondamentaux de la bioéthique proclamés par la loi du 29 juillet 1994 et confirmés par la loi du 7 juillet 2011*, et n'était pas incompatible avec les dispositions de la Convention et notamment avec l'article 8 garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale.<sup>16</sup> Le Conseil d'État français estime en effet que l'inaccessibilité, pour l'enfant, aux données relatives au donneur à l'origine de sa conception, résulte d'une conciliation

<sup>12</sup> Doc. parl. n° 6797

<sup>13</sup> Les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse ont abandonné le principe de l'anonymat du don et organisé la transmission d'informations sur les donneurs de gamètes, notamment d'informations portant sur l'identité;

<sup>14</sup> BVerfG, 31.01.1989 – 1 BvL 17/87

<sup>15</sup> Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, Moniteur belge du 17/07/2007

<sup>16</sup> Conseil d'État, Avis n° 362981 du 13 juin 2013 (section du contentieux)

des intérêts individuels des acteurs impliqués dans le processus de PMA avec les intérêts publics, équilibre qui relève de la marge d'appréciation que l'article 8 de la Convention réserve au législateur.

Les auteurs du projet de loi n'ont pas autrement motivé leur choix de maintenir l'anonymat du donneur. Cependant, la question du maintien ou de l'abandon du principe d'anonymat dans le domaine des PMA mérite d'être débattu, surtout au regard de l'accès à la PMA aux couples de même sexe, comme le souligne d'ailleurs également la Commission consultative des droits de l'homme dans son avis 03/15.

Si l'article 311-20 du code civil français ouvre l'accès à l'assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur aux époux et aux concubins, l'article 313-1 du projet de loi limite cet accès aux époux et aux partenaires au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats. Le Conseil d'État s'interroge sur les fins de cette restriction qui n'est pas autrement motivée par les auteurs. Elle pourrait se justifier si l'on considère que le partenariat fournit un gage de la stabilité du couple dans l'intérêt de l'enfant. Cependant, l'alignement de la situation des couples unis par un PACS sur celle des couples mariés a été abandonné par le législateur français qui estimait qu'une présomption de stabilité ne pouvait pas découler automatiquement du PACS, alors qu'il n'apportait pas le même degré de protection juridique aux membres de la famille que le mariage.<sup>17</sup> Aussi, d'après la législation française, n'est-il plus nécessaire ni d'être marié, ni de rapporter la preuve d'une quelconque durée de vie commune pour accéder à l'assistance médicale à la procréation<sup>18</sup>. Dans son avis du 4 février 2014, le parquet général admet que les auteurs du projet de loi souhaitent sûrement garantir à l'enfant à naître un cadre familial présentant une certaine stabilité. Néanmoins, il conclut que „*compte tenu de la fragilité des partenariats, qui se concluent et se dissolvent facilement et rapidement, il n'est pas sûr que l'exigence d'un partenariat se justifie et apporte une plus-value par rapport à un concubinage.*“ Le Conseil d'État partage ce point de vue et se prononce en faveur d'une plus grande ouverture, telle que prévue par la législation française. De plus, il note qu'à l'instar de l'article 311-20 du code civil français, le paragraphe 3 de l'article sous examen emploie les termes „*cessation de communauté de vie*“ au lieu de „*cessation de partenariat*“, terme consacré par la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats. Ceci permet de conclure que sont plutôt visées toutes les communautés de vie et non seulement les partenariats.

L'Ombuds-Comité fir d'Rechter vum Kand (ORK) déplore dans son avis du 23 septembre 2013 la limitation prévue et recommande au législateur de suivre l'évolution de la société et d'ouvrir le recours à la PMA à tous les couples, hétérosexuels, homosexuels, mariés, pacsés ou non. La loi belge précitée du 6 juillet 2007 va encore plus loin en ce qu'elle dispose qu'il n'est pas requis d'être marié ou de vivre en couple, que celui-ci soit hétérosexuel ou homosexuel, ce qui permet aux personnes célibataires d'avoir recours à la PMA. Aucune ouverture en ce sens n'est envisagée par la future loi.

En France, le législateur a réservé l'accès aux techniques médicales d'assistance à la procréation aux couples de sexe opposé, condition sur laquelle la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe n'est pas revenue. Cependant, une large partie de la doctrine critique cette limitation de l'accès aux PMA aux couples de sexe opposé et souligne qu'en vertu de la jurisprudence de la CEDH des différences entre les couples de même sexe ou les couples de sexe différent ne sont pas acceptables.<sup>19</sup>

Le libellé de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 313-1 du projet de loi se réfère aux „*époux*“ et aux „*partenaires*“, sans faire de distinction entre les couples de sexe différent et ceux de même sexe. Par contre, l'alinéa 3 se réfère à „*l'homme ou la femme*“, l'alinéa 4 parle de la „*responsabilité envers la mère*“ et l'alinéa 5 emploie le terme de „*paternité*“, de sorte que dans son avis du 23 septembre 2013, l'ORK estime que cette terminologie exclurait les couples de même sexe de l'accès à la PMA. Dans la logique de la loi du 4 juillet 2014 portant réforme du mariage, qui met sur un pied d'égalité les couples de sexe différent et ceux de même sexe en ce qui concerne leurs droits notamment en matière d'adoption, et écarter

17 Cf. Doc. Sénat n° 334, 24 févr. 2010, Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles sur la proposition de loi autorisant l'adoption par les partenaires liés par un pacte civil de solidarité

18 Code de la santé publique, art. L. 2141-2; L. n° 2011-814, 7 juill. 2011, art. 33

19 Cf. B. de Boysson „*L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels: quelles perspectives?*“, *Dr. famille* n° 7, Juillet 2013, dossier 25; F. Dekeuwer-Défossez, „*Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté*“, *RLDC*, juin 2013, p. 40; Julie Ferrero „*L'homoparentalité devant la CEDH: éventuelles répercussions de la loi française ouvrant le mariage aux couples de même sexe*“, *Rec. Dalloz* 2013 p. 1286

toute différence de traitement quant à l'accès à la PMA pour ces différents couples, le Conseil d'État exige, sous peine d'opposition formelle, que la terminologie de l'article 313-1 soit adaptée de sorte à exclure toute incertitude concernant l'accès aux PMA.

Le consentement des conjoints ou partenaires à une procréation avec tiers donneur est la seule condition prévue pour l'accès à une PMA. Conformément à la législation française, ce consentement doit être donné préalablement et par déclaration conjointe au président du tribunal d'arrondissement ou à un notaire. Le Conseil d'État propose de limiter cette compétence au seul président du tribunal d'arrondissement, voire à un stade ultérieur au juge aux affaires familiales (JAF) qui devra être instauré prochainement.

À l'instar de la législation française, le projet de loi prévoit que le consentement donné est privé d'effet en cas de décès. Un certain nombre de pays comme la Belgique, les Pays-Bas, l'Espagne et l'Autriche autorisent la PMA *post mortem*. Ainsi, la loi belge du 6 juillet 2007, permet l'implantation *post mortem* d'embryons surnuméraires ou l'insémination *post mortem* de gamètes lorsque les auteurs du projet parental avaient fait cryoconserver des gamètes ou des embryons surnuméraires en vue d'un projet parental ultérieur et s'ils l'ont expressément prévu dans la Convention, dans des conditions strictes établies par la loi (articles 16 et 45). Les auteurs du projet de loi ne commentent pas autrement le choix effectué en défaveur d'une PMA *post mortem*.

Le consentement est encore privé d'effet en cas de dépôt d'une demande en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la PMA ou lorsque le consentement de l'une des deux parties est retiré avant la réalisation de la PMA. Dans un arrêt du 10 avril 2007, la CEDH s'est prononcée sur le retrait du consentement à la PMA. Selon la Cour „*La décision du législateur d'adopter des dispositions ne permettant aucune exception, afin que toute personne donnant des gamètes aux fins d'un traitement par FIV [fécondation in vitro] puisse avoir la certitude qu'ils ne pourront pas être utilisés sans son consentement, procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par FIV. Au-delà du principe en jeu, le caractère absolu de la règle en cause vise à promouvoir la sécurité juridique et à éviter les problèmes d'arbitraire et d'incohérence. Pour la Cour, les intérêts généraux poursuivis par la loi sont légitimes et compatibles avec l'article 8.*“<sup>20</sup>

L'article 311-20 du code civil français prévoit que le retrait du consentement doit se faire par écrit. Le Conseil d'État suggère de reprendre cette précision dans le texte du projet de loi.

#### Articles 314 à 314-5

Ces articles sont regroupés dans une nouvelle section III comportant des dispositions relatives à la dévolution du „nom de famille“. La proposition de loi ne prévoit pas de telles règles.

Les auteurs précisent qu'ils souhaitent regrouper toutes les règles relatives au nom des enfants et figurant actuellement en grande partie aux articles 57 et 334 du Code civil et qu'ils suivent la structure du code civil français dont le Livre I<sup>er</sup>, Titre VII, chapitre 1<sup>er</sup>, prévoit une section 4 dont les articles 311-21 à 311-24 règlent la dévolution du nom de famille. Cependant, les auteurs ne suivent pas le modèle du code civil français pour ce qui est des changements de prénoms et de noms figurant aux articles 60 à 61-4 du code civil français, mais maintiennent, en la modifiant, la loi du 11-21 Germinal an XI relative aux prénoms et changements de noms et attribuent compétence au ministre de la Justice pour statuer sur les demandes de changements de nom et de prénoms<sup>21</sup>.

Pour le surplus, la loi du 7 juin 1989 relative à la transposition des noms et prénoms des personnes qui acquièrent ou recouvrent la nationalité luxembourgeoise, contient les dispositions applicables en cas de changement de prénoms et de noms dans le cadre de l'obtention de la nationalité. Le Conseil d'État estime que, dans un souci de lisibilité et de cohérence, il aurait été préférable de regrouper toutes les dispositions relatives aux noms et prénoms dans un seul acte législatif.

Le Conseil d'État se rallie à l'avis du parquet général, en ce qu'il propose de remplacer les mots „nom de famille“ par celui de „nom“, conformément à la terminologie employée par la loi du 23 décembre 2005 relative au nom des enfants.

<sup>20</sup> Arrêt CEDH 10 juillet 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, requête n° 6339/50

<sup>21</sup> Article IV du projet de loi

Comme la loi du 4 juillet 2014 a modifié la terminologie de l'article 57 du Code civil en remplaçant les termes „père et mère“ par „parents“, il y a lieu de reprendre cette terminologie aux articles 314 et suivants.

Les dispositions figurant actuellement aux alinéas 3 à 8 de l'article 57 et reprises par les articles 314 à 314-5 du Code civil ne donnent pas lieu à observation. Le Conseil d'État approuve la modification des dispositions relatives aux noms des enfants nés hors mariage qui figurent actuellement sous les articles 334-3 et 334-4 du Code civil et leur insertion dans la nouvelle section sur la dévolution du nom afin d'harmoniser les règles se rapportant aux noms des enfants nés dans le mariage ou hors mariage.

L'alinéa 3 nouveau de l'article 314-1 reprend une disposition figurant à l'article 311-21, alinéa 2, du code civil français et concerne le nom des enfants nés à l'étranger dont au moins un des parents est Luxembourgeois. Dans ce contexte, de même qu'à l'article IV du projet de loi qui porte modification à la loi précitée du 11-21 Germinal an XI, le parquet général et le procureur d'État de Diekirch soulèvent la problématique de l'éventuelle diversité de noms en cas de plurinationalité, alors qu'une personne possédant plusieurs nationalités est considérée par chacun des États dont il a la nationalité comme son ressortissant. Il est vrai que le Luxembourg n'a pas ratifié la convention CIEC relative à la délivrance d'un certificat de diversité des noms de famille signée à la Haye le 8 septembre 1982, certificat destiné à faciliter la preuve de leur identité aux personnes qui, par suite de différences existant entre les législations de certains États, notamment en matière de mariage, de filiation ou d'adoption, ne sont pas désignées par le même nom de famille.

Le chapitre II du projet de loi et de la proposition de loi concerne l'établissement de la filiation. Selon les trois sections figurant sous ce chapitre, la filiation peut être établie 1) par l'effet de la loi, ce qui vise, d'une part, le principe de l'établissement de la filiation maternelle par la désignation de la mère dans l'acte de naissance et, d'autre part, la présomption *Pater is est* pour l'établissement de la paternité du mari, 2) par une reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité et 3) par la possession d'état, à la condition qu'elle soit constatée dans un acte de notoriété.

#### Article 315 (Article 313 de la proposition de loi)

Cette disposition, qui précise le mode d'établissement de la filiation à l'égard de la mère, que l'enfant soit né dans le mariage ou hors mariage, reprend le libellé de l'article 311-25 du code civil français. L'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance est un mode autonome d'établissement de la filiation maternelle.

#### Article 316 (Article 314 de la proposition de loi)

Si aucune distinction n'est faite entre les filiations en matière d'établissement de la filiation maternelle, tant les auteurs du projet de loi que ceux de la proposition de loi maintiennent des distinctions pour l'établissement de la filiation paternelle: la présomption „*pater is est quem nuptiae demonstrant*“ figure dans les deux textes proposés.

Dans son avis du 4 février 2014, le parquet général critique le maintien de cette disposition en invoquant les inégalités qu'elle crée entre les enfants nés dans le mariage et ceux nés hors mariage, de même que les inégalités entre le mari et la femme et souligne que cette présomption est devenue „*une sorte de présomption simple, qui ne cesse de perdre son importance face aux techniques médicales modernes*“.

Le Conseil d'État note que cette disposition, qui se retrouve dans de nombreuses législations européennes, est reprise de l'article 312 du code civil français et fusionne les dispositions des articles 312 et 314 actuels du Code civil. Pour motiver cette disposition, les auteurs du projet de loi empruntent d'ailleurs un commentaire du JurisClasseur selon lequel: „*Le mariage entre ses père et mère demeure pour l'enfant une institution bénéfique en ce sens qu'en principe, sa filiation est légalement établie indivisiblement à l'égard des deux époux par le simple effet conjugué de son acte de naissance désignant sa mère mariée et de la présomption Pater is est à l'égard du mari de celle-ci.*“<sup>22</sup>

Il semble paradoxal de vouloir instaurer l'égalité des filiations et de maintenir en même temps la présomption de paternité. En effet, la filiation paternelle est ainsi établie par le seul effet du mariage, sans que la question de la réalité biologique de cette filiation ne soit abordée. La présomption de

paternité date d'une époque où le mariage était l'institution fondatrice de la paternité, ce que résume parfaitement la célèbre formule du doyen Carbonnier: „*Le cœur du mariage, ce n'est pas le couple, c'est la présomption de paternité.*“ Mais, cela a changé avec les évolutions contemporaines de la société et du droit. De nos jours, le socle du mariage n'est plus la famille, ainsi le cœur du mariage n'est plus la présomption de paternité, mais le couple. Désormais, il s'agit simplement d'une reconnaissance anticipée des enfants issus du mariage par l'homme marié, qui trouve son sens dans le fait que l'engagement de vie commune est assorti d'un devoir de fidélité. S'il est concevable d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe, c'est qu'il a déjà profondément changé de sens et se définit comme un engagement de vie commune. Les règles de la filiation, qui doivent être les mêmes pour tous les enfants, se délient du cadre matrimonial.<sup>23</sup>

Le Conseil d'État estime que, si le législateur veut opter pour une parfaite égalité entre les filiations, le principe de la présomption de paternité devra être aboli et le mécanisme de la reconnaissance à la filiation devra être étendu à la filiation des enfants nés dans le mariage. Tant le procureur d'État de Luxembourg que le parquet général partagent cette approche. Ainsi, le parquet général considère que la reconnaissance devrait devenir, de manière générale, le mode d'établissement „normal“ de toutes les filiations et que la présomption de paternité ne devrait être maintenue que dans des situations exceptionnelles dans lesquelles une certaine garantie en faveur de la mère mariée peut se justifier.

Cependant, si le législateur entend maintenir des modes d'établissement de la paternité différents selon que l'enfant est né en ou hors mariage et continuer à valoriser la famille fondée sur le mariage, la question de l'extension de la présomption de paternité à tous les couples se pose. En France, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 prévoit des dispositions similaires, mais le législateur a inséré dans le titre préliminaire du Code civil un nouvel article 6-1 cité ci-devant. Ainsi, la présomption de paternité ne s'applique qu'aux mariages conclus entre un homme et une femme. À l'heure actuelle, cette approche est également celle du législateur luxembourgeois, puisque la loi précitée du 4 juillet 2014 n'a pas soumis aux adaptations de terminologie les articles 312, 313-1, 314 à 317 et l'article 313-2 pour le terme „mari“ et a conféré à l'article 143 du Code civil un alinéa 2 libellé comme suit: „*Si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, l'article 312 n'est pas applicable*“, l'actuel article 312 du Code civil prévoyant la présomption de paternité. Si le législateur veut maintenir cette différence, une adaptation de l'article 143 du Code civil devient nécessaire.

Le Conseil d'État note que le législateur belge a transposé la présomption de paternité du mari à l'épouse d'une femme par une loi du 5 mai 2014<sup>24</sup>, qui traite de la parenté dans le cadre d'une union entre deux femmes. Une telle approche se justifie du moment que le législateur décide d'ouvrir l'accès à la procréation médicalement assistée avec tiers donneur aux couples de femmes.

Le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis en ce qui concerne les incidences de la loi du 4 juillet 2014 portant réforme du mariage sur la filiation.

Articles 317 à 319 (Articles 314-1, 314-2, 314-3 et 314-4 de la proposition de loi)

Ces articles énumèrent les cas d'exclusion de la présomption de paternité, les cas de rétablissement de plein droit de la présomption ainsi que la possibilité d'exercer une action en rétablissement des effets de la présomption. Les dispositions y prévues s'orientent sur les articles 312 à 315 du code civil français dont ils reprennent en gros la teneur. Les différences entre le projet de loi et la proposition de loi s'expliquent par le fait que la proposition de loi se réfère à une version du code civil français antérieure à la réforme de 2009.

Conformément à l'article 314 du code civil français, l'article 318 du projet de loi fait de l'existence de la possession d'état une cause de rétablissement de plein droit en cas d'exclusion de la présomption *Pater is est*. Tel pourrait être le cas où l'acte de naissance ne désigne pas le mari, mais où les époux réconciliés élèvent ensemble l'enfant. La doctrine admet que les époux peuvent alors se faire délivrer un acte de notoriété constatant la possession d'état de l'enfant et obtenir la rectification de l'acte de naissance par inscription de la paternité du mari, la présomption de paternité se trouvant rétablie de plein droit. Mais, l'acte de notoriété ne peut être délivré que si l'enfant n'a pas de filiation déjà établie à l'égard d'un tiers. Cependant, à l'instar de l'article 315 du code civil français, l'article 319 tel que proposé par le projet de loi prévoit que le mari a également la possibilité de reconnaître l'enfant pos-

23 Filiation, origines, parentalité – Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle – Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, Irène THERY présidente et Anne-Marie LEROYER rapporteure

24 Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparenté publié au Moniteur belge du 7 juillet 2014

térieurement à la rédaction de l'acte de naissance, s'il n'y est pas désigné comme le père. Il est donc probable qu'il préférera emprunter ce procédé qui est plus simple qu'une demande d'acte de notoriété.

Le parquet général critique le fait que cet article se trouve sous la section de l'établissement de la filiation par l'effet de la loi et non pas sous celle de l'établissement de la filiation par la reconnaissance. Le Conseil d'État constate que les auteurs suivent la disposition du code civil français qui fait également figurer cet article sous le paragraphe concernant la présomption de paternité puisqu'il s'agit en quelque sorte d'un rétablissement de la présomption de paternité.

À noter que la loi belge du 5 mai 2014 précitée a introduit une disposition analogue pour la coparente.<sup>25</sup>

#### Articles 320 à 322 (Articles 315 à 315-3 de la proposition de loi)

Ces articles se rapportent à l'établissement de la filiation par reconnaissance. Tant le projet de loi que la proposition de loi reprennent la disposition de l'article 316 du code civil français, de même que le texte des articles 335, alinéa 2, et 337 actuels du Code civil. Tout en renvoyant aux considérations générales du présent avis, le Conseil d'État note que le libellé de l'article 320 du projet de loi n'exclut pas l'établissement de la filiation par la reconnaissance pour les couples de même sexe.

L'acte de la reconnaissance a un caractère strictement personnel qui ne requiert aucune condition de capacité dans le chef de l'auteur de la reconnaissance, qui n'a d'ailleurs pas besoin du consentement de l'autre parent. Conformément à l'ajout d'un nouvel article 57-1 au Titre II, chapitre II, section 1 relative aux déclarations de naissance, l'autre parent sera cependant avisé par lettre recommandée de la part de l'officier de l'état civil du lieu de naissance de l'enfant. L'acte de reconnaissance est un acte unilatéral qui n'établit la filiation qu'à l'égard de son auteur; c'est un acte déclaratif qui produit ses effets rétroactivement depuis la naissance, voire dès la conception de l'enfant et c'est un acte irrévocable, que son auteur ne peut pas rétracter par sa seule volonté. La reconnaissance peut en revanche être contestée en justice, y compris par son auteur, dans les conditions prévues aux articles 340 et suivants du Code civil.<sup>26</sup>

#### Article 323 (Art. 317 de la proposition de loi)

L'établissement de la filiation par la possession d'état est prévu tant par le projet de loi que par la proposition de loi et reflète en grande partie les dispositions de l'article 317 du code civil français. L'acte de notoriété constatant la possession d'état devient un nouveau mode, non contentieux, d'établissement des deux types de filiation. L'introduction de ce nouveau mode d'établissement de la filiation basé exclusivement sur la vérité sociologique a donné lieu à certaines critiques discutées par le Conseil d'État à l'endroit des articles 312-3 et suivants du projet de loi.

Le Conseil d'État note que le texte tel que libellé s'applique également aux parents de même sexe.

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article sous examen confie la compétence pour délivrer l'acte de notoriété au „juge“ dans les conditions prévues aux articles 70 à 72 du Titre II, chapitre III intitulé „Des actes de mariage“ du Code civil. Le parquet général suggère d'omettre ledit renvoi aux articles 70 à 72 et de préciser à l'article 323 la compétence juridictionnelle et les preuves requises, à l'instar du texte français. Comme la loi précitée du 4 juillet 2014 a modifié les articles 70 et 71 du Code civil, une adaptation de la référence s'impose de toute façon.

Selon l'article 71 du Code civil, c'est le juge de paix du lieu de la naissance ou du domicile qui a compétence pour délivrer un acte de notoriété en cas d'absence d'acte de naissance dans le cadre de la célébration d'un mariage. L'article 72 du Code civil attribue compétence pour l'homologation de l'acte de notoriété au tribunal de première instance. À noter qu'il y aura lieu de remplacer le terme „tribunal de première instance“ figurant à cet article par le terme correct „tribunal d'arrondissement“. Tant le parquet général que la présidente du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg marquent leur désapprobation avec cette procédure en deux étapes, notamment en raison de l'exclusion d'un recours

<sup>25</sup> Art. 325-4. du code civil belge „Lorsque la comaternité n'est pas établie en vertu de l'article 325/2, la coparente peut reconnaître l'enfant sous les conditions prévues à l'article 329bis. Par dérogation à l'article 329bis, § 2, alinéa 3, la demande est rejetée s'il est établi que le demandeur n'a pas consenti à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, ou que la conception ne peut en être la conséquence.“

<sup>26</sup> Cf Jurisclasseur Code civil, synthèse filiation

contre l'acte de notoriété ou le refus de délivrance de cet acte. En effet, l'exclusion de recours prévu à l'alinéa 5 est reprise de la loi française, qui ne prévoit cependant pas d'homologation, mais donne compétence au juge du tribunal d'instance du lieu de naissance ou de leur domicile pour la délivrance de l'acte de notoriété. Comme les auteurs entendent soumettre l'acte de notoriété faisant foi de la possession d'état en matière de filiation à la même procédure que celle prévue aux articles 71 et 72 du Code civil, le Conseil d'État estime qu'un recours ne peut être exclu de sorte qu'il doit s'opposer formellement à cette disposition. Une alternative, telle que proposée par le parquet général, consisterait dans l'abandon de l'exigence d'une homologation et de l'attribution de la compétence au tribunal d'arrondissement.

La procédure de délivrance d'un acte de notoriété constitue une procédure unilatérale tout comme l'acte de reconnaissance. L'acte de notoriété ne peut être délivré que si l'enfant n'a pas de filiation déjà établie à l'égard d'un tiers. Il fait foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire. La charge de la preuve incombe à la personne qui conteste la possession d'état et ceci dans un délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte.

L'alinéa 2 envisage expressément le cas où le décès du parent prétendu est survenu avant la déclaration de la naissance et dans l'hypothèse où le défunt n'a pas fait de reconnaissance prénatale conformément à l'article 320 du projet de loi. Un tel mode d'établissement de la filiation dispensera l'autre parent de l'exercice d'une action en recherche de maternité ou de paternité dirigée contre les héritiers du défunt. La possession d'état permet l'établissement *post mortem* de la filiation de manière moins invasive que l'identification par les empreintes génétiques sur une personne décédée exigeant l'exhumation du corps.

Afin de garantir la stabilité de l'état des enfants, la délivrance d'un acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état ou à compter du décès du parent prétendu. Au-delà de ce délai de cinq ans, l'action judiciaire en constatation de la possession d'état demeure cependant encore recevable durant un délai de dix ans conformément à l'article 329 du projet de loi.

L'alinéa 4 prévoit que la filiation établie par la possession d'état d'un enfant constatée dans l'acte de notoriété est inscrite dans l'acte de naissance par voie de mention marginale. Le Conseil d'État se rallie à l'avis du parquet général qui propose d'étendre la disposition de l'article 57-1 du projet de loi prévue en cas de filiation établie par reconnaissance, également en cas d'inscription de la filiation par la possession d'état. Il constate que le code de procédure civile français prévoit à l'article 1157-1 que *„le juge qui délivre l'acte de notoriété constatant la possession d'état d'enfant en donne aussitôt avis au procureur de la République du lieu où est détenu l'acte de naissance de l'intéressé. Le procureur de la République fait procéder à la mention du lien de filiation ainsi établi en marge de l'acte de naissance de l'enfant.“* Une telle disposition n'est prévue ni par le projet de loi ni par la proposition de loi.

Au chapitre III figurent les différentes actions concernant la filiation et la section 1 comprend des dispositions générales relatives à ces actions.

Article 324 à 326 (Article 318 à 318- 2 de la proposition de loi)

Ces articles qui reprennent, à part d'une adaptation de la terminologie, le contenu actuel des articles 342-1, 342-2 et 342-3 du Code civil, ne donnent pas lieu à observation.

Article 327 (Article 318-3 de la proposition de loi)

Cet article reprend la disposition figurant à l'article 320 du code civil français qui *„fait du principe chronologique une règle générale de prévention des conflits de filiations, en admettant que la filiation établie la première en date fait obstacle à l'établissement légal d'un lien contraire tant qu'elle n'a pas été contestée et annulée dans les conditions visées aux articles 321 et 332 et suivants du Code civil [articles 329 et 340 du projet de loi]“*<sup>27</sup>. Le principe chronologique est considéré en général comme objectif, n'empêchant pas la vérité biologique d'être prouvée.

Cependant, à l'instar de l'article 336-1 du code civil français, le projet de loi introduit un nouvel article 62-2 au Code civil qui prévoit une exception à la disposition sous examen en permettant l'établissement de la paternité du déclarant, s'il est le mari, par sa désignation en qualité de père dans l'acte

<sup>27</sup> Jurisclasseur Code civil, synthèse filiation

de naissance. La reconnaissance prénatale n'est donc valable qu'à la condition de ne pas contredire la présomption de paternité. Cette disposition qui vise à valoriser le mariage et à donner un avantage au mari en cas de reconnaissance antérieure prénatale par un tiers est vivement critiquée par les autorités judiciaires. En effet, vu l'objectif du projet de loi et de la proposition de loi de mettre toutes les filiations sur un pied d'égalité, il semble difficilement acceptable de préférer la filiation légitime à la filiation naturelle prénatale. Selon la doctrine française, cette interprétation en faveur de la présomption de paternité est critiquable: „*désormais rien ne permet d'affirmer que cette dernière doit bénéficier d'une protection supérieure. Soumise au principe d'égalité et de chronologie, elle devrait soit, entrer en conflit direct avec la reconnaissance anténatale, soit s'incliner face à cette dernière.*"<sup>28</sup>

En outre, la formulation de l'article 62-2 en projet, permet de l'appliquer également à un conflit entre une reconnaissance paternelle prénatale et une reconnaissance faite par un tiers dans l'acte de naissance.

Le parquet général critique vivement la dérogation à l'article 327 et demande la suppression de l'article 62-2, qui ne figure d'ailleurs pas dans la proposition de loi. Le Conseil d'État peut se rallier à cette approche qui promeut l'égalité entre les différentes filiations.

#### Article 328

L'article 312-3, alinéa 2, du projet de loi prévoit la liberté des preuves pour faciliter l'établissement de la filiation par tous moyens dans le but de respecter le droit de connaître ses origines et de faire prévaloir la vérité biologique. Dans l'affaire *Jäggi c/ Suisse*<sup>29</sup>, la CEDH considère que les personnes essayant d'établir leur ascendance ont un intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle. L'intérêt supérieur de l'enfant à connaître ses origines prévaut sur l'intérêt du prétendu parent de protéger sa vie privée.

L'article sous examen vient compléter l'article 312-3 par des précisions concernant la preuve de la filiation par les empreintes génétiques d'une personne. Il s'inspire de l'article 16-11 du code civil français qui fait partie d'un chapitre général relatif au respect du corps humain et qui a suscité dès son introduction maintes discussions et interprétations par la doctrine et la jurisprudence.<sup>30</sup>

En dehors d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action relative à la filiation, l'identification génétique n'est pas admise. La Cour de cassation française a décidé qu'en matière de filiation, l'expertise biologique est de droit, sauf motif légitime de ne pas y procéder.<sup>31</sup>

L'avis du tribunal d'arrondissement soulève la question si le juge de paix compétent en matière d'actions alimentaires en vertu de l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile, peut instituer une expertise génétique, alors qu'il n'a pas de compétence en matière de filiation. Le Conseil d'État reviendra à cette problématique de la compétence en matière d'actions à fin d'aliments dans le cadre des articles 342-6 et suivants du projet de loi.

L'alinéa 3 prévoit que le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. Dans l'affaire *Mikulic c/ Croatie*, la CEDH conclut à une violation de l'article 8 de la Convention, alors que le droit croate ne contient pas de mesure permettant de contraindre un défendeur à se soumettre à des tests ADN ordonnés dans le cadre d'une action en recherche de paternité et qui ne comporte en outre aucune autre disposition régissant les conséquences du refus du défendeur.<sup>32</sup> Afin de respecter l'enseignement de la Cour, les auteurs du projet de loi instituent une présomption simple en faveur de l'établissement de la filiation à l'égard de la personne qui refuse son consentement ou qui ne comparaît pas. Le Conseil d'État se rallie aux avis des autorités judiciaires qui estiment que cette présomption devrait non seulement jouer contre le défendeur dans une affaire tendant à l'établissement de la filiation, mais également en cas d'une contestation d'un lien de filiation. L'article devra donc être complété en ce sens.

S'inspirant de l'article 16-11 du code civil français, l'alinéa 3 *in fine* restreint la possibilité d'une identification par les empreintes génétiques prélevées sur une personne décédée. Selon les auteurs, il

28 *idem*

29 Arrêt CEDH 13 juillet 2006, *Jäggi/Suisse*, requête n° 58757/00

30 Jurisclasseur Civil Code, synthèse filiation,

31 Cass. fr 1<sup>re</sup> civ, 28 mars 2000, n° 98-12.806: Jurisdata n° 2000-001227

32 CEDH 7 février 2002, *Mikulic c/ Croatie*, requête n° 53176/99

s'agit d'éviter dans la mesure du possible qu'une personne défunte ne soit systématiquement exhumée en cas d'action en matière de filiation. Le texte proposé prévoit que l'identification génétique ne peut pas être réalisée en cas d'absence de consentement exprès du défunt. Mais, même en cas d'absence de consentement, l'identification génétique peut être faite s'il y a une réunion suffisante de faits laissant présumer le lien de filiation.

Ainsi le texte en projet va plus loin que l'article 16-11 du code civil français, selon lequel l'identification génétique sur une personne décédée est rendue impossible en l'absence d'accord exprès de la personne durant sa vie. En France, cette disposition a suscité beaucoup de discussions et sa conformité à l'article 8 de la Convention est mise en doute à la suite de l'arrêt *Jäggi c/ Suisse* précité et de l'affaire *Pascaud c/ France*<sup>33</sup>. Le parquet général a longuement analysé ces jurisprudences dans son avis du 4 février 2014 en se référant à la doctrine française qui relève la fragilité de la disposition prévue à l'article 16-11. En effet, la CEDH a retenu qu'un prélèvement d'ADN sur un cadavre nécessitant une exhumation ne porte pas atteinte à la vie privée du défunt et si elle continue à favoriser la consécration de la vérité biologique en matière de filiation, le fait de refuser une expertise génétique sur une personne décédée pourra être considéré comme disproportionné au droit d'un enfant à établir sa filiation.

Article 329 (Article 318-4 de la proposition de loi)

La prescription décennale prévue par l'article 321 du code civil français, est reprise par la disposition sous examen et généralisée pour presque toutes les actions relatives à la filiation. Pour les actions en contestation de la filiation, il s'agit de sécuriser et de stabiliser le lien de filiation. Pour les actions aux fins d'établissement de la filiation, il s'agit de prévoir un délai de réflexion suffisant. Par dérogation à cette règle, un délai de prescription spécial est prévu notamment par les articles 337 et 342 du projet de loi. Le délai prévu est suspendu à l'égard de l'enfant pendant sa minorité.

Article 330 (Article 318-6 de la proposition de loi) et Article 331 (Article 318-5 de la proposition de loi)

Ni l'article 330 du projet de loi, qui prévoit la transmissibilité d'une action relative à la filiation d'une personne à ses héritiers, ni l'article 331 du projet de loi qui reprend le libellé de l'actuel article 342-4 du Code civil, ne donnent lieu à observation.

Article 332 (Article 318-7 de la proposition de loi)

Tant les auteurs de la proposition de loi que ceux du projet de loi reprennent le libellé de l'actuel article 342-5 du Code civil. Le projet de loi émet cependant deux réserves à la tierce-opposition, la soumettant, d'une part, au délai de prescription de dix ans prévu à l'article 329 du Code civil et restreignant, d'autre part, le champ des personnes pouvant agir. Le Conseil d'État est en faveur de cet ajout repris de l'article 324 du code civil français.

La section II intitulée „Des actions aux fins d'établissement de la filiation“ comprend trois actions tendant à l'établissement de la filiation: l'action en recherche de maternité, l'action en recherche de paternité et l'action en constatation de la possession d'état, qui obéissent à des règles communes au niveau des délais et des moyens de preuve.

Article 333 (Article 319 de la proposition de loi)

L'action en recherche de maternité prévue par cet article est subordonnée à l'absence de titre et de possession d'état. Il s'agit d'une action commune aux enfants nés dans le mariage et aux enfants nés hors mariage aux fins d'établir en justice le lien de filiation maternelle. La disposition qui est la réplique de l'article 325 du code civil français ne donne pas lieu à observation.

Article 334

Cet article reprend le libellé de l'article 326 du code civil français, qui prévoit que, lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé. Ainsi, le droit pour toute femme d'accoucher dans l'anonymat n'est pas remis en cause malgré le fait que ce droit est intrinsèquement lié au droit de l'enfant de connaître ses origines et malgré la déclaration dans le programme gouvernemental de décembre 2013 selon laquelle „la loi de 1975 sur l'accouchement

<sup>33</sup> CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud/France*, requête n° 19535/08

*anonyme sera réformée en vue notamment de permettre à toute personne qui le souhaite de connaître ses origines biologiques.*“

Lors du dépôt des instruments de ratification, le Grand-Duché de Luxembourg a fait une réserve à l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE), selon lequel l'enfant a „*dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et être élevé par eux*“.<sup>34</sup> À l'époque, le Gouvernement a justifié cette réserve par l'intérêt de l'enfant. Or, lors de l'examen du Rapport initial sur les droits de l'enfant au Grand-Duché de Luxembourg par le Comité des droits de l'enfant, les 2 et 3 juin 1998, celui-ci nota que les droits énoncés à l'article 7-1 de la CIDE étaient déniés par le Luxembourg aux enfants nés par accouchement anonyme. Le Comité recommanda alors au Grand-Duché de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7 de la CIDE, en particulier le droit de l'enfant à connaître ses parents, eu égard aux principes de non-discrimination et d'intérêt supérieur de l'enfant, posés respectivement par les articles 2 et 3 de la CIDE.<sup>35</sup>

Les avis recueillis au sujet du projet de loi sous avis<sup>36</sup>, sont unanimes à critiquer la disposition proposée au vu de l'évolution de la jurisprudence de la CEDH, qui reconnaît l'intérêt de l'enfant à connaître son origine familiale comme une composante du droit à la vie privée, défendu par l'article 8 de la Convention. C'est notamment dans l'affaire *Godelli c/ Italie*<sup>37</sup>, que la Cour a été amenée à résoudre le conflit entre le droit de l'enfant à la connaissance de ses origines et l'intérêt de la mère pour conserver l'anonymat. Elle s'est prononcée contre les dispositifs qui exposent les enfants nés sous le sceau du secret à un refus absolu et définitif d'accès à leurs origines personnelles.

Déjà auparavant, la Cour avait eu l'occasion de se prononcer sur la conformité du droit français relatif à l'accès aux origines d'un enfant dont la mère avait gardé le secret de son identité lors de la naissance<sup>38</sup>. Dans cette affaire, la Cour a estimé que l'état du droit français résultant de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, tente d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause. Elle a d'ailleurs rappelé dans l'arrêt *Godelli c/ Italie* précité que le dispositif français issu de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 satisfait quant à lui à cet impératif du juste équilibre en ce qu'il „*renforce la possibilité de lever le secret de l'identité et facilite la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles. D'application immédiate, elle permet désormais aux personnes intéressées de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de la mère, sous réserve de l'accord de celle-ci (§ 49), ainsi que d'avoir accès à des informations non identifiantes*“ (§ 70).

Dans son avis complémentaire du 4 juin 2013 sur le projet de loi concernant la réforme du mariage<sup>39</sup>, le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de se référer à la jurisprudence de la CEDH en la matière et a proposé „*de mettre en place, à l'instar de la loi française n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, un dispositif qui permettrait à l'adopté de lever le secret sur ses origines, quel que soit le type d'adoption.*“

Dans le système français, l'accès à la connaissance de ses origines n'est pas considéré comme primant sur le droit de la femme à la protection de son anonymat. L'exigence de santé publique semble toujours primer puisque la femme ne peut être contrainte de révéler son identité.<sup>40</sup> En revanche, dans le cadre de la procédure instaurée par le législateur allemand qui a réglementé l'accouchement confidentiel (*vertrauliche Geburt*) par une loi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2014<sup>41</sup>, la conciliation entre les intérêts en cause commence à rang égal (la femme peut refuser que des tiers aient accès aux données identifiantes pendant les seize premières années qui suivent la naissance), mais finit en faisant primer

34 Loi du 20 décembre 1993, Mémorial A 1993, n° 104

35 Cf étude CEPS/INSTEAD, L'application de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant en droit luxembourgeois, Jordane SEGURA, n° 2012-13

36 Avis autorités judiciaires, CNE, ORK, CCDH, précités

37 Arrêt CEDH, 25 septembre 2012, *Godelli c. Italie*, requête n° 33783/09

38 Arrêt CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c/ France*, requête n° 42326/98

39 Avis CE du 4 juin 2013 sur le projet de loi concernant la réforme du mariage (doc. parl. 6172A<sup>5</sup>),

40 CC, décision n° 2012-248 du 16 mai 2012, *M. Mathieu E.*

41 BGBl. I 2013, Nummer 53,

l'intérêt de l'enfant sur ceux des femmes en accordant à l'enfant le droit d'exiger l'accès à ces données, de sorte qu'il n'existe pas de réelle possibilité pour la femme de garder son identité inconnue.<sup>42</sup>

La disposition telle que prévue par le projet de loi ne fait aucune ouverture en faveur du droit de connaître ses origines, de sorte que le Luxembourg s'expose au risque d'être condamné par la CEDH pour violation de l'article 8 de la Convention, comme le soulignent les autorités judiciaires dans leur avis.

Au vu de l'évolution de la jurisprudence de la CEDH, le Conseil d'État réserve sa position quant à la dispense du second vote constitutionnel tant que le législateur ne lui aura pas soumis une proposition d'un dispositif permettant d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts concurrents en cause, à savoir les intérêts de la mère, d'une part, et ceux de l'enfant, d'autre part.

#### Article 335 (Article 320 de la proposition de loi)

À l'instar du code civil français, la future loi distingue entre l'action en recherche de la paternité hors mariage et l'action en rétablissement des effets de la présomption de paternité du mari. Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 316 du projet de loi en ce qui concerne le maintien de la distinction entre enfants nés dans le mariage et hors mariage. L'article 335 énonce que la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. Cette possibilité devrait être étendue à tous les enfants, qu'ils soient nés hors mariage ou dans le mariage, comme le souligne d'ailleurs le parquet général dans l'avis précité du 4 février 2014.

#### Articles 336 et 336-1 (Articles 321, 321-1 et 321-2 de la proposition de loi)

L'article 336 reprend dans une large mesure le libellé de l'article 328 du code civil français et prévoit des dispositions communes pour les actions en maternité et en paternité, tandis que l'article 336-1 reprend l'actuel article 340-4, alinéa 3, du Code civil. En ce qui concerne cette dernière disposition, le Conseil d'État rappelle que, selon l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 29 juin 2012<sup>43</sup>, „l'article 340-4 du Code civil n'est pas conforme à l'article 10bis, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Constitution dans la mesure où il enferme dans un délai de deux ans, à partir de la naissance de l'enfant, sinon à partir de sa majorité, l'action en recherche de paternité naturelle“ et dit „qu'il y a lieu d'aligner le délai d'introduction prévu à l'article 340-4 du code civil à celui prévu à l'article 329 du code civil et édictant l'imprescriptibilité de l'action de l'enfant“. Du moment que le projet de loi ne reprend plus la disposition édictant l'imprescriptibilité de l'action de l'enfant légitime figurant actuellement à l'article 329 du Code civil et soumet l'action de tous les enfants, quelle que soit leur origine, à un délai unique de dix ans avec possibilité de relever le délai de déchéance en cas d'impossibilité matérielle ou morale d'agir dans les délais prévus, il supprime la discrimination censurée par la Cour constitutionnelle et instaure l'égalité entre tous les enfants, quelle que soit leur origine. Le Conseil d'État peut y marquer son accord.

#### Article 337 (Article 322 de la proposition de loi)

Lorsque la présomption de paternité est écartée en vertu de l'article 317, une action en justice, fondée sur l'article 329 du Code civil, peut être exercée pour établir la paternité alléguée grâce à un jugement. Mais, lorsque la présomption *Pater is est* se trouve écartée, l'article 319 du projet de loi permet au mari d'établir sa paternité tout simplement grâce à une reconnaissance faite dans les conditions des articles 320 et 327. Cette procédure constituant un mode d'établissement de la paternité beaucoup plus simple et moins onéreux, sera certainement privilégiée si la paternité d'un tiers n'a pas été antérieurement établie. Les auteurs soulignent que dorénavant l'action en rétablissement de la présomption de paternité pourra être intentée non seulement par les époux, mais également par l'enfant lui-même.

#### Article 338 (Article 323 de la proposition de loi)

À l'instar de l'article 330 du code civil français, cet article prévoit l'action en constatation de la possession d'état qui a pour but d'établir la filiation sur base des faits prouvant l'existence de la possession d'état. L'action en constatation de la possession d'état est ouverte à tout intéressé, contrairement à la délivrance de l'acte de notoriété qui ne peut être demandée que par les parents ou l'enfant. Elle

42 Cf. Laurie Marguet, „Entre accouchement anonyme et accouchement secret, le législateur allemand se saisit de la question de l'accouchement confidentiel“, [PDF] in *Lettre „Actualités Droits-Libertés“ du CREDOF*, 14 novembre 2013,

43 Cour constitutionnelle, arrêt n° 72/12

peut être exercée dans les dix années de la cessation de la possession d'état alléguée; en cas de décès du parent prétendu, le délai court à compter de cet événement. Dans le commentaire de l'article, les auteurs prennent soin de préciser que l'action en constatation de la possession d'état se fait par jugement et qu'elle sera encore possible dans le cas où l'établissement d'un acte de notoriété ne le sera plus, alors qu'il est enfermé dans un délai de cinq ans.

#### Article 339 (Article 324 de la proposition de loi)

Cet article confère compétence au tribunal d'arrondissement, qui a déclaré établie la filiation suite à une action aux fins d'établissement de la filiation, pour statuer également sur les mesures accessoires. Cette disposition s'aligne sur l'article 331 du code civil français et permet aux parties d'éviter d'engager des procédures successives devant des juges différents. En ce qui concerne l'allocation d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, les autorités judiciaires font remarquer que cette attribution de compétence au tribunal est une dérogation à l'article 4 du Nouveau Code de procédure civile, selon lequel le juge de paix a une compétence en matière de demandes en pension alimentaire, à l'exception de celles se rattachant à une instance en divorce ou séparation de corps. Une modification dudit article s'impose afin d'assurer la cohérence des dispositifs prévus en la matière.

En ce qui concerne le nom de l'enfant, il convient de distinguer selon que l'enfant a déjà ou non un lien de filiation établi à l'égard de l'un de ses parents et que l'action engagée a pour objet l'établissement du second lien de filiation. Si l'enfant était sans lien de filiation, il prend le nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie. En cas d'un lien de filiation auparavant établi, le tribunal peut statuer sur l'attribution du nom de l'enfant. Le dispositif prévu à l'article 314-3 du projet de loi n'est pas applicable. Selon un avis rendu par la Cour de cassation française, *„le tribunal de grande instance, saisi par les parties d'une demande de changement de nom d'un enfant, formée à l'occasion d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation, auxquelles sont applicables les dispositions de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, est compétent, sur le fondement de l'article 331 du Code civil, pour statuer sur l'attribution du nom de l'enfant en cas de désaccord entre les parents et peut décider, en considération de l'ensemble des intérêts en présence et plus particulièrement de celui supérieur de l'enfant, soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu, au nom jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre.“*<sup>44</sup>

#### Article 339-1 (Article 325 de la proposition de loi)

Cet article est une reprise de l'actuel article 341-1 du Code civil. Il ne donne pas lieu à observation.

La nouvelle section III comporte les articles 340 à 342-5 (325 à 336 de la proposition de loi) relatifs aux actions en contestation de la filiation. À l'instar de la législation française en la matière, tant le projet de loi que la proposition de loi prévoient désormais trois actions en contestation de filiation, communes aux enfants nés dans le mariage et aux enfants nés hors mariage: l'action en contestation de maternité et l'action en contestation de paternité dont le régime juridique est aménagé différemment selon que la filiation est établie par un titre corroboré par la possession d'état ou par un titre non corroboré par la possession d'état et l'action en contestation de la filiation établie par la possession d'état constatée dans un acte de notoriété.

#### Article 340 (Article 326 de la proposition de loi)

Cet article correspond à l'article 332 du code civil français et permet de contester la filiation maternelle ou paternelle, en mariage ou hors mariage. Suite à la suppression de la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, une action unique est prévue pour contester la maternité et une autre pour contester la paternité. Les dispositions générales prévues aux articles 324 à 332 du projet de loi sont applicables.

#### Article 341 (Article 327 de la proposition de loi)

Selon les auteurs du projet de loi, le but de cet article est d'instaurer une irrecevabilité de l'action en contestation de la filiation d'un enfant conçu par voie de PMA, peu importe que l'enfant soit issu

<sup>44</sup> Cass., avis, 13 sept. 2010, n° 1000004; JurisData n° 2010-016730;

d'une PMA homologue ou hétérologue. Ils déclarent vouloir suivre une recommandation émise par le Conseil d'État dans son avis du 4 avril 2006 cité ci-devant „*de clarifier les liens juridiques, notamment de filiation, entre les enfants nés à la suite d'un acte de PMA et les parents sociaux, d'une part, biologiques d'autre part ...*“.

Le Conseil d'État constate que l'article 313-1, alinéa 2, du projet de loi prévoit d'ores et déjà que le consentement donné à une PMA avec tiers donneur interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation tout en prévoyant cependant une exception pour le cas où il est établi que l'enfant n'est pas issu de la PMA pratiquée ou que le consentement donné à l'intervention médicale a été privé d'effet.

Le libellé proposé à l'article 341, instaure une irrecevabilité de l'action en contestation de la filiation dès qu'il est établi que l'enfant est issu d'une PMA homologue ou hétérologue, sans prévoir d'exception, de sorte qu'il est en contradiction avec la disposition prévue à l'article 313-1, alinéa 2.

À défaut d'une disposition similaire à celle de l'article 313-1 pour les PMA homologues, le lien de filiation établi suite à une telle PMA deviendra incontestable et une différenciation sera ainsi créée entre les filiations d'enfants issus de l'un ou l'autre procédé de PMA, sans que la différence instituée procède de disparités objectives, qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

Pour toutes ces raisons, le Conseil d'État ne peut pas marquer son accord au libellé prévu et invite les auteurs soit à supprimer cet article, soit à le modifier de sorte à éliminer toutes incohérences et inégalités, faute de quoi le Conseil d'État ne saurait accorder la dispense du second vote constitutionnel.

À noter que la législation française en la matière<sup>45</sup> prévoit aussi pour les PMA homologues que les futurs parents soient „consentant préalablement“ et que ce consentement soit recueilli par écrit par le médecin. Le dispositif à créer pour le volet des PMA homologues pourra s'orienter à cette législation et prévoir un consentement préalable de la part des personnes qui recourent à l'assistance médicale. Dans ce cas, les formes et précautions prévues par l'article 313-1 du projet de loi devraient être applicables.

#### Article 342 (Article 328 de la proposition de loi)

Cet article introduit les règles applicables à la contestation de la filiation tant en mariage que hors mariage s'il y a titre et possession d'état conforme. Il est admis que pour assurer la protection de la paix des familles, la possibilité de contestation de la filiation doit être restreinte quand l'enfant dispose d'un titre corroboré par la possession d'état.

La Cour constitutionnelle a, dans un arrêt du 28 novembre 2014<sup>46</sup> relatif à une contestation de la filiation légitime, considéré: „*qu'outre la recherche de la vérité biologique dans l'établissement de la filiation et l'élimination des inégalités entre les différentes filiations prévues par la loi, l'intérêt supérieur de l'enfant requiert cependant également, pour toute filiation, qu'une situation de fait résultant d'une vie familiale continue et de longue date, conforme au titre de naissance, puisse tenir en échec la recherche de la vérité biologique dans l'établissement de la filiation*“.

Le projet de loi, de même que la proposition de loi prévoient un délai de prescription de cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé. Les auteurs du projet de loi reprennent de l'article 333 du code civil français une précision du point de départ du délai en cas de décès du parent envers lequel le lien de filiation est contesté qui ne figure pas dans la proposition de loi.

La CEDH admet dans certains de ses arrêts que l'institution d'un délai pour l'engagement d'une action en contestation de paternité peut se justifier par le souci de garantir la sécurité juridique des rapports familiaux et de protéger l'intérêt de l'enfant. Elle opère toutefois un contrôle sur les modalités de la prescription pour vérifier que celle-ci ne porte pas une atteinte excessive au droit de contester sa paternité. Tel est notamment le cas lorsque les délais sont très courts comme dans l'arrêt *Mizzi* relatif à une prescription de six mois. De même, dans l'arrêt *Paulik c/ Slovaquie*, la Cour a affirmé que le délai d'une action en contestation de la paternité par un homme ne peut commencer à courir qu'à

<sup>45</sup> Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique

<sup>46</sup> Cour constitutionnelle, arrêt n° 113

compter du jour où il a eu connaissance des circonstances mettant en doute la réalité de la paternité<sup>47</sup>.

Au regard de cette jurisprudence, le déclenchement du délai de cinq ans tel que prévu par l'article 342 du Code civil tel qu'il est proposé dans le projet de loi n'est pas sans poser problème. Aussi, le Conseil d'État renvoie-t-il à l'analyse de F. Dekeuwer-Defossez qui estime que „la computation des délais de prescription ne peut commencer à courir que lorsque le titulaire de l'action a la pleine connaissance de la vérité“.<sup>48</sup>

L'alinéa 2 édicte une fin de non-recevoir à la demande en contestation de la filiation lorsque l'enfant jouit depuis cinq années d'une possession d'état conforme à son acte de naissance ou à un acte de reconnaissance. Le projet de loi fait une exception pour le ministère public qui peut agir au-delà de ce délai sur le fondement de l'article 342-3 du Code civil tel qu'il est proposé. Dans le commentaire de l'article, il est précisé que, pour rendre la filiation inattaquable, la possession d'état doit répondre aux exigences des articles 312-5 et 312-6 tels que le projet de loi propose de les insérer dans le Code civil. Aussi la fin de non-recevoir prévue à l'alinéa 2 est-elle inapplicable si le titre n'est pas corroboré par une possession d'état continue, paisible, publique et non équivoque, de sorte que l'action peut être engagée dans le délai de dix ans prévu par l'article 334 du Code civil tel qu'il est fixé dans le projet de loi.

Dans une étude sur le droit de la famille dans la jurisprudence de la CEDH, l'article 333 du code civil français, qui a été repris tel quel par le nouvel article 342 du projet de loi, a donné lieu au commentaire suivant: „*Toutefois, la promotion, par la Cour européenne, de l'intérêt de l'enfant et de la réalité des liens qu'il entretient avec celui qui entend contester sa filiation, pourrait conduire les juges européens, le cas échéant, à considérer que l'influence conférée par le droit français à la possession d'état contribue à instaurer une proportionnalité admissible entre l'atteinte au droit de contester sa filiation et l'objectif de sécurisation de la filiation de l'enfant.*“<sup>49</sup>.

Il ressort effectivement des arrêts récents de la CEDH que, d'une manière générale, la Cour érige l'intérêt de l'enfant en obstacle à la contestation de sa filiation et que ce n'est que si l'enfant est favorable à cette contestation qu'elle condamne l'impossibilité de la mener à bien.

Ainsi dans une affaire *A.L. c/ Pologne*<sup>50</sup>, la Cour admet que la prescription d'une action en contestation de paternité fondée sur des éléments de preuve génétiques est justifiée par l'intérêt général de protection de la sécurité juridique des relations familiales; elle approuve les autorités polonaises selon lesquelles le lien de filiation devait être maintenu dans l'intérêt de l'enfant, l'annulation de la reconnaissance de paternité étant susceptible de constituer une expérience traumatisante pour l'enfant.

Dans un second arrêt, *Ostace c/ Roumanie*<sup>51</sup>, la Cour a rappelé qu'elle était „disposée à admettre que l'absence d'un mécanisme juridique permettant au requérant de protéger son droit au respect de sa vie privée peut s'expliquer de manière générale par l'„intérêt légitime“ de garantir la sécurité juridique et la stabilité des liens familiaux et par la nécessité de protéger les intérêts de l'enfant.“ Dans cette affaire, où les différentes parties concernées et notamment l'enfant étaient favorables à la destruction du lien de filiation qui ne reflétait pas la vérité biologique, la Cour a conclu que le juste équilibre entre l'intérêt du requérant et l'intérêt général n'avait pas été ménagé.

Dans son avis du 4 février 2014, le parquet général évoque plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle belge critiquant la disposition qui instaure une fin absolue de non-recevoir à l'action en contestation d'une reconnaissance de paternité. La Cour constitutionnelle belge a en effet remis en cause l'exclusion de la possibilité pour le juge de tenir compte des intérêts de toutes les parties concernées. Dans un arrêt du 17 octobre 2013, elle s'est ainsi prononcée comme suit: „*Lorsqu'il élabore un régime légal en matière de filiation, le législateur doit permettre aux autorités compétentes de procéder in concreto à la mise en balance des intérêts des différentes personnes concernées, sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis.*“<sup>52</sup>

47 CEDH, 10 octobre 2006, *Paulik c/ Slovaquie*, requête n° 10699/05

48 F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, „Les empreintes génétiques devant la CEDH: avis de coup de vent sur l'ordonnance du 4 juillet 2005“, RLDC mai 2007

49 Etude par Adeline GOUTTENOIRE, professeur à l'université Montesquieu Bordeaux IV, Droit de la famille n° 5, Mai 2008, étude 14

50 CEDH, 18 février 2014, *A.L. c/ Pologne*, requête n° 28609/08

51 CEDH 25 février 2014, *Ostace c/ Roumanie*, requête n° 12547/06

52 Arrêt n° 139/2013 du 17 octobre 2013, numéro du rôle: 5517

Le parquet général s'interroge sur l'utilité de maintenir la fin de non-recevoir absolue liée à l'existence d'une possession d'état qui fait prévaloir la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique. Au vu de la jurisprudence de la CEDH, cette question est pertinente puisque la prescription n'est plus incontournable, alors qu'elle doit être proportionnée au but poursuivi. D'ailleurs, le droit anglais ne fixe pas de délai de prescription en matière de filiation, mais il se fonde sur l'intérêt de l'enfant pour limiter le recours à la réalité biologique comme fondement de la filiation lorsque cela est justifié.

Face au dispositif sous examen, entouré d'incertitude, le Conseil d'État se demande, si, outre la modification proposée ci-devant quant au déclenchement du délai de cinq ans, la future loi ne devrait pas prévoir d'écarter la prescription dans certains cas, notamment si l'enfant à sa majorité ou le père biologique invoqueraient de justes motifs.

#### Article 342-1 (Article 329 de la proposition de loi)

Cet article vise la contestation de la filiation lorsque le titre n'est pas corroboré par la possession d'état. La vraisemblance d'une filiation établie par l'acte de naissance ou l'acte de reconnaissance sans être confortée par la possession d'état est moindre, de sorte que l'action en contestation est plus largement ouverte, qu'il s'agisse de remettre en cause la maternité ou la paternité, en mariage et hors mariage. Elle peut être exercée par tout intéressé et obéit à la prescription de dix ans prévue à l'article 329 du Code civil tel qu'il est prévu par le projet de loi.

#### Article 342-2 (Article 330 de la proposition de loi)

Indépendamment des conditions exigées par l'article 323 du projet de loi pour l'obtention d'un acte de notoriété, la filiation établie par ce moyen peut être contestée par toute personne intéressée en rapportant la preuve contraire dans le délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte. Ainsi, le délai pour contester une filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété et celui pour contester une filiation établie par la possession d'état constatée judiciairement sont identiques, alors que la tierce opposition est ouverte pendant un délai de dix ans. La proposition de loi prévoit un délai de cinq ans à compter de la délivrance de l'acte pour contester la possession d'état établie par un acte de notoriété. Le Conseil d'État se prononce en faveur d'un délai uniforme de dix ans comme prévu par le projet de loi.

Comme le Conseil d'État l'a observé à l'endroit du nouvel article 312-3 tel que proposé par le projet de loi, il est nécessaire de permettre que le lien de filiation établi par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété puisse être contesté en rapportant la preuve de sa non-conformité à la vérité biologique. Le recours à une expertise biologique devrait être de droit, comme le souligne d'ailleurs le parquet général dans son avis.

Si la Cour de cassation française exclut pour les actions en constatation de possession d'état le recours à l'expertise biologique au motif que la preuve de la réalité d'une filiation biologique n'a pas à intervenir dans une action visant à constater une possession d'état alors que l'objet de la preuve porte uniquement sur l'existence et les qualités de la possession d'état, donc sur la réalité sociologique et non pas sur la vérité biologique, elle a cependant retenu dans une affaire d'action en contestation de paternité que l'expertise biologique était de droit en matière de filiation, sauf en cas de motif légitime de ne pas y procéder. Un tel motif légitime pourrait être l'intérêt supérieur de l'enfant.<sup>53</sup>

#### Article 342-3 (Article 331 de la proposition de loi)

À l'instar de l'article 336 du code civil français, toute filiation, qu'elle soit corroborée ou non par la possession d'état, peut désormais être contestée par le ministère public. Le ministère public peut agir dans le délai décennal de droit commun du nouvel article 329 proposé par le projet de loi lorsque des indices tirés des actes eux-mêmes rendent invraisemblable le lien de filiation légalement établi ou lorsque la filiation a été établie en fraude à la loi. Le commentaire de l'article vise plus particulièrement l'hypothèse de la reconnaissance maternelle d'un enfant né à la suite d'une convention de maternité pour autrui prohibée par l'article 6 du Code civil tel que projeté.

<sup>53</sup> Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 14 janvier 2015, n° de pourvoi 13-28.256

#### Article 342-4 (Article 333 de la proposition de loi)

Conformément au droit français, l'article 388-2 du Code civil prévoit qu'en cas de contradiction d'intérêts entre l'enfant et ses représentants légaux dans une procédure, le juge des tutelles ou, à défaut, le juge saisi de l'instance peut désigner un administrateur *ad hoc* chargé de représenter l'enfant. Selon le Conseil d'État, l'enfant, défendeur à l'action en contestation de la filiation, devra donc être représenté par un administrateur *ad hoc* assigné à l'instance. Aussi, y aurait-il lieu de remplacer le terme „tuteur *ad hoc*“ par „administrateur *ad hoc*“.

#### Article 342-5 (Article 332 de la proposition de loi)

Cet article s'inspire de l'article 337 du code civil français et de l'actuel article 342-7 du Code civil et vise à tempérer les effets d'une rupture trop brutale des liens affectifs unissant l'enfant à celui qu'il avait considéré comme son parent. Dans l'intérêt de l'enfant, le tribunal peut régler les relations entre l'enfant et cette personne.

#### Articles 342-6 à 342-11

Le projet de loi introduit un nouveau chapitre IV relatif aux actions à des fins d'aliments, comprenant les articles 342-6 à 342-11 qui s'inspirent des articles 342 et suivants du code civil français. Cette action est considérée comme correctif du défaut d'établissement de la filiation paternelle et comme sanction d'une possibilité de paternité. Selon certains auteurs, les idées de responsabilité, d'aliments et de filiation sont mêlées dans cette action.<sup>54</sup>

Durant la minorité de l'enfant, la mère a le choix entre l'action à fins d'aliments et l'action en recherche de la paternité prévue par l'article 335 du Code civil tel que prévu par le projet de loi. Les auteurs du projet de loi soulignent que cette action a l'avantage de ne pas affubler les enfants nés d'un inceste absolu ou d'un viol d'une étiquette révélant les circonstances de leur naissance. C'est surtout en cas d'inceste absolu, lorsque le second lien de filiation ne peut pas être établi selon l'article 312-2 du Code civil prévu par le projet de loi, que cette action peut être utile. Dans ce contexte, la remarque du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui relève que l'action devrait être également étendue à l'enfant dont la filiation maternelle n'est pas légalement établie, est pertinente. S'il est vrai que, dans la plupart des cas, la filiation maternelle sera établie en vertu du nouvel article 315 par l'acte de naissance désignant la mère, il n'est cependant pas à exclure qu'une filiation paternelle puisse être établie en premier lieu ce qui exclurait l'établissement de la filiation maternelle. En ce cas, l'action à fins d'aliments devrait également pouvoir s'exercer contre la mère.

Les auteurs du projet de loi relèvent la corrélation avec les nouveaux articles 321 et 339-1 du Code civil prévus par le projet de loi concernant l'action de l'enfant conçu à la suite d'un acte de violence commis sur sa mère.

Pour le calcul des aliments sont pris en considération les besoins de l'enfant créancier et les capacités de paiement du débiteur. Ainsi, une partie de la jurisprudence française conclut que le montant des aliments n'est pas subordonné à la situation matérielle de la mère puisque seul l'enfant en est créancier. Cependant, à l'instar d'une partie de la doctrine, la présidente du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg estime qu'il ne peut pas être fait abstraction des ressources et charges de la mère qui elle aussi est débitrice d'une obligation d'entretien envers l'enfant.<sup>55</sup>

L'action repose sur une possibilité de paternité, de sorte que le défendeur peut écarter la demande s'il établit qu'il n'est pas le géniteur, notamment grâce à une expertise biologique.

Le délai pour agir à fin de subsides, à l'instar de celui pour agir en recherche de paternité, sera désormais de dix ans, ce délai étant suspendu pendant la minorité de l'enfant.

#### Point 2)

#### Article 6

L'article 6 du Code civil prévoit qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Le projet de loi propose de compléter cet article par un ajout interdisant explicitement la gestation pour autrui. Il s'oriente à l'article 16-7 du code civil français qui, dans un chapitre relatif au respect du corps humain, prévoit que toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. Les auteurs du projet de loi ne

<sup>54</sup> Jurisclasseur Code civil, Fasc. unique: Filiation; Action à fins de subsides;

<sup>55</sup> Op. cit. n° 48;

visent que les conventions portant sur la gestation pour le compte d'autrui et non pas celles portant sur la procréation en général.

Certains auteurs font une distinction entre la „procréation pour autrui“ (PPA) et la „gestation pour autrui“ (GPA). Dans la convention de procréation pour autrui, la mère porteuse fournit son propre matériel génétique (ovocyte), ce qui implique un lien génétique entre elle et l'enfant à naître, tandis que dans les conventions de gestation pour autrui, la mère porteuse ne fournit pas son propre matériel génétique et aucune parenté génétique ne s'établit donc entre elle et l'enfant. Les auteurs du projet de loi ne font pas de distinction entre les PPA et les GPA et l'expression „gestation pour autrui“ semble désigner l'ensemble des situations dans lesquelles une mère porteuse accepte de porter et de mettre au monde un enfant à la demande d'autrui.

Tant le parquet général que le procureur d'État de Diekirch s'expriment en faveur d'un libellé plus large, qui, à l'instar de l'article 16-7 du code civil français, viserait également les conventions sur la procréation pour autrui. Une telle approche aurait l'avantage de dissiper toute incertitude.

Selon les auteurs du projet de loi, la pratique des conventions de maternité de substitution serait incompatible avec la dignité de la mère porteuse et les intérêts de l'enfant. Ils se réfèrent expressément à un avis de la Commission nationale d'éthique (C.N.E.) de 2001 dans lequel les membres de la C.N.E. estimaient que, dans une optique éthique, cette pratique n'était pas indiquée.<sup>56</sup>

Il résulte des nombreux avis dont le Conseil d'État a pris connaissance, que la GPA est sujette à de nombreuses controverses tant du point de vue juridique, que social ou éthique et psychologique. Le Conseil d'État constate que la détermination de faire primer en tout état de cause l'intérêt supérieur de l'enfant semble rassembler les différents auteurs, alors même que ceux-ci sont par ailleurs divisés sur un sujet aussi complexe. Il est vrai que la conciliation entre les différents intérêts de la mère porteuse, du couple d'intention et de l'enfant est particulièrement ardue, voire impossible, de sorte que la position adoptée par la CEDH dans les affaires *Menesson et Labassee*<sup>57</sup> de faire primer l'intérêt supérieur de l'enfant sur toute autre considération dans le cadre de l'établissement de filiations d'enfants procréés par GPA, devra guider le législateur dans l'établissement de la future loi. Comme le souligne la CCDH dans son avis précité, l'intérêt supérieur de l'enfant, affirmé de façon répétée et appuyée par la CEDH, est à raison au centre du débat. Cependant, le Conseil d'État constate que la notion abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas appréhendée de façon unanime par les différents commentateurs. La question se pose si la sécurisation de sa filiation ne constitue pas un critère déterminant pour effectivement garantir l'intérêt de l'enfant.<sup>58</sup> En effet, la CEDH a retenu dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli c/ Italie*,<sup>59</sup> „que si l'article 8 tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il met de surcroît à la charge de l'État des obligations positives inhérentes au „respect“ effectif de la vie familiale. Ainsi, là où l'existence d'un lien familial se trouve établie, l'État doit en principe agir de manière à permettre à ce lien de se développer et prendre les mesures propres à réunir le parent et l'enfant concernés“.

Il est vrai que dans les arrêts précités se référant à l'intérêt supérieur de l'enfant, la CEDH reconnaît que la prohibition par la loi de la GPA n'est pas, en soi, contraire à la Convention et que chaque État est souverain sur ce sujet. Tant dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli* que dans les arrêts *Menesson et Labassee* précités, la Cour admet que les États peuvent légitimement lutter contre le recours, à l'étranger, par leurs ressortissants, de techniques de procréation médicalement assistée interdites sur leur territoire. Selon la jurisprudence de la CEDH, l'article 8 ne confère pas aux parents d'intention un droit à la reconnaissance en droit interne du lien de filiation établi avec un enfant né d'une GPA à l'étranger.

Cependant dans les affaires *Menesson et Labassee*, les juges de la CEDH ont retenu que le droit de tout individu au respect de son identité, partie intégrante du droit au respect de la vie privée, comman-

<sup>56</sup> Avis 2001: 3.1.2.3.1.3. Le débat de la C.N.E.

„Dans la mesure où la pratique de la substitution de mère risque d'être à la fois incompatible avec la dignité de la mère porteuse et avec les intérêts de l'enfant, dans la mesure où elle suscite de nombreux conflits réels ou virtuels, dans la mesure encore où elle soulèverait des problèmes juridiques difficiles à résoudre, les membres de la C.N.E. jugent que, dans une optique éthique, cette pratique n'est pas indiquée.“

<sup>57</sup> Arrêts CEDH 26 juin 2014, *Menesson c/ France et Labassee c/ France* requêtes n° 65192/11 et n° 65941/11

<sup>58</sup> Dans ce sens voir Marie-Xavière Catto, *La Revue des droits de l'homme*, n° 3/2013 „La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?“

<sup>59</sup> Arrêt CEDH 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, requête n° 25358/12

daît de reconnaître le lien de filiation et d'en permettre l'établissement, quelles que soient les circonstances de sa naissance et quel que soit le comportement de ses parents.<sup>60</sup> La Cour protège ainsi le droit au respect de la vie privée de l'enfant „*impliquant que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation*“<sup>61</sup>. Dans ces affaires, le père d'intention était également le père biologique.

Dans l'arrêt *Paradiso et Campanelli* précité, la Cour a emprunté une autre démarche et elle s'est d'abord prononcée sur la question de savoir si la relation existant entre l'enfant né de la convention de GPA et les requérants pouvaient relever de la vie familiale visée par l'article 8 de la Convention, alors qu'elle ne reposait sur aucun lien biologique et qu'elle n'avait pas été reconnue par les autorités italiennes. Elle estime que les requérants se sont comportés à l'égard de l'enfant comme des parents et conclut à l'existence d'une vie familiale *de facto*. En considérant que le placement de cet enfant constitue une ingérence disproportionnée dans la vie familiale des requérants, la Cour a condamné le placement de l'enfant auprès d'une famille d'accueil et la séparation définitive d'avec ses parents d'intention qui en a résulté.

La jurisprudence de la Cour démontre que si le législateur peut interdire le recours à la GPA sur le territoire luxembourgeois et introduire des dispositions visant à décourager les parents d'intention d'avoir recours à une GPA dans un pays où cette méthode de procréation est admise, la véritable difficulté qui porte sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants nés de la GPA n'est pas pour autant résolue. Dans chaque cas concret, il faudra examiner si la décision de refus de reconnaître les effets quant à l'établissement de la filiation à l'égard d'enfants nés d'une GPA à l'étranger, même si la GPA est admise dans le pays où elle a été pratiquée, est compatible avec l'intérêt supérieur de l'enfant dont l'identité et la filiation peuvent se trouver gravement affectées par une décision de refus de reconnaissance de la filiation.

Suite à la jurisprudence de la CEDH, un revirement de la Cour de cassation française est intervenu et la Cour de cassation a rendu, en date du 3 juillet 2015, deux arrêts dans lesquels elle a statué qu'une GPA ne justifie pas, à elle seule, le refus de transcrire sur l'état civil français l'acte de naissance étranger d'un enfant ayant un parent français.

Le Conseil d'État français s'était déjà, même avant la condamnation de la CEDH en 2014, montré plus protecteur des droits de l'enfant né de mère porteuse que la Cour de cassation et avait proposé une régularisation des problèmes posés par les enfants nés de GPA en France ou à l'étranger. La proposition concernait la possibilité de filiation paternelle, sa reconnaissance grâce au lien biologique entre l'enfant et le père et la possibilité pour la mère intentionnelle de partager l'autorité parentale confiée au père.<sup>62</sup>

C'est également dans ce sens que la Cour d'appel de Luxembourg a statué dans un arrêt du 15 juillet 2015, en matière d'adoption, que l'intérêt supérieur de l'enfant commandait de voir établir le lien de filiation paternelle qui correspond à la vérité biologique, nonobstant la fraude à la loi *étrangère*, l'intérêt supérieur de l'enfant primant dans ce cas sur toute autre considération. De même, la Cour d'appel a retenu qu'une adoption par la mère d'intention était dans l'intérêt supérieur de l'enfant, l'enfant ayant manifestement un intérêt à être lié juridiquement à sa mère d'intention.

La Conférence de la Haye de droit international privé se penche depuis plusieurs années sur les questions de droit international privé concernant le statut des enfants nés suite à des conventions de maternité de substitution à caractère international. Le projet d'une convention internationale sur la GPA est discuté en vue d'un encadrement transnational de la gestation pour autrui et visant à faciliter la reconnaissance mutuelle des filiations issues de contrats de mères porteuses pour permettre à des enfants nés d'une GPA d'acquérir une identité civile.<sup>63</sup>

Vu ces évolutions au niveau du droit civil, le Conseil d'État est à s'interroger si à l'heure actuelle l'introduction dans le Code civil d'une disposition prévoyant la nullité des conventions portant sur la GPA reste opportune, alors qu'elle sera écartée dès que l'intérêt de l'enfant le commande et que des effets juridiques seront reconnus à une pratique que le législateur aura formellement interdite. D'ailleurs,

60 Cf. paragraphe 79 de l'arrêt *Labassee* „En faisant obstacle à la reconnaissance et à l'établissement en droit interne du lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur (France) est allé au-delà de sa marge d'appréciation“.

61 Arrêt *Mennesson*, paragraphe 99

62 Rapport du Conseil d'État sur la révision des lois bioéthiques, 2009

63 Voir. HCCH, Doc. pré. n° 3 B, avril 2014; HCCH, Doc. pré. n° 3A, février 2015

dans son avis précité du 4 février 2014, le parquet général vient à la conclusion qu'au niveau du droit civil, il pourrait s'avérer illusoire de vouloir empêcher l'établissement de la filiation entre l'enfant né d'une GPA et les parents d'intention et que seul le droit pénal semblerait offrir des solutions. Le Conseil d'État y reviendra sous le point 11) de l'article III du projet de loi.

*Point 3)*

Au Livre I<sup>er</sup>, Titre II, du Code civil, les auteurs du projet de loi proposent de diviser le chapitre II, intitulé „Des actes de naissance“, en deux sections différentes, la première ayant trait aux déclarations de naissance et la deuxième aux actes de reconnaissance. Cette subdivision est reprise du code civil français dont le chapitre II contient en outre une section relative aux changements de prénoms et de nom, qui n'a cependant pas été reproduite par le projet de loi.

*Point 4)*

Article 57 (Article 3, point I) de la proposition de loi)

Cet article s'inspire largement de l'article 57 du code civil français. Le Conseil d'État renvoie à ses observations relatives à l'article 1<sup>er</sup>, point 1), proposant l'insertion des articles 314 à 314-5 dans le Code civil. Il note que la modification de cet article prévue à la proposition de loi est devenue sans objet suite aux modifications introduites par la loi précitée du 4 juillet 2014.

Il en est de même des modifications prévues aux points II, III, IV et V de la proposition de loi.

Le point VI de la proposition de loi vise à modifier l'article 347 du Code civil en remplaçant les termes „l'existence d'enfants légitimes ou naturels“ par ceux de „l'existence d'enfants“. Le Conseil d'État se demande si l'ajout relatif aux enfants adoptifs figurant à la fin de la phrase est dès lors indispensable. Il aurait une préférence pour faire appliquer à cet article la solution proposée par les auteurs du projet de loi qui consiste à remplacer dans toutes les dispositions légales l'expression „enfant légitime“ par „enfant né dans le mariage“ et celle „d'enfant naturel“ par „enfant né hors mariage“ (article VI du projet de loi).

*Point 5)*

Article 57-1

Le Conseil d'État renvoie à ses observations relatives à l'article 1<sup>er</sup>, point 1) proposant l'insertion d'un article 323 dans le Code civil et recommande d'étendre cette disposition également en cas d'inscription de la filiation par la possession d'état.

*Point 6)*

Articles 62 et 62-1

Les nouveaux articles 62 et 62-1 qu'il est proposé d'introduire dans le Code civil reprennent les dispositions prévues aux articles 62, 62-1 du code civil français. Ils ne donnent pas lieu à observation.

Article 62-2

En ce qui concerne l'article 62-2, le Conseil d'État renvoie à ses observations concernant l'article 1<sup>er</sup>, point 1), sous l'article 327 et propose la suppression de cette disposition.

*Point 7)*

Les articles 158 et 159 ayant été abrogés par la loi précitée du 4 juillet 2014, cette disposition est devenue sans objet.

*Point 8) (Article 3, point VIII) de la proposition de loi)*

La modification de l'article 363 du Code civil ne donne pas lieu à observation.

Le point IX de la proposition de loi vise à remplacer à l'article 368 du Code civil les termes „que s'il était né du mariage des adoptants“ par ceux de „qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre“. Le Conseil d'État marque son accord à cette proposition.

*Point 9) (Article 3, point X) de la proposition de loi)*

La modification de l'article 745 du Code civil ne donne pas lieu à observation, sauf à relever que les termes „père et mère“ ont été remplacés par ceux de „parents“ par la loi précitée du 4 juillet 2014.

*Point 10) (Article 3, point XI) de la proposition de loi)*

L'abrogation de la section VI du Livre III, Titre I<sup>er</sup>, chapitre III, comprenant les articles 756 à 758, qui vise à supprimer les différences des enfants nés hors mariage et ceux des enfants nés dans le mariage trouve l'accord du Conseil d'État.

*Point 11) (Article 3, points XIII) et XIV) de la proposition de loi)*

La modification des articles 960 et 962 du Code civil relatifs aux donations entre vifs consiste dans une adaptation de la terminologie suite aux changements prévus aux règles de la filiation et ne vise pas à réformer plus substantiellement le droit des successions et libéralités à l'instar du législateur français.<sup>64</sup>

*Point 12)*

La suppression des termes „naturel“, „légitime“ ou „adoptif“ dans les articles du Code civil énumérés est une conséquence logique de l'abolition des différences entre la filiation dans le mariage et hors mariage. Le Conseil d'État relève que les auteurs de la proposition de loi proposent au point VII une modification de l'article 360, alinéa 2, en remplaçant le bout de phrase „les droits visés à l'alinéa qui précède sont exercés conformément aux règles applicables aux parents légitimes“, par le libellé suivant: „les droits visés à l'alinéa qui précède sont exercés conjointement“. Dans l'optique de la réforme de l'autorité parentale qui est, comme le Conseil d'État l'a souligné dans ses considérations générales, un pendant indispensable de la réforme prévue par le projet de loi sous examen, le libellé de la proposition de loi semble plus adéquat que la simple suppression du mot „légitimes“ proposée par les auteurs du projet de loi.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 316 dont l'insertion est proposée dans le Code civil concernant une adaptation de l'article 143 du Code civil.

*Article II*

Cet article apporte certaines modifications au Nouveau Code de procédure civile.

Le point 1) est superfétatoire, alors que les articles 1017-1, 1017-7 et 1017-8 du Nouveau Code de procédure civile, qui ont été modifiés par la loi du 30 juillet 2013 portant modification 1. de la loi du 8 septembre 2003 sur la violence domestique; 2. de la loi modifiée du 31 mai 1999 sur la Police et l'Inspection générale de la Police; 3. du Code pénal; 4. du Nouveau Code de procédure civile, ne comportent plus les termes „légitimes, naturels ou adoptifs“.

L'adaptation de la terminologie aux articles 1042 et 1044 du Nouveau Code de procédure civile ne donne pas lieu à observation.

Le point 4 introduit dans le Livre IV, Titre XVI, du Nouveau Code de procédure civile un nouvel article 383-1 dont le libellé correspond à celui de l'article 1157 du code de procédure civile français. Il ne donne pas lieu à observation.

*Article III (Article 4, points I) à XI) de la proposition de loi)*

Tant le projet de loi que la proposition de loi prévoient des modifications du Code pénal afin d'éliminer toutes les différences de traitement entre enfants légitimes, naturels ou adoptifs.

<sup>64</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. L'article 960 est ainsi modifié: a) Les mots: „par les ascendants aux conjoints, ou“ sont supprimés; b) Les mots: „demeureront révoquées de plein droit“ sont remplacés par les mots: „peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit,“; c) Les mots: „du donateur, même posthume“ sont remplacés par les mots: „issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre Ier du titre VIII du livre I<sup>er</sup>“; L'article 962 est ainsi rédigé: „Art. 962. – La donation peut pareillement être révoquée, même si le donataire est entré en possession des biens donnés et qu'il y a été laissé par le donateur depuis la survenance de l'enfant. Toutefois, le donataire n'est pas tenu de restituer les fruits qu'il a perçus, de quelque nature qu'ils soient, si ce n'est du jour auquel la naissance de l'enfant ou son adoption en la forme plénière lui a été notifiée par exploit ou autre acte en bonne forme, même si la demande pour rentrer dans les biens donnés a été formée après cette notification.“;

*Points 1) et 2) (points I) et II) de la proposition de loi)*

Les modifications apportées aux articles 330-1, 335 et 359 du Code pénal sont des adaptations de la terminologie et ne donnent pas lieu à observation.

*Point 3) (point III) de la proposition de loi)*

L'article 377 du Code pénal ayant été modifié par la loi du 21 février 2013 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants et portant modification de plusieurs dispositions du Code pénal, la modification à prévoir devrait se lire comme suit:

„À l'article 377, les points 1° et 5° sont modifiés comme suit:

- 1° l'expression „ascendant légitime, naturel ou adoptif“ est remplacée par le terme „ascendant“,
- 5° au tiret 3, les termes „un ascendant légitime, naturel ou adoptif de l'auteur“ sont remplacés par le mot „ascendant“ et au tiret 5, les termes „un ascendant légitime ou naturel, les père ou mère adoptifs“ sont remplacés par „un ascendant“.

*Point 4) (point IV) de la proposition de loi)*

À l'article 395 du Code pénal, les termes de „père, mère ou autres ascendants“ sont à remplacer par „parents ou autres ascendants“ de sorte que l'article se lirait comme suit:

„**Art. 395.** Est qualifié parricide et sera puni de la réclusion à vie, le meurtre des parents ou autres ascendants.“

*Point 5) (point V) de la proposition de loi)*

La suppression des alinéas 3 et 4 de l'article 396 du Code pénal rencontre l'approbation du Conseil d'État.

*Point 6) (point VI) de la proposition de loi)*

Selon le Conseil d'État, le début du troisième alinéa de l'article 401*bis* devra se lire comme suit:

„Si les coupables sont les parents ou autres ascendants, ...“

*Point 7) (VII) de la proposition de loi)*

L'adaptation de la terminologie des points 2°, 3° et 5° de l'article 409, alinéa 1<sup>er</sup>, ne donne pas lieu à observation.

*Point 8) (VIII et IX) de la proposition de loi)*

Outre la suppression des mots „légitimes“, „naturels“ et „adoptifs“ aux articles 410 et 415 du Code pénal, il y a lieu de maintenir la terminologie actuelle de „parents“.

*Points 9) et 10) (X et XI) de la proposition de loi)*

Sans observation.

*Point 11)*

Le nouvel article 391*quater* qui s'inspire de l'article 227-12 du code pénal français vise à renforcer la disposition prévue par le projet de loi à l'article 6 du Code civil déclarant toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui comme nulle. À l'instar de l'article 227-12 du code pénal français, le texte proposé réprime l'entremise en matière de convention de gestation pour autrui.

Tout comme les procureurs d'État de Luxembourg et de Diekirch, le parquet général souligne que si la volonté politique est d'empêcher les parents d'intention de recourir aux services d'une mère porteuse, il faudra prévoir des sanctions pénales dissuasives contre toute personne qui concourt à la conclusion d'une convention sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui de même qu'une application extraterritoriale de la répression et l'interdiction de toute publicité concernant la GPA. En France, l'exigence de voir renforcer la dissuasion par la voie pénale au vu de l'affaiblissement de la

dissuasion de recourir à la gestation pour le compte d'autrui par la voie du droit civil a fait l'objet d'une proposition de loi, qui fut cependant rejetée.<sup>65</sup>

Le Conseil d'État n'est pas convaincu qu'une approche répressive contre les parents d'intention et la mère porteuse au-delà de la répression de l'entremise aient l'effet dissuasif souhaité. Il partage l'avis de la CCDH, selon lequel interdire le recours à la GPA et en faire une infraction pénale ne permet pas de résoudre les difficultés et comporte le risque d'un traitement inégal, voire discriminatoire pour les enfants nés d'une GPA. Si le législateur décidait d'assouplir l'interdiction du recours à la GPA, dans le cadre d'un régime strictement encadré, la pénalisation de tous les acteurs d'une GPA sortant du cadre tracé pourrait se concevoir.

Cependant, le choix de renforcer la dissuasion de recourir à la GPA par la voie du droit pénal, relève en définitive de l'opportunité politique.

#### *Article IV*

##### *Articles 4 à 7 de la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms*

Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous les articles 314 à 314-5. Il réitère sa proposition de faire figurer toutes les dispositions relatives aux changements de noms et de prénoms dans une seule loi traitant de cette matière.

Par ailleurs, les auteurs précisent dans le commentaire des articles que les modifications prévues à la loi du 11-21 Germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms sont un corollaire des modifications de la loi du 7 juin 1989 relative à la transposition des noms et prénoms des personnes qui acquièrent ou recouvrent la nationalité luxembourgeoise. Le Conseil d'État estime qu'il y aura lieu de veiller à la cohérence des dispositions lors de la réforme de la loi sur la nationalité.

Si le projet de loi s'inspire des articles 60 à 61-4 du Code civil français, il donne cependant compétence non pas aux juridictions civiles, mais au ministre de la Justice pour statuer sur les demandes de changements de nom et de prénoms. Le Conseil d'État marque son accord à l'introduction de cette nouvelle procédure qui vise en outre à délester son rôle de tout dossier en relation avec des actes administratifs individuels.

#### *Article V*

L'article V vise à modifier l'article 70, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 en supprimant le terme „naturels“. Le Conseil d'État reconnaît que l'adaptation du libellé de cette disposition s'impose au vu de l'objectif de la future loi de parfaire l'égalité de tous les enfants qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage ou adoptés.

#### *Article VI, point A)*

Une adaptation de la terminologie dans toutes les dispositions légales en vigueur au moment où la future loi prendra effet est prévue par l'article sous avis. Ainsi, l'expression „enfant légitime“ sera remplacée par celle de „enfant né dans le mariage“, l'expression „enfant légitimé“ par celle de „enfant né dans le mariage“ et l'expression „enfant naturel“ par celle de „enfant né hors mariage“.

Les articles 5 et 6 de la proposition de loi énumèrent un certain nombre de lois qu'il y a lieu à modifier afin d'éliminer toute discrimination entre les enfants nés dans le mariage ou hors mariage ou adoptés.

Le Conseil d'État considère qu'un toilettage des textes consistant uniquement dans le remplacement de la terminologie, ne suffira pas à éliminer les différences de traitement découlant des conditions de naissance d'un enfant. À l'instar de ce qui est prévu à l'article V à l'égard de la loi communale, il faudra impérativement examiner si d'autres textes légaux ne renferment pas de dispositions discriminatoires et de ce fait devraient être revus de manière à supprimer les termes „légitimes, naturels, légitimés ou adoptifs“ pour ne plus se référer qu'à la seule notion d'„enfant“.

#### *Article VI, point B)*

Le Conseil d'État propose d'omettre les dispositions prévues au point 2) en ce qu'elles sont superflues. En effet, la première partie de la phrase de cette disposition, suivant laquelle la chose jugée sous

<sup>65</sup> <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rapports/r2405.asp>

l'empire de la loi ancienne ne peut être remise en cause par la loi nouvelle, énonce une évidence, tandis que la partie de la phrase qui suit constitue une répétition du principe posé au point 1).

Les dispositions prévues au point B) ne soulèvent pas d'autre observation.

*Article VII*

Sans observation.

\*

**OBSERVATIONS D'ORDRE LÉGISLATIF**

*Article 1<sup>er</sup>*

*Point 1)*

Le Chapitre II, section 1<sup>ère</sup>, qu'il est proposé d'insérer dans le Livre I<sup>er</sup>, Titre VII, du Code civil est subdivisé en deux paragraphes dont le Conseil d'État propose l'omission, en ce que les paragraphes ne peuvent jamais constituer que des subdivisions d'un article. Le regroupement d'articles en paragraphes est ainsi exclu.

*Articles 317*

À l'alinéa 2, le Conseil d'État propose d'insérer les termes „et en cas de demande“ à la suite des termes „en cas de demande de divorce“. La première phrase de cet alinéa se lirait ainsi comme suit:

„Elle est encore écartée, en cas de demande de divorce et en cas de demande en séparation de corps (...“

*Article VII*

Cet article est dénommé „dispositions diverses et transitoires“. Le Conseil d'État donne à considérer que les dispositions transitoires sont à regrouper dans un article à part. Il suggère dès lors la scission de l'article VII en deux articles VII et VIII, dont le premier aurait le contenu du point A et le deuxième comprendrait les dispositions transitoires du point B. Comme le groupement de dispositions dans un article fourre-tout portant la dénomination „dispositions diverses“ est à éviter pour des raisons législatives et que les autres articles du projet de loi sont d'ailleurs dépourvus d'intitulés, le Conseil propose l'omission des intitulés concernant les articles VII et VIII.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 10 décembre 2015.

*Le Secrétaire général,*

Marc BESCH

*La Présidente,*

Viviane ECKER