

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Gestation pour autrui, filiation et droit international privé

Mathieu, Geraldine; Mary, Julie

Published in:

Revue trimestrielle de Droit familial

Publication date:

2021

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Mathieu, G & Mary, J 2021, 'Gestation pour autrui, filiation et droit international privé: vers une reconnaissance automatique de l'acte de naissance étranger ? Note sous Trib. fam. Liège, div. Liège (10e ch.), 20 novembre 2020', *Revue trimestrielle de Droit familial*, numéro 1, pp. 189-214.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

— le jugement (n° 20STPT00918) prononcé le 27 avril 2020 par la Cour supérieure de Californie, comté de Los Angeles qui établit notamment le lien de filiation paternelle de J. K. à l'égard de l'enfant «B. K. R.» à naître «aux environs du (...)2020» et qui attribue à l'enfant le nom de famille «K. R.».

Autorise la transcription de l'acte de naissance dressé sur base de cette décision au nom de l'enfant A. K. R., né le (...), à Norman aux États-Unis.

Dit qu'il sera procédé aux formalités prescrites par l'article 333 du Code civil.

Condamne les parties :

R. B.,

K. J.

à payer le droit de greffe en application de l'article 269 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, soit la somme de 165 EUR, à raison de 82,50 EUR chacune.

Note

Gestation pour autrui, filiation et droit international privé : vers une reconnaissance automatique de l'acte de naissance étranger ?

Introduction

1. À l'heure actuelle, il n'existe toujours pas, en Belgique, de législation régissant le recours à la gestation pour autrui (ci-après «GPA»), que ce soit au niveau des règles matérielles ou des règles de droit international privé⁽¹⁾. Les couples, ou les personnes seules, se rendant à l'étranger pour bénéficier des services d'une mère porteuse, de retour en Belgique, sont dès lors soumis aux règles de droit commun. Au fil du temps, les tribunaux et cours du Royaume ont développé des principes relatifs à l'accueil, soit à la reconnaissance, des liens de filiation constatés dans les jugements et actes authentiques étrangers.

Dans ce contexte, les cours d'appel de Liège⁽²⁾ et de Mons⁽³⁾, ayant rendu les deux arrêts faisant l'objet de la présente note, se sont prononcées en faveur de la reconnaissance automatique d'actes de naissance d'enfants nés à l'étranger des suites du recours aux services d'une mère porteuse et ce, sans imposer le passage par une procédure d'adoption dans le chef de la mère d'intention.

⁽¹⁾ Si de nombreuses propositions de lois ont été déposées, aucune n'a à ce jour abouti. Ainsi, «l'État belge persiste à s'abstenir, depuis de nombreuses années, de légiférer sur cette question pourtant de société et d'actualité et à laisser le soin aux tribunaux de trouver des solutions au cas par cas» (Trib. fam. Bruxelles (ch. réf.), 2 février 2018, *Act. dr. fam.*, 2019/4-5, p. 165). Dans le même sens, voy. Bruxelles (3^e ch.), 31 juillet 2013, *R.D.E.*, 2014, n° 179, p. 477; *Revue@dipr.be*, 2013/4, p. 49; *T. Vreemd.*, 2014/1, p. 126; *cette Revue*, 2014/3, p. 530, note J. SOSSON et J. MARY.

⁽²⁾ Liège (1^{re} ch. civ.), 30 juillet 2020, *cette Revue*, p. 138 et *J.L.M.B.*, 2021/10, p. 437.

⁽³⁾ Mons (34^e ch.), 2 novembre 2020, *cette Revue*, p. 153.

2. Au départ de ces deux décisions, la présente note entend faire le point sur la question de l'accueil en Belgique des liens de filiation établis à l'étranger suite au recours à une GPA. Nous nous limiterons à la situation ayant donné lieu aux deux arrêts commentés, soit celle des couples hétérosexuels dont les deux membres sont de nationalité belge et qui sollicitent auprès des juridictions la reconnaissance de l'acte de naissance étranger établissant les liens de filiation paternelle et maternelle de l'enfant⁽⁴⁾.

Après un point liminaire destiné à retracer brièvement les faits ayant donné lieu aux décisions commentées, la première partie de la présente note sera consacrée à l'analyse de ces décisions sous l'angle des règles applicables à la reconnaissance des effets d'un acte de naissance établi à l'étranger. En l'absence de législation régissant le recours à une GPA, nous nous référerons aux règles générales de droit international privé ainsi qu'à la jurisprudence de nos cours et tribunaux contraints de trouver des solutions au cas par cas. Nous mettrons à cette occasion en lumière les enseignements et les clarifications apportés par les arrêts commentés. Dans une seconde partie, après avoir rappelé la position de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après, « Cour eur. D.H. ») concernant le rattachement de l'enfant à ses parents d'intention, nous examinerons la manière dont les deux cours d'appel ont décliné, dans leurs arrêts respectifs, ces exigences européennes au regard du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

À titre liminaire : exposé des faits à l'origine des deux arrêts commentés

3. Les faits à l'origine des arrêts prononcés par les deux cours d'appel sont relativement similaires et peuvent être résumés comme suit.

Un couple hétérosexuel, dont les deux membres sont de nationalité belge, décide de procéder à une GPA, en Ukraine dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt

⁽⁴⁾ Nous n'aborderons donc pas la reconnaissance d'un jugement étranger qui établirait les liens de filiation paternelle et maternelle ni la situation des couples de personnes de même sexe (que ce soit dans le cadre de la reconnaissance d'un acte authentique étranger ou d'un jugement établissant la filiation). Nous ne détaillerons pas non plus la question des demandes de laissez-passer et de visas afin de pouvoir voyager avec l'enfant, ni celle de l'adoption de l'enfant dans l'hypothèse d'une reconnaissance partielle de l'acte ou du jugement étranger (par exemple, à l'égard du seul père biologique) ou de l'absence de reconnaissance de cet acte ou de ce jugement. À propos de la problématique de la délivrance de documents de voyage, voy. J. SOSSON et J. MARY, « Gestation pour autrui à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique? », *cette Revue*, 2014/3, pp. 552-571, spéc. pp. 564-569; Bruxelles (3^e ch.), 31 juillet 2013, *R.D.E.*, 2014, n^o 179, p. 477; *Revue@dipr.be*, 2013/4, p. 49; *T. Vreemd.*, 2014/1, p. 126; *cette Revue*, 2014/3, p. 530, note J. SOSSON et J. MARY et Trib. fam. Bruxelles (ch. réf.), 2 février 2018, *Act. dr. fam.*, 2019/4-5, p. 163. Quant à la question de l'adoption dans l'hypothèse d'une reconnaissance partielle de l'acte ou du jugement étranger, voy. not. Trib. jeun. Anvers (7^e ch.), 22 avril 2010, *T. Fam.*, 2012, liv. 2, p. 43, note L. PLUYM (GPA réalisée en Ukraine, demande d'adoption par la mère d'intention); Trib. fam. Bruxelles (53^e ch.), 29 juin 2015, *Revue@dipr.be*, 2016/4, p. 132 (GPA réalisée en Ukraine, demande d'adoption par l'époux du père d'intention biologique); Trib. fam. Hainaut, div. Tournai (23^e ch.), 25 janvier 2016, *J.L.M.B.*, 2017/9, p. 423 (GPA réalisée en Californie, demande d'adoption par l'époux du père d'intention biologique).

de la cour d'appel de Liège, le couple étant établi en Belgique, en Géorgie dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Mons, le couple vivant à Dubaï. Dans les deux affaires, le couple conclut une convention prévoyant que l'ovocyte d'une donneuse anonyme sera fécondé par les gamètes du père d'intention et que l'embryon issu de cette fécondation sera implanté dans l'utérus d'une mère porteuse. Dans les deux cas, la mère porteuse est rémunérée pour sa « prestation ».

4. Dans la première affaire, le couple d'intention, de retour en Belgique avec l'enfant après une procédure ayant abouti à la condamnation de l'État belge à délivrer un laissez-passer ou tout autre document administratif approprié au nom de l'enfant, dépose une requête devant le tribunal de la famille de Bruxelles afin que l'acte de naissance ukrainien, en ce qu'il établit les liens de filiation paternelle et maternelle de l'enfant, soit reconnu et transcrit dans les registres de l'état civil belge⁽⁵⁾. Le premier juge leur donne gain de cause. Suite à cette décision, le ministère public, intervenu volontairement à la cause, interjette appel en vue d'entendre déclarer que l'acte de naissance ukrainien ne peut être reconnu qu'en ce qu'il établit la filiation paternelle à l'égard du père d'intention.

5. Dans la seconde affaire, le couple saisit le tribunal de la famille du Hainaut afin que l'acte de naissance géorgien puisse être reconnu et transcrit dans les registres de l'état civil belge. Les parties ont pu faire l'impasse d'une procédure en référés devant les juridictions belges afin d'obtenir les documents leur permettant de voyager avec l'enfant. Elles ont en effet obtenu sur place la nationalité géorgienne pour l'enfant – lequel était apatride du fait du refus des autorités belges de lui octroyer la nationalité belge – et ensuite un passeport⁽⁶⁾, ce qui leur a permis de retourner à Dubaï avec l'enfant. Le premier juge ordonne la reconnaissance et la transcription de l'acte de naissance. Cette décision est contestée en appel par le ministère public qui demande à ce que l'acte de naissance ne reçoive aucun effet en Belgique, en ce compris concernant la filiation paternelle à l'égard du père d'intention (également père biologique de l'enfant).

6. Les cadres factuels étant posés, il convient d'analyser les arrêts commentés au regard des règles régissant la reconnaissance des actes de naissance étrangers⁽⁷⁾,

⁽⁵⁾ *In fine*, la cause est renvoyée devant le tribunal de la famille de Liège dès lors que l'officier de l'état civil de la ville de Liège a finalement transcrit l'acte de naissance postérieurement à l'introduction de la demande devant la juridiction bruxelloise.

⁽⁶⁾ Cela n'est évidemment pas possible dans tous les États ouvrant le recours à la GPA aux ressortissants étrangers. À titre d'exemple, l'enfant né en Ukraine (comme dans l'affaire soumise à la juridiction d'appel de Liège) de parents d'intention étrangers ne disposera pas de la nationalité ukrainienne, quand bien même la mère porteuse serait ukrainienne, puisque seuls les parents d'intention sont considérés comme les parents légaux de l'enfant. À l'inverse, aux États-Unis, le droit du sol ayant cours, l'enfant naissant sur le territoire américain bénéficiera de la nationalité américaine et donc d'un passeport pour voyager et ce, même si les parents d'intention (reconnus comme parents légaux) sont étrangers.

⁽⁷⁾ Lorsqu'une juridiction étrangère intervient dans le processus, *quod non*, et que la filiation est établie à la fois dans un jugement et dans un acte authentique, il convient de se demander si l'objet de la reconnaissance est le jugement ou l'acte de naissance. Pour ce faire, les juridictions belges ont dégagé le principe suivant: si le juge belge constate que le juge étranger a donné toutes les instructions nécessaires pour dresser l'acte de naissance, ce dernier est alors considéré comme étant une simple émanation administrative du jugement

d'une part (I), des exigences européennes⁽⁸⁾ concernant le rattachement de l'enfant à ses parents d'intention et de l'intérêt supérieur de l'enfant, d'autre part (II).

I. La reconnaissance des actes de naissance étrangers au regard des règles de droit international privé

7. En l'absence de dispositions spécifiques régissant la GPA en Belgique, ce sont les règles générales en matière de reconnaissance d'un acte authentique étranger qui s'appliquent⁽⁹⁾.

Il convient à cet égard de procéder à la distinction entre le *negotium* et l'*instrumentum* de l'acte authentique, soit entre le rapport de droit et le contenant, ces deux éléments devant être analysés au regard respectivement des articles 27 et 28 du Code de droit international privé (ci-après « Codip »)⁽¹⁰⁾.

8. Le contrôle de l'*instrumentum* de l'acte authentique revient à analyser sa force probante, tant extrinsèque (soit son authenticité) qu'intrinsèque. La force probante extrinsèque est régie par l'article 27, § 1^{er}, alinéa 2, du Codip, lequel prévoit l'application du droit de l'État ayant établi l'acte. Quant à la force probante intrinsèque, l'article 28 du Codip dispose que l'acte authentique fait foi en Belgique des faits constatés par l'autorité étrangère s'il répond aux formalités prescrites par le droit de l'État dans lequel il a été établi et pour autant que ces constatations ne produisent pas un effet manifestement incompatible avec l'ordre public. À titre d'exemples, les mentions telles que la date et l'heure de l'accouchement ainsi que le lieu de naissance mais aussi l'absence de mention du nom de la mère porteuse⁽¹¹⁾ relèvent des formalités régies par l'article 28 du Codip⁽¹²⁾.

qui se prononce sur le lien de filiation à créer. C'est donc le jugement qui fera l'objet de la reconnaissance. En ce sens, voy. not. Civ. Liège (3^e ch.), 15 mars 2013, *cette Revue*, 2013/3, p. 714, note C. HENRICOT; *Act. dr. fam.*, 2013/5, p. 93; *Rev. not. b.*, 2014, n° 3082, p. 160; Gand (11^e ter ch.), 20 avril 2017, *Revue@dipr.be*, 2017/3, p. 71 et Bruxelles (43^e ch.), 10 août 2018, *Act. dr. fam.*, 2019/4-5, p. 159, note N. GALLUS; *R.D.E.*, 2018, n° 200, p. 562; *Revue@dipr.be*, 2018/4, p. 15, note P. WAUTELET; *T. Vreemd.*, 2019/2, p. 166, note X.

⁽⁸⁾ Dans le cadre de cette contribution, nous n'aborderons pas l'incidence éventuelle du droit de l'Union européenne en lien avec le principe de liberté de circulation des personnes.

⁽⁹⁾ Soit, en l'absence d'instrument international en la matière qui primerait les règles de droit international privé d'origine nationale, les dispositions de la section 6 du chapitre II du Codip.

⁽¹⁰⁾ J. SOSSON et J. MARY, «Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger: l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique», *op. cit.*, p. 553.

⁽¹¹⁾ À cet égard, voy. C. HENRICOT, «Contrat de gestation pour autrui: incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des 'actes de naissance'», *cette Revue*, 2011/3, pp. 700-704, spéc. p. 703. Pour cette auteure, les articles 57 (actuel article 44) et 312 de l'ancien Code civil relèvent de la force probante attachée aux actes authentiques et sont donc soumis à l'article 28 du Codip. En ce sens: Trib. fam. Namur, div. Namur (2^e ch.), 28 février 2018, *cette Revue*, 2018/3, p. 609, note J.M.; *J.T.*, 2018, n° 6744, p. 731, note P. WAUTELET; *R.D.E.*, 2018, liv. 197, p. 164.

⁽¹²⁾ Ces formalités doivent être distinguées des modes de preuve de la filiation, soumis à la loi désignée par la règle de conflit de lois en matière de filiation, soit par l'article 62 du Codip.

9. Quant à la reconnaissance du rapport de droit contenu dans l'acte de naissance étranger (soit, en l'espèce, le lien de filiation), l'article 27, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Codip dispose qu': « Un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 et 21. [...] ». Trois étapes sont donc nécessaires: le détour par le droit applicable⁽¹³⁾, l'examen d'une éventuelle fraude à la loi⁽¹⁴⁾ et celui de l'éventuelle application de l'exception d'ordre public international⁽¹⁵⁾.

10. Nous analysons ci-après le raisonnement des deux juridictions quant à la réception de l'acte de naissance étranger au niveau du contrôle de l'*instrumentum* (A), du *negotium* (B), et des mécanismes susceptibles de faire obstacle à la reconnaissance des effets de l'acte en question (C)⁽¹⁶⁾.

A. Force probante de l'acte de naissance étranger

11. Avant de procéder à l'analyse du rapport de droit consacré dans l'acte authentique étranger, les juridictions d'appel doivent vérifier la force probante de cet acte.

12. De manière extrêmement détaillée, la cour d'appel de Mons procède ainsi au contrôle de l'*instrumentum* de l'acte de naissance géorgien et prend soin de distinguer la force probante extrinsèque (soit, pour rappel, l'authenticité) de la force probante intrinsèque de l'acte.

En vertu de l'article 27, § 1^{er}, alinéa 2, du Codip, l'authenticité de l'acte s'apprécie au regard de la loi de l'État l'ayant établi, soit ici de la loi géorgienne. Cette authenticité est en l'espèce admise par la cour d'appel de Mons suite à la production de l'acte de naissance dressé dans les formes prévues par la Convention

⁽¹³⁾ Ce détour n'est pas requis dans le cadre de la reconnaissance d'un lien de filiation qui serait établi dans un jugement étranger, une telle reconnaissance étant donc simplifiée par rapport à celle d'un lien de filiation établi dans un acte authentique. L'article 22, § 1^{er}, du Codip prévoit en effet qu'« [...] Une décision judiciaire étrangère est reconnue en Belgique, en tout ou en partie, sans qu'il faille recourir à la procédure visée à l'article 23. [...] » et qu'elle ne peut être révisée au fond (art. 25, § 2).

⁽¹⁴⁾ Dans le cadre de la reconnaissance d'un jugement étranger, l'article 25, § 1^{er}, 3^o, du Codip prévoit de la même manière qu'une décision étrangère obtenue en fraude à la loi ne sera pas reconnue. Cet article dispose qu'« Une décision judiciaire étrangère n'est ni reconnue ni déclarée exécutoire si: [...] 3^o la décision a été obtenue, en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi; [...] ».

⁽¹⁵⁾ Cette incompatibilité avec l'ordre public international belge peut également être invoquée afin de s'opposer à la reconnaissance d'une décision étrangère en vertu de l'article 25 du Codip.

⁽¹⁶⁾ À titre préalable, les juridictions doivent évidemment vérifier si elles disposent de la compétence internationale pour connaître de la demande de reconnaissance de l'acte authentique étranger. Dans les deux affaires ayant donné lieu aux arrêts commentés, la compétence n'a pas été contestée et est valablement fondée sur la base de l'article 23 du Codip, auquel l'article 27, § 1^{er}, al. 4, du même code renvoie. Nous ne reviendrons donc pas sur ce point dans la suite de la présente note.

de La Haye du 5 octobre 1961⁽¹⁷⁾. S'il est évidemment possible pour l'État requis d'ajouter l'exigence d'une authentification par ses autorités (par la procédure de légalisation)⁽¹⁸⁾ – ce qu'a fait le législateur belge à l'article 30 du Codip – cette légalisation ne peut être exigée lorsqu'un instrument international prévoit une dispense⁽¹⁹⁾. Comme le rappelle la cour, la Géorgie ayant ratifié la Convention de La Haye de 1961, l'apposition de l'apostille sur l'acte étranger suffit.

Quant à la force probante intrinsèque de l'acte – soit l'analyse des constatations de fait ou des mentions relatives à la naissance – elle s'apprécie, en vertu de l'article 28 du Codip, au regard du droit de l'État dans lequel l'acte a été établi, soit ici également en application du droit géorgien. La cour d'appel de Mons relève à cet égard qu'en vertu de la loi géorgienne, la mère porteuse peut renoncer à tout droit sur l'enfant et le nom de la mère d'intention peut figurer directement dans l'acte de naissance. Elle en conclut que l'acte de naissance est conforme au droit géorgien. La cour procède ensuite au contrôle touchant à l'ordre public international⁽²⁰⁾ et décide que «la Cour de cassation [Cass., 29 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 121] ayant admis [...] que l'omission dans l'acte de naissance du nom de la mère qui a accouché ne pouvait être sanctionnée au regard de l'ordre public international, il y a lieu d'admettre en l'espèce que l'absence du nom de la mère porteuse géorgienne (ou celui de la donneuse) ne produit pas un effet manifestement incompatible avec l'ordre public international».

13. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel de Liège, l'authenticité de l'acte de naissance établi en Ukraine n'est pas contestée par le ministère public, ce qui n'empêche toutefois pas la cour de vérifier que cet acte répond aux conditions requises pour valider son authenticité (en se référant à l'article 27, § 1^{er}, alinéa 2, du Codip). Elle observe que «l'authenticité d'un acte public consiste uniquement à savoir si cet instrument émane de la personne ou de l'autorité dont il porte la signature et à laquelle on l'attribue». Cette affirmation est correcte et conforme à l'article 2 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, libellé en ces termes: «La légalisation au sens de la présente Convention ne recouvre que la formalité par laquelle les agents diplomatiques ou consulaires du pays sur le territoire duquel l'acte doit être produit attestent la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu». Cette convention trouve à s'appliquer du fait de sa ratification par l'Ukraine. La Cour conclut dès lors à l'authenticité de l'acte ukrainien, établi dans les formes prévues par la Convention précitée.

À première lecture, il pourrait sembler que la cour d'appel de Liège ne procède qu'à la vérification de la force probante extrinsèque de l'acte public, soit de

⁽¹⁷⁾ Convention de La Haye du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, en vigueur en Belgique depuis le 9 février 1976.

⁽¹⁸⁾ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, 3^e éd., p. 428, point 10.11.

⁽¹⁹⁾ *Ibid.*, p. 458, point 10.47.

⁽²⁰⁾ Et non à l'ordre public interne comme le soulevait le ministère public, dès lors que le droit belge ne trouve pas à s'appliquer à la question relative à l'exigence des mentions que doit contenir l'acte de naissance.

sa seule authenticité et ce, au regard des prescrits de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 et du droit ukrainien. Avant de se prononcer quant au rapport de droit mentionné dans l'acte de naissance ukrainien, la Cour se limite en effet à indiquer «qu'il y a lieu d'admettre l'authenticité de l'acte de naissance de l'enfant [...]». La Cour se réfère toutefois à l'article 123.2 du Code de la famille ukrainien⁽²¹⁾, ce qui permet de conclure que, sans l'indiquer comme tel, elle s'est également penchée sur l'analyse des mentions contenues dans l'acte de naissance. Il est cependant étonnant de constater que la Cour revient subséquemment, après avoir vérifié le rapport de droit contenu dans l'acte de naissance, sur l'analyse spécifique de la force probante intrinsèque de l'acte de naissance, cette fois en l'indiquant expressément. Sans se référer à l'article 123 du Code de la famille ukrainien, elle observe que l'exigence de la mention du nom de la mère d'intention dans l'acte de naissance relève à juste titre du droit ukrainien. L'acte de naissance est donc, en l'espèce, conforme aux prescrits de ce droit. Tout comme la cour d'appel de Mons, elle examine ensuite si la disposition de droit ukrainien contrevient ou non à l'ordre public international belge. Elle arrive à la même conclusion, à savoir que l'acte de naissance ukrainien, en ne mentionnant pas le nom de la mère porteuse, ne contrevient pas à l'ordre public international. Cette analyse de la force probante intrinsèque de l'acte aurait dû, selon nous, s'effectuer préalablement à l'analyse du rapport de droit contenu dans l'acte public. En procédant de la sorte, le risque existe qu'une assimilation soit faite entre l'analyse de la force probante de l'acte public dans son volet intrinsèque (soit des diverses mentions qu'il contient) et la validité quant au fond des liens de filiation qu'il consacre. Aux termes de son raisonnement, la Cour ne semble toutefois pas avoir fait cet amalgame⁽²²⁾ – et s'en être tenue à la seule analyse des mentions contenues dans l'acte de naissance – dès lors qu'elle souligne que «Le raisonnement tenu pour l'absence d'identification du nom de la mère porteuse peut être appliqué, par analogie, pour la mention du

⁽²¹⁾ Aux termes de cette disposition, le nom de la mère porteuse n'est pas mentionné dans l'acte de naissance et cette dernière ne dispose d'aucun droit ni d'aucune obligation envers l'enfant. Pour plus de détails, voy. not. Sh. N. KIRSHNER, «Selling A Miracle? Surrogacy Through International Borders: Exploration of Ukrainian Surrogacy», *Journal of International Business & Law*, 2015, n° 15, pp. 77-97.

⁽²²⁾ Contrairement à ce qui ressort de certaines décisions. Voy. à cet égard Liège (1^{er} ch.), 6 septembre 2010, *cette Revue*, 2010/4, pp. 1125 et 1134, note C. HENRICOT, S. SAROLEA, J. SOSSON; *Act. dr. fam.*, 2011/8, p. 159; *J.T.*, 2010, liv. 6412, pp. 634 et 1134, note; *J.L.M.B.*, 2011/2, p. 52, note P. WAUTELET; *R.D.E.*, liv. 159, p. 407; *T.J.K.*, 2011/2, p. 149; *T. Vreemd.*, 2011/2, p. 117, note K. VANVOORDEN (la Cour n'analyse pas l'incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse dans l'acte de naissance). Voy. également, Civ. Nivelles (ch. cons.), 6 avril 2011, *cette Revue*, 2011/3, p. 695; *Act. dr. fam.*, 2011/8, p. 162, note N. GALLUS; *R.D.E.*, 2011, liv. 164, p. 459 (le tribunal ne vérifie que l'authenticité de l'acte public et ne s'interroge pas quant au droit applicable à l'absence de mention du nom de la mère porteuse dans l'acte, qu'il soumet au droit belge et à l'ordre public interne belge). *Contra*: Trib. fam. Namur, div. Namur (2^e ch.), 28 février 2018, *cette Revue*, 2018/3, p. 609, note J.M.; *J.T.*, 2018, n° 6744, p. 731, note P. WAUTELET; *R.D.E.*, 2018, liv. 197, p. 164 (le tribunal soumet l'absence de mention du nom de la mère porteuse au droit de l'État d'origine qu'il contrôle ensuite au regard de l'ordre public international).

nom de la mère d'intention de sorte que la cour ne constate pas, à cet égard, d'effet manifestement incompatible avec l'ordre public international belge».

14. De son côté, la cour d'appel de Mons a bien rappelé l'importance de distinguer «la question du droit applicable à l'effet juridique découlant de l'acte de naissance, soit en l'espèce la validité du lien de filiation, laquelle relève de l'article 27, § 1^{er}, alinéa 1 du Codip [...] [et] la question du droit applicable à l'exigence des mentions que doit contenir l'acte de naissance en tant qu'acte public, laquelle relève davantage de la force probante (article 28 du Codip)», évitant ainsi toute confusion entre les divers éléments à analyser.

15. *In fine*, le raisonnement et la décision des deux cours se rejoignent quant à l'accueil de l'acte de naissance étranger au niveau de sa force probante. Cette approche appelle l'approbation.

B. Détour par le droit désigné comme applicable par le Codip en vue d'analyser les liens de filiation établis dans l'acte étranger

16. Une fois admise la force probante de l'acte public, le rapport de droit que ce dernier contient est reconnu s'il répond aux conditions de fond prévues à l'article 27 du Codip. Pour rappel, cette disposition implique de faire un détour par le droit désigné comme applicable en vertu du même code. En matière de filiation, l'article 62 du Codip prévoit l'application du droit de la nationalité de la personne à l'égard de laquelle on cherche à établir ou à contester le lien de filiation⁽²³⁾, soit, dans les affaires soumises aux cours d'appel de Liège et de Mons, le droit belge, les parents d'intention étant tous de nationalité belge. Ce «test conflictuel» s'applique également à la situation de la mère porteuse et donc à l'analyse de l'absence de lien de filiation à son égard. Il convient donc d'appliquer la loi de l'État de sa nationalité, soit le droit ukrainien dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Liège et le droit géorgien dans celle soumise à la cour d'appel de Mons. Après avoir effectué ce détour, la reconnaissance des liens de filiation à l'égard des ressortissants belges devra être confrontée au respect de l'ordre public interne.

1. Test conflictuel

17. Tant la cour d'appel de Mons que celle de Liège effectuent le détour requis par le droit applicable dans le but de vérifier la validité des liens de filiation contenus dans les actes de naissance étrangers. La première indique que «concernant l'étendue du test conflictuel, [...] il ne s'impose pas que l'acte de naissance étranger soit une “copie fidèle de l'acte qui aurait été dressé sur la base du Code de droit international privé”, [...]. En effet, le recours à la gestation pour autrui n'étant pas réglementé en Belgique, il est tout simplement impossible de répliquer, à l'iden-

⁽²³⁾ On ajoutera que l'article 63 du Codip précise, au niveau du domaine du droit applicable à la filiation, que ce droit détermine notamment :

- « 1° qui est admis à rechercher ou à contester un lien de filiation ;
- 2° la charge et l'objet de la preuve du lien de filiation, ainsi que la détermination des modes de preuve ;
- 3° les conditions et les effets de la possession d'état ;
- 4° les délais d'intentement de l'action ».

tique selon le droit belge, l'acte de naissance obtenu en Géorgie. Cette circonstance justifie d'examiner le résultat et non les moyens mobilisés pour y parvenir, lesquels seront par hypothèse différents. En d'autres termes, il convient de vérifier si les liens de filiation découlant de l'acte de naissance géorgien auraient pu être établis de manière similaire en application du droit belge». La cour d'appel de Liège indique également qu'il convient de vérifier si les filiations paternelle et maternelle telles qu'établies «par l'acte ukrainien [auraient] pu l'être de façon similaire en Belgique, conformément au droit belge, dispositions d'ordre public comprises».

En raisonnant de la sorte, les cours optent pour une lecture souple du test conflictuel, voulant qu'un acte étranger – dressé selon un droit autre que celui désigné par la règle belge de conflit de lois – puisse être reconnu alors même qu'il ne respecte pas en tous points les conditions prévues par le droit désigné par la règle de conflit belge⁽²⁴⁾. Dans un jugement du 28 février 2018, le tribunal de la famille de Namur a en ce sens rappelé qu'il convient de vérifier, conformément à l'article 27 du Codip, «si [la filiation maternelle] telle qu'établie par l'acte étranger aurait pu l'être de façon similaire (soit non rigoureusement identique, la nuance étant importante et parfois oubliée) en Belgique, conformément au droit belge, dispositions d'ordre public interne comprises»⁽²⁵⁾. Ainsi, «s'interrogeant sur l'exigence d'identité, [il] a [...] souligné qu'il pouvait se contenter du constat que l'acte aurait pu être établi “de façon similaire” en Belgique, sans qu'une identité rigoureuse soit requise»⁽²⁶⁾. Cette juridiction a alors procédé à une distinction entre les moyens utilisés – en les comparant avec ceux qui auraient pu être utilisés au regard du droit désigné comme applicable par le Codip – et le résultat obtenu, seul ce dernier étant décisif⁽²⁷⁾. On relèvera que si l'étendue du contrôle à effectuer dans le cadre du test conflictuel n'est pas encore établie avec certitude, l'approche adoptée par les deux cours ainsi que par le tribunal de la famille de Namur, qui revient à examiner l'équivalence des droits en présence, est actuellement suivie par la plupart des juridictions soumises à ce genre de situations⁽²⁸⁾.

⁽²⁴⁾ Sur cette lecture du test conflictuel, voy. P. WAUTELET, «Observations – Autour et alentour de la gestation pour autrui, laboratoire du droit international privé», *J.T.*, 2018, pp. 738-741, spéc. p. 740.

⁽²⁵⁾ Trib. fam. Namur, div. Namur (2^e ch.), 28 février 2018, *cette Revue*, 2018/3, p. 609, note J.M.; *J.T.*, 2018, n° 6744, p. 731, note P. WAUTELET; *R.D.E.*, 2018, liv. 197, p. 164.

⁽²⁶⁾ P. WAUTELET, «Observations – Autour et alentour de la gestation pour autrui, laboratoire du droit international privé», *op. cit.*, p. 741.

⁽²⁷⁾ *Ibid.* L'auteur indique que cette approche «créative», qui permet d'introduire une certaine flexibilité dans le test conflictuel, peut s'expliquer par la nature même de l'institution juridique qu'est la GPA. Pour lui, «Une approche stricte du test conflictuel, qui exigerait que l'acte étranger reproduise tant les moyens que le résultat prévu par le droit désigné par la règle belge de conflit de lois, conduirait à refuser tout effet à l'acte». Il ajoute par contre que cette distinction «entre moyens et résultat, [...], n'est pas nécessaire si l'acte étranger est le véhicule juridique non pas d'une institution exorbitante, mais d'une institution classique».

⁽²⁸⁾ P. WAUTELET, «Observations – Autour et alentour de la gestation pour autrui, laboratoire du droit international privé», *op. cit.*, p. 741. L'auteur relève que «Dans la plupart des décisions en effet, les tribunaux ont analysé s'il aurait été possible aux personnes intéressées de faire établir leur paternité ou maternité en vertu du droit belge. Et les tribunaux n'ont pas hésité, dans leur travail de reconstruction virtuelle de l'acte étranger, à substituer aux moyens

18. Les deux cours se penchent ensuite sur l'analyse de la validité des liens de filiation en prenant soin de distinguer les branches paternelle et maternelle.

19. Au niveau de la filiation paternelle, les deux cours vérifient si la loi belge – loi de l'État de la nationalité des pères d'intention – aurait permis de consacrer un lien de filiation de manière similaire. Raisonnant de manière quasi identique, elles font application des règles de droit commun, eu égard à l'absence de réglementation spécifique en la matière. Elles observent à cet égard que l'article 329*bis* de l'ancien Code civil belge aurait permis l'établissement de la paternité du père biologique par une reconnaissance⁽²⁹⁾ et ne s'opposent dès lors pas à l'accueil du lien de filiation paternelle pour motif de fraude à la loi ou de contrariété à l'ordre public⁽³⁰⁾. Cette position rejoint la jurisprudence bien établie qui considère qu'en se référant à l'article 329*bis* de l'ancien Code civil, le père biologique aurait pu reconnaître l'enfant de sorte que le lien de filiation, que ce soit dans le cadre d'un couple hétérosexuel ou homosexuel, peut être reconnu automatiquement, sans qu'il soit nécessaire de passer par une procédure d'adoption⁽³¹⁾.

20. Au niveau de la filiation maternelle, avant de se pencher sur la validité de l'établissement du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention, les deux cours doivent vérifier que la mère porteuse peut valablement être privée de tout lien avec

employés pour obtenir l'acte étranger, les moyens qui auraient pu être employés en vertu du droit applicable selon la règle belge de conflit de lois».

⁽²⁹⁾ À cet égard, on relèvera que l'article 319 de l'ancien Code civil autorise la reconnaissance de paternité aux conditions prévues par l'article 329*bis* du même code, à savoir, dans le cas d'espèce, avec le consentement de la mère porteuse. Toutefois, à défaut de consentement de la mère porteuse, le candidat à la reconnaissance dispose d'un recours devant le tribunal de la famille. Le tribunal rejettera la demande s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père biologique ou s'il estime que la reconnaissance serait contraire à l'intérêt de l'enfant (art. 329*bis*, § 2, al. 4, de l'ancien Code civil). Dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Mons, il est précisé que la mère porteuse n'était pas mariée et qu'elle a consenti à l'établissement de la filiation paternelle du père d'intention par l'intermédiaire de la convention de GPA signée par les parties.

⁽³⁰⁾ Dans l'affaire soumise à la cour d'appel de Liège, le ministère public ne s'opposait pas à la reconnaissance de l'acte de naissance étranger établissant la filiation paternelle de l'enfant. Dans la seconde affaire commentée, il ne contestait pas la possibilité pour le père biologique de reconnaître l'enfant mais n'en tirait pas toutes les conséquences, empêchant dès lors, à suivre son raisonnement, tout établissement d'un lien de filiation paternelle à l'égard de ce dernier.

⁽³¹⁾ En ce sens, voy. par exemple, Civ. Anvers, 19 décembre 2008, *Revue@dipr.be*, 2010/4, p. 140, note J. VERHELLEN; Civ. Bruxelles (7^e ch.), 15 février 2011, *Revue@dipr.be*, 2011/1, p. 125; *T. Vreemd.*, 2011/2, p. 117, note K. VANVOORDEN; Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *Act. dr. fam.*, 2011/8, p. 162, note N. GALLUS; *cette Revue*, 2011/3, p. 695, note C. HENRICOT; Liège, 6 septembre 2010, *Act. dr. fam.*, 2011/8, p. 159; *J.T.*, 2010, n° 6412, p. 634; *T. Vreemd.*, 2011/2, p. 117, note K. VANVOORDEN; *cette Revue*, 2010/4, p. 1125, note C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON; *J.L.M.B.*, 2011/2, p. 52, note P. WAUTELET; Trib. fam. Hainaut, div. Charleroi (24^e ch.), 29 novembre 2016, *cette Revue*, 2017/2, p. 292 et Trib. fam. Bruxelles (12^e ch.), 7 novembre 2017, *cette Revue*, 2019/4, p. 834. *Contra*, voy. la décision isolée du Trib. fam. Hainaut, div. Tournai (21^e ch.), 5 février 2019, R.G. n° 18/960/A.

l'enfant⁽³²⁾. Elles aboutissent chacune, en se référant au droit de la nationalité de la mère porteuse, à reconnaître la validité de l'absence d'établissement d'un lien de filiation entre celle-ci et l'enfant. Que ce soit en application du droit ukrainien ou du droit géorgien, les parties étaient admises à conclure une convention de GPA aux termes de laquelle la mère porteuse renonce à tout droit sur l'enfant, empêchant ainsi la mention de son nom dans l'acte de naissance et l'établissement de sa maternité.

Dès lors qu'aucun lien de filiation maternelle n'est établi à l'égard de la mère porteuse, les juridictions procèdent à l'examen de la validité du lien de filiation maternelle consacré dans l'acte de naissance à l'égard des mères d'intention, toutes deux de nationalité belge. Même si, *in fine*, les cours arrivent au même résultat, leur motivation n'est toutefois pas identique.

21. La cour d'appel de Liège part du principe que le fait que la mère d'intention aurait pu reconnaître l'enfant en Belgique, conformément à l'article 313 de l'ancien Code civil⁽³³⁾, «ne peut être suivi, ce cas de figure étant réservé à des hypothèses très rares d'enfant né sous X à l'étranger ou clandestinement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En l'état actuel de la législation, la loi belge n'autorise pas l'établissement d'une double filiation découlant d'une convention de gestation pour autrui. Selon le droit belge, la seule possibilité d'obtenir le lien de filiation de la mère d'intention [...] est d'adopter [l'enfant] en tant qu'enfant du père biologique, son époux». L'acte ayant déjà été transcrit, la cour n'exigera au final pas ce passage par une procédure d'adoption en se référant au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant (voy. *infra*, n° 43).

22. La cour d'appel de Mons, quant à elle, part d'un tout autre postulat, rappelant d'abord que «le test conflictuel [...] ne doit pas conduire à déterminer quels auraient été les effets d'un accouchement en Belgique mais impose de vérifier si la filiation de Madame D. telle qu'établie par l'acte de naissance géorgien aurait pu l'être de façon similaire conformément au droit belge. [...]». Après avoir rappelé les différentes manières d'établir, en Belgique, la filiation maternelle – en mettant spécialement l'accent sur la reconnaissance – la Cour conclut que «la filiation maternelle de Madame D. telle qu'établie par l'acte de naissance étranger aurait donc pu l'être de façon similaire en Belgique, via une reconnaissance maternelle, puisqu'aucune autre filiation maternelle n'existait au moment de l'établissement de l'acte de naissance»⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ La cour d'appel de Mons relève à cet égard que «la gestation pour autrui impliquant plusieurs “parents potentiels”, et plus précisément en l'espèce, plusieurs mères potentielles, il convient de s'interroger préalablement sur le lien de filiation éventuel à l'égard de la mère porteuse et à l'égard de la donneuse d'ovocyte au regard de leur loi nationale». De manière inédite, elle souligne que le raisonnement tenu concernant l'absence de lien de filiation à l'égard de la mère porteuse doit être appliqué de manière analogue vis-à-vis de la donneuse d'ovocytes, faisant ainsi application du test conflictuel à cette question.

⁽³³⁾ Aux termes de l'article 313, § 1^{er}, de l'ancien Code civil, «Si le nom de la mère n'est pas mentionné dans l'acte de naissance ou à défaut de cet acte, elle peut reconnaître l'enfant aux conditions fixées par l'article 329bis».

⁽³⁴⁾ En ce sens déjà, le tribunal de la famille de Namur a pu juger que «la filiation maternelle [de la mère belge d'intention] telle qu'établie par l'acte de naissance étranger aurait

2. Ordre public interne

23. Une fois ces constats établis, il convient de vérifier si l'établissement des liens de filiation paternelle et maternelle à l'égard des parents d'intention ne contrevient pas à l'ordre public interne avant de les tenir pour acquis, ce que font valablement les deux cours d'appel.

24. L'ordre public interne se distingue de l'ordre public international visé à l'article 21 du Codip (voy. sur ce point *infra*, n° 33)⁽³⁵⁾. Il concerne notamment les comportements des individus par rapport à l'ordre public national ainsi que les lois d'ordre public qui permettent de rendre indisponibles une série de droits subjectifs sans pour autant être des lois d'ordre public international. Le respect de l'ordre public interne, en matière de GPA, se vérifie au regard des articles 2 (interdiction de déroger à l'ordre public et aux bonnes mœurs), 1128 (interdiction de conclure une convention sur des choses hors commerce) et 1133 (la cause du contrat ne peut être prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs) de l'ancien Code civil. Ces dispositions sont interprétées comme consacrant la nullité d'une convention destinée à lier les parties impliquées dans une GPA par laquelle la gestatrice s'engagerait à remettre l'enfant à la naissance au(x) parent(s) d'intention et à lui/leur céder ses droits parentaux ou consentirait à l'adoption dès avant la naissance de l'enfant⁽³⁶⁾.

25. Dans le cadre du contrôle du respect de l'ordre public interne au regard de l'établissement du lien de filiation paternelle, la cour d'appel de Mons rappelle l'absence de réglementation mais également d'interdiction de la GPA en Belgique, ajoutant que plusieurs centres de procréation médicalement assistée pratiquent la GPA. La cour précise certes que le contrat de GPA est illicite en droit belge et constate, au regard des dispositions de la convention, que cette dernière revêt en l'espèce un caractère « commercial ». Elle décide néanmoins de ne pas retenir la contrariété à l'ordre public belge, considérant « que l'illicéité de la convention de gestation pour autrui ne peut avoir pour effet de priver l'enfant de son lien

pu l'être de façon similaire en Belgique, via une reconnaissance maternelle. [...] [L]e détour par une procédure d'adoption (laquelle n'est pas sans poser certaines difficultés dès lors que, notamment, l'enfant a déjà une filiation maternelle en Russie [étant celle de la mère d'intention] et qu'il ne peut donc être adopté par sa propre mère) ne peut être imposé aux parties » (Trib. fam. Namur, div. Namur (2^e ch.), 28 février 2018, *cette Revue*, 2018/3, p. 609, note J.M.; *J.T.*, 2018, n° 6744, p. 731, note P. WAUTELET; *R.D.E.*, 2018, liv. 197, p. 164). Dans le même sens, voy. Trib. fam. Bruxelles, 7 novembre 2017, *Revue@dipr.be*, 2018/1, p. 95. Il est intéressant de relever que dans les deux cas, aucune des mères d'intention n'était liée génétiquement à l'enfant.

⁽³⁵⁾ S'il y a lieu de distinguer l'ordre public interne de l'exception d'ordre public international belge, le premier influence assurément l'objet de l'exception au regard de son contenu. Voy. à cet égard F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 308, point 7.37. Voy. sur la notion d'exception d'ordre public international, *infra*, n°s 33 et s.

⁽³⁶⁾ N. MASSAGER, « Gestation pour autrui, uniparenté et coparentalité en droit belge », in N. MASSAGER et N. GALLUS (dir.), *Procréation médicalement assistée et gestation pour autrui. Regards croisés du droit et de la pratique médicale*, Limal, Anthemis, 2017, p. 156; G. MATHIEU, A. ROLAND et R. HAZÉE, *Manuel pratique de la filiation*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2016, pp. 116 et s.

avec le père commanditaire qui est son père biologique. Il serait en effet inique et disproportionné, au regard de son intérêt supérieur, de lui faire supporter les conséquences de l'illicéité d'une convention à laquelle il n'a pas été partie et de lui infliger une sanction qui touche à son identité, en le privant d'un statut légal et protecteur. L'enfant est étranger au choix de ses auteurs quant aux modalités de sa conception. La circonstance que la convention en cause revêt un caractère commercial certain, contraire notamment à la dignité de la femme, n'énerve pas cette conclusion».

26. La cour d'appel de Liège, quant à elle, ne semble pas confronter l'établissement de la filiation paternelle au respect de l'ordre public interne belge, ce point se trouvant uniquement sous l'analyse de la validité du lien de filiation maternelle⁽³⁷⁾. Il est probable que l'enseignement de la Cour eur. D.H. (voy. sur ce point, *infra*, n^{os} 36 et s.) ait eu une influence sur son raisonnement, la Cour prenant le soin de rappeler que la juridiction européenne «demande que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et le père d'intention lorsqu'il est le père biologique».

27. Les deux juridictions d'appel procèdent ensuite au contrôle de l'incidence de l'établissement de la filiation maternelle à l'égard de la mère d'intention sur l'ordre public interne. La cour d'appel de Liège rappelle à nouveau sous ce point l'absence de législation en Belgique en matière de GPA et le fait qu'au regard de l'ordre public interne, une convention de GPA – telle celle en l'espèce – est nulle en raison de l'illicéité de son objet et de sa cause, des principes d'inviolabilité du corps humain et de l'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain. Elle ajoute – tout comme la cour d'appel de Mons – qu'il convient toutefois «de dissocier la question de l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et les parents d'intention, où il s'agit d'examiner la validité au regard de l'ordre public belge de l'établissement des liens de filiation par l'acte authentique étranger, de celle de la convention de gestation pour autrui. En décider autrement reviendrait à faire supporter par l'enfant les conséquences préjudiciables d'un contrat auquel il n'est pas partie. En outre, même en cas d'incompatibilité avec l'ordre public interne, l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours primer». Quant à la cour d'appel de Mons, elle adopte le même raisonnement que pour l'analyse de l'établissement du lien de filiation paternelle face aux prescrits de l'ordre public interne.

Il est intéressant de relever que les deux juridictions d'appel ont décidé de se pencher sur l'analyse des termes de la convention de GPA conclue par les parties à l'étranger (et spécialement sur sa nature «commerciale»), tout en décidant, *in fine*, que le caractère illicite de la convention ne devait pas empêcher la reconnaissance des liens de filiation établis dans l'acte de naissance étranger⁽³⁸⁾. Les deux cours se réfèrent spécifiquement aux enseignements de la Cour eur. D.H. et mettent

⁽³⁷⁾ Même si les termes que la juridiction emploie semblent au final tenir compte du contrôle du respect de l'ordre public interne face à l'établissement de la filiation dans ses volets paternel et maternel.

⁽³⁸⁾ Dans le même sens, voy. not., Trib. fam. Namur, div. Namur (2^e ch.), 28 février 2018, *cette Revue*, 2018/3, p. 609, note J.M.; *J.T.*, 2018, n^o 6744, p. 731, note P. WAUTELET; *R.D.E.*, 2018, liv. 197, p. 164.

l'accent sur l'intérêt supérieur de l'enfant afin de justifier cette dissociation entre la convention de GPA et l'établissement des liens de filiation (voy. à cet égard *infra*, n^{os} 41 et s.)⁽³⁹⁾.

C. *Contrôle des motifs de refus pouvant empêcher la reconnaissance de l'acte public étranger*

28. Une fois effectué l'examen de la validité des actes étrangers, il convient de vérifier l'impact d'une éventuelle fraude à la loi et/ou d'une contrariété à l'ordre public international avant de tenir pour acquis l'établissement des liens de filiation paternelle et maternelle à l'égard des parents d'intention. En effet, en vertu de l'article 27 du Codip, un acte authentique étranger jugé valide au regard du droit étranger désigné comme applicable par la règle de conflit de lois ne pourra être reconnu en Belgique que pour autant qu'il n'ait pas été obtenu en fraude à la loi et qu'il ne contrevienne pas à l'ordre public international belge.

Ces exceptions sont toutefois sans objet lorsque le droit belge est applicable au fond. Ainsi, dans les cas d'espèce soumis aux deux cours d'appel, dès lors que le droit belge trouve à s'appliquer à la question de l'examen de la validité des liens de filiation établis dans les actes de naissance, il n'y a pas lieu de les appliquer. Nous les présentons néanmoins brièvement et exposons leur mise en œuvre.

1. Fraude à la loi

29. L'article 18 du Codip dispose que « Pour la détermination du droit applicable en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, il n'est pas tenu compte des faits et des actes constitués dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi ».

La fraude à la loi implique que les parties, dans un domaine où elles ne disposent pas librement de leurs droits, procèdent à « une manipulation artificielle [...] de l'élément de localisation apte à déterminer le droit applicable à la situation »⁽⁴⁰⁾. Typiquement, en matière de filiation, il pourrait être conclu à la présence d'une fraude à la loi si une partie procède au changement de sa nationalité (étant, pour rappel, le facteur de rattachement en matière de filiation) dans le seul but d'échapper au droit qui aurait été applicable sans cette manœuvre.

En matière de GPA réalisée à l'étranger, les juridictions belges font une application variée de la notion de fraude à la loi. Certaines juridictions concluent

⁽³⁹⁾ Sur la relation entre l'intérêt de l'enfant, l'ordre public et la fraude à la loi dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, voy. not. P. WAUTELET, « Bébés papiers, gestation pour autrui et co-maternité : la filiation internationale dans tous ses états », in L. BARNICH, A. NUYTS, S. PFEIFF et P. WAUTELET (sous la dir.), *Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins*, Actes du XIV^e colloque de l'Association « Famille & Droit » organisé par A.-Ch. VAN GYSEL et A. NUYTS à Bruxelles le 20 mai 2016, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 179-233, spéc. pp. 214 à 216 ainsi que S. SAROLÉA, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires de droit international privé devant la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 107-147.

⁽⁴⁰⁾ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 315, point 7.43. Voy. également, précité, pp. 215 et s., points 5.72 et s.

à l'existence d'une fraude à la loi du simple fait que les parties se sont rendues à l'étranger pour recourir aux services d'une mère porteuse⁽⁴¹⁾, tandis que d'autres décident de l'écarter lorsque les critères stricts de l'article 18 du Codip – à savoir la manipulation du facteur de rattachement et la volonté de détourner la loi désignée comme applicable par la règle de rattachement du Codip – ne sont pas remplis⁽⁴²⁾.

30. Dans le cas d'espèce porté devant la cour d'appel de Liège, cette dernière relève à juste titre que l'analyse d'une éventuelle fraude à la loi au regard de l'article 18 du Codip n'a pas lieu d'être dès lors que le droit belge trouve à s'appliquer à la question de la validité des liens de filiation maternelle et paternelle. La cour se positionne malgré tout quant à la présence d'une fraude à la loi et considère qu'«en se rendant en Ukraine, pour y conclure un contrat de [gestation] pour autrui de nature commerciale permettant ainsi l'établissement de sa filiation maternelle à l'égard d'A., l'intimée C.R. a obtenu un droit qu'elle n'aurait pas pu obtenir en Belgique en application de la loi belge»⁽⁴³⁾, indiquant également opter pour une interprétation large de la notion de fraude à la loi (soit le fait de se rendre à l'étranger pour bénéficier du recours aux services d'une mère porteuse). L'existence de pareille fraude n'empêchera pas la cour, *in fine*, de reconnaître l'acte de naissance authentique, notamment au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant (voy. à cet égard *infra*, n° 43).

⁽⁴¹⁾ Voy. not. Trib. fam. Hainaut, div. Tournai (21^e ch.), 5 février 2019, R.G. n° 18/960/A, la juridiction indiquant que «Monsieur V. n'aurait pas pu, en vertu de la loi belge, faire établir sa paternité à l'égard de l'enfant sur la base de la convention [...], ni se faire délivrer un acte de naissance de l'enfant identique à celui dressé au Canada. Il ne conteste au demeurant pas s'être sciemment rendu à l'étranger pour avoir un enfant». Voy. également Civ. Huy (4^e ch.), 22 mars 2010, *cette Revue*, 2010/4, p. 1125, note C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, le tribunal retenant l'existence d'une fraude à la loi en ces termes : «En l'espèce, il est manifeste que les demandeurs ont eu recours aux ressources de l'ordre juridique de l'État de Californie afin de contourner les principes de droit belge applicables en la matière. [...], l'absence de réglementation spécifique de la gestation pour autrui en droit belge n'implique pas qu'il y ait vide juridique, ces conventions étant frappées d'illicéité». Cette décision a été partiellement réformée par Liège (1^{re} ch.), 6 septembre 2010, *cette Revue*, 2010/4, p. 1134.

⁽⁴²⁾ Voy. not. Civ. Anvers, 19 décembre 2008, *Revue@dipr.be*, 2010/4, p. 140, note J. VERHELLEN (la fraude n'est pas retenue en l'absence de but exclusif d'éviter l'application de la loi belge) et Civ. Bruxelles (7^e ch.), 15 février 2011, *Revue@dipr.be*, 2011/1, p. 125; *T. Vreemd.*, 2011/2, p. 117, note K. VANVOORDEN (le tribunal indique la nécessité de démontrer que l'unique but était d'échapper à l'application du droit belge). À l'instar de ce qui se fait en matière de reconnaissance d'un acte authentique étranger, la notion de fraude à la loi est également utilisée de manière variée par les cours et tribunaux belges dans le cadre de la reconnaissance d'une décision étrangère. À cet égard, voy. le recensement de la jurisprudence in J. MARY et G. MATHIEU, «La filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : analyse du droit belge et français à la lumière de la jurisprudence de Strasbourg», *J.D.J.*, novembre 2020, n° 399, p. 28. Voy. également récemment, Gand (11^e ch.), 4 février 2021, *Revue@dipr.be*, 2021/1, p. 40, la cour ne retenant pas la fraude à la loi dès lors qu'il n'est pas démontré que l'intention exclusive des parties était de se soustraire à l'application du droit belge de la filiation en se rendant à l'étranger (recours à une GPA en Californie par un couple d'hommes).

⁽⁴³⁾ La cour ne procède pas à ce même contrôle au regard du lien de filiation entre le père biologique et l'enfant, étant probablement influencée par les enseignements de la Cour eur. D.H. en la matière (voy. à cet égard, *infra*, n° 36).

31. La cour d'appel de Mons procède, quant à elle, directement au contrôle de la présence d'une fraude à la loi et ce, même si le droit belge trouve à s'appliquer dans le cadre de l'analyse des liens de filiation des parents d'intention. La cour opte – tout comme la juridiction d'appel de Liège – pour une interprétation large de la notion de fraude à la loi en ces termes: «[...] même s'il n'y a techniquement pas de modification du facteur de rattachement [...] il s'impose toutefois d'examiner l'incidence du déplacement de Monsieur C. et Madame D. en Géorgie. [...] Si le déplacement en Géorgie a grandement facilité l'établissement du double lien de filiation, il n'a toutefois pas permis d'obtenir un résultat qui aurait été impossible au regard du droit belge, comme cela a été démontré ci-dessus. En toute hypothèse, le mécanisme de la fraude à la loi ne peut conduire à refuser de reconnaître une situation née à l'étranger sans avoir égard aux effets et aux conséquences concrètes d'un tel refus, ce qui amène nécessairement la cour à se pencher sur l'intérêt de l'enfant». Elle ne retiendra pas non plus la fraude à la loi en tant qu'empêchement à la reconnaissance de l'acte de naissance étranger.

32. La position des deux cours dans les arrêts commentés ne surprend guère quant à l'interprétation qui est faite de la fraude à la loi, dès lors qu'il a déjà pu être relevé que cette exception n'est pas fréquemment invoquée en cette matière et que, quand elle l'est, l'évaluation du niveau de fraude est généralement «atténuée» par l'intérêt supérieur de l'enfant à voir établie sa filiation⁽⁴⁴⁾.

Cela étant posé, on ne peut manquer de relever que l'analyse de cette fraude à la loi ne devait pas être effectuée dans les cas soumis aux deux juridictions, dès lors que le droit belge trouvait à s'appliquer.

2. Exception d'ordre public international belge

33. Pour que les effets de l'acte étranger puissent être reconnus, ils ne doivent pas contrevenir à l'ordre public international belge, à distinguer, pour rappel, de l'ordre public interne belge (voy. *supra*, n^{os} 23 et 24).

Concernant l'ordre public international, l'article 21 du Codip dispose que «L'application d'une disposition du droit étranger désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public. Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger. Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée». La contrariété du droit étranger à l'ordre public international belge s'analyse ainsi au regard de deux critères cumulatifs, étant la proximité de la situation en cause avec l'ordre juridique belge et la gravité de l'effet produit en l'espèce. En d'autres termes, au plus la situation présente des liens étroits avec l'ordre juridique

⁽⁴⁴⁾ P. WAUTELET, «Illégalité et jugements étrangers. Le passage de la frontière comme ouverture de l'illégalité?», *Rev. Dr. ULiège*, 2017/1, pp. 179-198, spéc. p. 195.

belge⁽⁴⁵⁾ et au plus l'effet produit est grave⁽⁴⁶⁾, au plus l'exception d'ordre public jouera. Par ailleurs, le caractère fonctionnel de cette exception d'ordre public a pour effet que le juge saisi devra apprécier la situation *in concreto* lorsqu'il sera amené à s'interroger sur sa mise en œuvre éventuelle⁽⁴⁷⁾.

34. Dans les cas ayant donné lieu aux décisions commentées, dès lors que seul le droit belge trouve à s'appliquer à l'analyse de la validité des liens de filiation maternelle et paternelle, ce mécanisme ne doit pas être examiné. Il l'a valablement été lors de l'examen de l'absence de mention du nom de la mère porteuse dans l'acte de naissance, cette question étant régie par un droit étranger. La cour d'appel de Mons a ainsi confronté la validité de l'absence de lien de filiation à l'égard de la mère porteuse – régie par un droit étranger – à l'analyse de l'exception d'ordre public international pour conclure que « [cette exception] est inopérante pour établir un lien de filiation qui n'existe pas en Géorgie et que la mère porteuse a expressément refusé »⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ En matière de GPA réalisée à l'étranger, il peut être relevé que l'intensité du rattachement de la situation avec la Belgique est généralement haute, dans des situations où les parties (ou l'une d'elles) sont belges et résident en Belgique.

⁽⁴⁶⁾ Concernant le critère de gravité de l'effet produit par la reconnaissance, on précisera que lors de la demande de reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger, les autorités belges ne sont pas amenées à créer ce lien mais bien à se prononcer sur sa reconnaissance. De ce fait, l'ordre public peut recevoir un effet atténué. À cet égard, voy. C. HENRICOT, « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ! », *cette Revue*, 2013/3, pp. 721-729, spéc. p. 725. Voy. également, sur la notion d'ordre public atténué, M. FALLON, S. FRANCO et J. MARY, « La reconnaissance des mariages carrousels, pluriels et virtuels devant la Cour de cassation », *R. C.J.B.*, 2017/2, pp. 247-295, spéc. pp. 282-284. Par ailleurs, toujours dans le cadre de l'analyse de ce critère de gravité, il convient de mettre en balance divers droits fondamentaux, tels que le respect de la dignité humaine de la mère porteuse (surtout lorsqu'elle est soumise à une série d'obligations pendant sa grossesse, lesquelles sont détaillées dans une convention) et l'intérêt supérieur de l'enfant ainsi que son droit au respect de sa vie familiale et de sa vie privée et ce, à l'instar de ce qu'effectue la Cour strasbourgeoise saisie de litiges en matière de GPA (voy. *infra*, nos 36 à 38). La prise en considération des termes des conventions de GPA conclues à l'étranger dans le cadre de l'analyse de la contrariété à l'ordre public international reste controversée (sur cette question, voy. not. J. MARY, « La filiation à la suite d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger », in S. FRANCO et S. SAROLÉA (sous la dir.), *Actualités européennes en droit international privé familial*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 117-144, spéc. pp. 131 à 133). Le fait que la prise en compte des termes des conventions de GPA reste discutée est notamment liée à l'absence de réglementation de la GPA en Belgique ce qui a pour conséquence, d'une part, que le contenu de l'ordre public international n'est pas certain, d'autre part, que sa mise en œuvre n'est pas simple. Il reste cependant pertinent de s'attarder sur les termes de la convention lorsqu'une juridiction procède au contrôle du respect de l'ordre public interne.

⁽⁴⁷⁾ Voy. not., sur le caractère fonctionnel de l'ordre public, M. FALLON, S. FRANCO et J. MARY, « La reconnaissance des mariages carrousels, pluriels et virtuels devant la Cour de cassation », *op. cit.*, pp. 278-281.

⁽⁴⁸⁾ Cette conclusion découle probablement du fait qu'en application des articles 313 et 329bis de l'ancien Code civil belge, la mère d'intention peut voir sa maternité établie par reconnaissance. Ainsi, l'enfant n'est pas dépourvu de mère en l'absence d'établissement de la maternité de la mère porteuse. Il est possible qu'une contrariété à l'ordre public international

Comme indiqué précédemment (voy. *supra*, n^{os} 23 et s.), l'établissement des liens de filiations dans les cas soumis aux cours d'appel a par contre pu être confronté au contrôle du respect de l'ordre public interne.

II. La reconnaissance des actes de naissance étrangers au regard des exigences de Strasbourg et de l'intérêt supérieur de l'enfant

35. Pour conclure à la reconnaissance des actes de naissance étrangers en ce qu'ils établissent les liens de filiation, tant à l'égard du père d'intention (père biologique) que de la mère d'intention, les deux cours d'appel, tout en appliquant scrupuleusement les règles de droit international privé telles que rappelées ci-avant, se réfèrent également à la jurisprudence de la Cour eur. D.H.⁽⁴⁹⁾ et à l'intérêt supérieur de l'enfant.

A. Les enseignements de la Cour eur. D.H. concernant le rattachement de l'enfant à ses parents d'intention

36. Dans ses arrêts *Mennesson c. France* et *Labassee c. France* du 26 juin 2014⁽⁵⁰⁾, la Cour de Strasbourg a considéré que le refus de reconnaître, en droit interne, la filiation légalement établie à l'étranger entre un enfant né d'une GPA réalisée avec les gamètes du père d'intention⁽⁵¹⁾ et ce dernier constitue une violation de l'article 8 de la Convention s'agissant du droit de l'enfant au respect de sa vie privée (et non pas du droit des parents d'intention au respect de leur vie familiale). Ainsi, pour la juridiction strasbourgeoise, s'il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire, il reste que «les effets de la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises: ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose

soit par contre retenue au regard de l'absence d'établissement de la maternité de la mère porteuse si le juge constate ne pas pouvoir établir la maternité à l'égard de la mère d'intention.

La cour d'appel de Liège, quant à elle, indique uniquement que «La filiation de la mère porteuse [...] n'est pas établie et ne peut l'être dès lors que la législation ukrainienne autorise la conclusion d'un contrat de gestation pour autrui et prévoit la renonciation de la mère porteuse à tout droit sur l'enfant [...]». Sans le dire expressément, la cour semble donc ne pas avoir constaté de contrariété à l'ordre public international.

⁽⁴⁹⁾ Voy. à cet égard: J. MARY et G. MATHIEU, *op. cit.*, pp. 22-34.

⁽⁵⁰⁾ Voy. aussi l'arrêt *Foulon et Bouvet c. France* du 21 juillet 2016, auquel la cour d'appel de Liège fait également référence dans l'arrêt commenté.

⁽⁵¹⁾ Les couples *Mennesson* et *Labassee* avaient tous deux eu recours à une GPA réalisée respectivement en Californie pour les premiers et au Minnesota pour les seconds. Ils se plaignaient devant la Cour de l'impossibilité d'obtenir en France la reconnaissance de la filiation des enfants à leur égard, pourtant légalement établie aux États-Unis et alors même que les enfants étaient dans les deux cas reliés biologiquement à leur père d'intention.

donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant»⁽⁵²⁾. La Cour souligne également que cette analyse «prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun [...], on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation»⁽⁵³⁾. Aux yeux de la Cour, en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des enfants, la France est allée au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation. Étant donné aussi le poids qu'il y a

⁽⁵²⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, § 99; Cour eur. D.H., arrêt *Labassee c. France* du 26 juin 2014, § 78.

⁽⁵³⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Mennesson c. France* du 26 juin 2014, § 100; Cour eur. D.H., arrêt *Labassee c. France* du 26 juin 2014, § 79. La Cour de cassation française avait en effet adopté sur cette question une jurisprudence stricte. Par trois arrêts du 6 avril 2011 (arrêts nos 369, 370 et 371, *D.*, 2011, p. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET; *R.L.D.C.*, 2011, n° 83, p. 39, note A. MIRKOVIC; *Gaz. Pal.*, 25 mai 2011, nos 145 et 146, p. 7, note B. WEISS-GOUT; *Gaz. Pal.*, 11 mai 2011, nos 131-132, p. 13, note M. DOMINGO), elle avait refusé de donner effet à des jugements américains qui avaient ordonné la modification des actes de naissance désignant comme parents légaux les parents d'intention français. Aux termes de deux arrêts du 13 septembre 2013 (Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 13 septembre 2013, nos 12-18.315 et 12-30.138), elle avait également considéré que ni le droit à la vie familiale, ni l'intérêt supérieur de l'enfant ne s'opposaient à ce que les autorités françaises refusent la transcription sur les registres français de l'état civil de l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger via le procédé de la GPA, contraire à l'ordre public, et ce malgré le fait que sa filiation ne pouvait dès lors être établie avec son père de nationalité française. La Cour de cassation refusait en outre que l'institution de l'adoption soit mobilisée, considérant que l'adoption d'un enfant né à la suite d'une convention de GPA constituait un détournement de l'institution en ce qu'elle n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil d'un enfant conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon par sa mère, à sa naissance (la position de la Cour de cassation française demeurait inchangée depuis un arrêt du 31 mai 1991 (Cass. fr., 31 mai 1991, *J.T.*, 1991, p. 767, note X. DIJON et J.-P. MASSON). Pour se conformer aux exigences de la Cour eur. D.H., la Cour de cassation française a opéré un revirement de jurisprudence aux termes de quatre arrêts prononcés le 5 juillet 2017 (Cass. fr., 5 juillet 2017, nos 15-28.597, 16-16.901 et 16-50.025, 16-16.455, 16-16.495). La Cour va alors accepter la transcription de la filiation paternelle des enfants nés d'une GPA à l'étranger, tout en continuant à refuser à la mère d'intention, épouse du père biologique, d'être mentionnée comme mère à l'état civil, celle-ci n'ayant pas accouché, l'adoption devant lui permettre, dans le respect des conditions légales et de l'intérêt supérieur de l'enfant, de créer un lien de filiation avec celui-ci. Sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation française concernant le rattachement de l'enfant à sa mère d'intention, voy. *infra*, note 57.

lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence⁽⁵⁴⁾, la Cour conclut que le droit des enfants au respect de leur vie privée a été méconnu.

Cela étant posé, pour consacrer le lien de filiation entre l'enfant et son père biologique, la Cour de Strasbourg estime que les États disposent d'une large marge d'appréciation et ne doivent pas nécessairement privilégier la voie de la transcription de l'acte de naissance étranger; d'autres voies, telles que la reconnaissance de paternité, l'adoption ou encore la possession d'état sont jugées acceptables au regard du droit au respect de la vie privée de l'enfant. Ainsi, dans son arrêt *D. c. France* du 16 juillet 2020, la Cour interprète ses arrêts *Menesson* et *Labassee* en ce sens que «l'existence d'un lien génétique n'a pas pour conséquence que le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention puisse se faire spécifiquement par la voie de la transcription de son acte de naissance étranger»⁽⁵⁵⁾.

37. Concernant le rattachement de l'enfant à sa mère d'intention, la Cour a considéré, dans son avis consultatif du 10 avril 2019⁽⁵⁶⁾, que si le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la mère légale, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant n'oblige toutefois pas les États à procéder pour ce faire à la transcription de l'acte de naissance étranger. D'autres voies sont susceptibles de rencontrer l'intérêt supérieur de l'enfant, dont l'adoption qui, s'agissant de la reconnaissance du lien filiation, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger⁽⁵⁷⁾. Il importe toutefois que le

⁽⁵⁴⁾ Cour eur. D.H., arrêt *Menesson c. France* du 26 juin 2014, § 101; Cour eur. D.H., arrêt *Labassee c. France* du 26 juin 2014, § 80.

⁽⁵⁵⁾ Cour eur. D.H., arrêt *D. c. France* du 16 juillet 2020, § 58.

⁽⁵⁶⁾ Cour eur. D.H., avis consultatif du 10 avril 2019 relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention. Voy. à propos de cet avis: L. MARGUET, «Quand la Cour EDH et la Cour de cassation tissent les liens: filiation, mère d'intention et enfant né d'une GPA à l'étranger», *Revue des droits de l'Homme*, Actualités Droits-Libertés, 12 juin 2019; J. VAN DEN SANDE, «De juridische erkenning van wensmoeders in draagmoederschapszaken», *T. Fam.*, 2020/4, pp. 101-108.

⁽⁵⁷⁾ Suite à l'avis rendu par la juridiction strasbourgeoise, la Cour de cassation française a statué dans l'affaire *Menesson* au terme d'un arrêt du 4 octobre 2019 (Cass. fr., 4 octobre 2019, n° 10-19.053). Tout en réaffirmant que l'adoption devait en principe être la voie à emprunter pour la reconnaissance de la filiation à l'égard du parent non géniteur, la Cour admet, à titre exceptionnel et compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, que cette reconnaissance se fasse non pas par l'adoption mais par la transcription à l'état civil de la filiation maternelle à l'égard de Madame Menesson, ouvrant ainsi la voie à une appréciation *in concreto* à l'égard de la situation et, plus particulièrement, de l'intérêt supérieur de l'enfant. La position adoptée à titre exceptionnel par la Cour de cassation française dans son arrêt du 4 octobre 2019 pourrait-elle évoluer vers une admission de principe de la transcription de la filiation à l'égard du second parent des enfants nés d'une GPA à l'étranger, que ce second parent soit la conjointe ou le conjoint du père géniteur? Aux termes de deux arrêts prononcés le 18 décembre 2019 (Cass. fr., 18 décembre 2019, n°s 18-11.815 et 18-12.327), qui concernaient dans les deux cas la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du conjoint du

droit interne garantisse l'effectivité et la célérité de la mise en œuvre de ces autres voies, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour la Cour, l'intérêt supérieur de l'enfant, qui doit s'apprécier *in concreto*, requiert que le lien légalement établi à l'étranger puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé et c'est aux autorités nationales qu'il revient d'évaluer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, si et quand ce lien s'est concrétisé⁽⁵⁸⁾. Dans le prolongement de son avis du 10 avril 2019, la Cour va considérer, dans un arrêt *D. c. France* du 16 juillet 2020⁽⁵⁹⁾, que l'adoption de l'enfant du conjoint constitue un «mécanisme effectif et suffisamment rapide»⁽⁶⁰⁾ pour permettre la reconnaissance du lien de

père géniteur suite à une GPA réalisée aux États-Unis, la Cour a en tout cas estimé que la jurisprudence découlant de ses arrêts du 5 juillet 2017, selon laquelle la voie de l'adoption doit être privilégiée dans le chef de l'époux ou de l'épouse du père biologique, ne peut trouver à s'appliquer «lorsque l'introduction d'une procédure d'adoption s'avère impossible ou inadaptée à la situation des intéressés». Elle a ainsi pu considérer qu'il convenait, afin d'unifier le traitement des situations, de «faire évoluer la jurisprudence en retenant qu'en présence d'une action aux fins de transcription de l'acte de naissance étranger de l'enfant, qui n'est pas une action en reconnaissance ou en établissement de la filiation, ni la circonstance que l'enfant soit né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui ni celle que cet acte désigne le père biologique de l'enfant et un deuxième homme comme père ne constituent des obstacles à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil, lorsque celui-ci est probant au sens de l'article 47 du Code civil» (Cass. fr., 18 décembre 2019, n^{os} 18-11.815 et 18-12.327, point 12). Voy. à propos de l'ensemble de ces arrêts: L. MARGUET, «GPA: Quand la Cour de cassation facilite la reconnaissance du lien de filiation du second parent... au-delà même des exigences européennes?», *Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 8 mars 2020.

⁽⁵⁸⁾ Cour eur. D.H., avis consultatif du 10 avril 2019 précité, § 52.

⁽⁵⁹⁾ Voy. à propos de cet arrêt: J. MARY et G. MATHIEU, *op. cit.*, pp. 22-34.

⁽⁶⁰⁾ Cour eur. D.H., arrêt *D. c. France* du 16 juillet 2020, § 70. Voy. dans le même sens la décision d'irrecevabilité dans l'affaire *C. et E. c. France* du 19 novembre 2019 (à laquelle la cour d'appel de Liège se réfère dans l'arrêt commenté). Cette affaire concernait la situation d'enfants nés à l'étranger par GPA et issus des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, dans un contexte où le lien de filiation entre les enfants et le père d'intention était reconnu en droit interne. Concernant le rattachement des enfants à leur mère d'intention, la Cour relève que «le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien de filiation entre les enfants requérants et leur mère d'intention par la voie de l'adoption de l'enfant du conjoint. (...) Certes, cette possibilité n'est établie de manière certaine que depuis le 5 juillet 2017, alors que l'enfant C avait sept ans (...) et que les enfants E avaient trois ans (...), soit, selon toute vraisemblance au vu du dossier, bien après la concrétisation du lien entre eux et leur mère d'intention. Or, la Cour a précisé dans l'avis consultatif précité (§§ 52 et 54) qu'un mécanisme effectif permettant la reconnaissance d'un lien de filiation entre les enfants concernés et la mère d'intention doit exister au plus tard lorsque, selon l'appréciation des circonstances de chaque cas, le lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé. La Cour estime toutefois que, dans les circonstances de la cause, ce n'est pas imposer aux enfants concernés un fardeau excessif que d'attendre des requérants qu'ils engagent maintenant une procédure d'adoption à cette fin. Elle observe notamment qu'il résulte des éléments produits par le Gouvernement que la durée moyenne d'obtention d'une décision n'est que de 4,1 mois en cas d'adoption plénière et de 4,7 mois en cas d'adoption simple. Dans ces circonstances, la Cour conclut que le refus des autorités françaises de transcrire les actes de naissance étrangers des enfants requérants sur les registres de l'état civil français pour autant qu'ils désignent la mère d'intention comme étant leur mère n'est pas disproportionné par rapport aux buts poursuivis» (§§ 41-44).

filiation entre l'enfant et sa mère d'intention, le lien génétique les unissant n'énerant pas ce constat⁽⁶¹⁾.

38. En résumé, on retiendra que lorsqu'un enfant, né d'une GPA à l'étranger, est issu des gamètes du père d'intention⁽⁶²⁾, le droit au respect de la vie privée de l'enfant exige de la part des États qu'ils reconnaissent le lien de filiation à l'égard du géniteur mais aussi de la mère d'intention, que celle-ci soit la mère génétique ou non. Cela étant posé, le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombe dans la marge d'appréciation des États eu égard à l'absence de consensus européen en la matière, pour autant que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

B. Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant

39. En vertu de l'article 3.1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (ci-après la «CIDE»), «Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale». Depuis 2008, ce droit fondamental de l'enfant est également consacré à l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution⁽⁶³⁾.

L'intérêt de l'enfant n'est certes pas un principe absolu. L'expression «une considération primordiale» signifie précisément que d'autres intérêts peuvent être pris en compte mais que dans la balance, un plus grand poids doit être accordé à ce qui sert au mieux l'intérêt de l'enfant car l'enfant est plus vulnérable que les autres. Le Comité des droits de l'enfant rappelle ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas être mis sur le même plan que les autres considérations compte tenu de la situation particulière de l'enfant : «dépendance, degré de maturité, statut juridique et, fréquemment, impossibilité de faire entendre sa voix. Les enfants ont moins de possibilités que les adultes de défendre vigoureusement leurs propres intérêts et ceux qui sont associés aux décisions qui les concernent doivent connaître précisément leurs intérêts. Si les intérêts des enfants ne sont pas mis en exergue, ils tendent à être négligés»⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶¹⁾ En l'espèce, l'enfant avait été conçu à partir des gamètes des deux parents d'intention.

⁽⁶²⁾ En l'absence de lien biologique corroborée par l'absence de vie familiale entre l'enfant et les parents d'intention, les juges européens ont toutefois considéré que le refus de reconnaissance de la filiation de l'enfant à leur égard ne viole pas le droit à la vie privée des parents (Cour eur. D.H., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie* du 24 janvier 2017). La Cour a récemment conclu dans le même sens malgré l'existence d'une vie familiale entre l'enfant et ses parents d'intention (Cour eur. D.H., arrêt *Valdis Fjölnisdóttir et autres c. Islande* du 18 mai 2021).

⁽⁶³⁾ Pour aller plus loin, voy. : G. MATHIEU et A.-C. RASSON, «Le droit de la famille à l'aune du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant», *Act. dr. fam.*, 2021/6-7, pp. 167 et s.

⁽⁶⁴⁾ C.D.E., Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), 2013, CRC/C/GC/14, § 37.

On relèvera par ailleurs que l'intérêt de l'enfant sert à renforcer ses droits et jamais à les réduire ou les faire disparaître. Le Comité des droits de l'enfant précise à cet égard que «l'évaluation et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant ont pour objet d'assurer la jouissance pleine et effective des droits reconnus par la Convention et ses Protocoles facultatifs et le développement global de l'enfant»⁽⁶⁵⁾. Les droits de l'enfant, en ce compris la prise en compte de son intérêt, sont en effet universels, indivisibles, interdépendants et indissociables.

Surtout, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant doit nécessairement se faire *in concreto* compte tenu de la spécificité de chaque cas au terme d'un examen minutieux des circonstances de la cause⁽⁶⁶⁾.

40. C'est précisément au nom du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié *in concreto*, impliquant notamment la préservation de son droit au respect de sa vie privée, que les cours d'appel de Liège et de Mons vont privilégier la reconnaissance immédiate de l'acte de naissance et de la double filiation qu'il constate, sans imposer à la mère d'intention de passer par un processus d'adoption.

C. L'application, par les cours d'appel de Liège et de Mons, de la jurisprudence de Strasbourg et du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant

1. Le rattachement de l'enfant à son père d'intention

41. Concernant le rattachement de l'enfant à son père d'intention (père biologique), la cour d'appel de Liège se réfère à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en soulignant que le droit au respect de la vie privée de l'enfant né d'une GPA à l'étranger demande que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien entre cet enfant et son père d'intention lorsque ce dernier est le père biologique. Elle ajoute que la reconnaissance de ce lien n'est en l'espèce pas problématique compte tenu du fait que le père biologique aurait pu, en vertu du droit belge, reconnaître l'enfant conformément à l'article 329*bis* de l'ancien Code civil.

42. La cour d'appel de Mons se réfère également à cette disposition en prenant le soin de préciser que la mère porteuse n'est pas mariée, qu'elle a consenti à l'établissement de la paternité du père d'intention dans le cadre de la convention de GPA et que ce dernier est bien le père biologique de l'enfant. En outre, la cour vérifie à ce stade l'incidence de l'illicéité, en droit belge, d'une convention de GPA en aboutissant à la conclusion, comme nous l'avons vu, qu'il n'y a pas, en l'espèce, de violation de l'ordre public interne. Pour la cour, l'illicéité de la convention ne peut en effet avoir pour conséquence d'empêcher la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et son père d'intention qui est aussi son père biologique. Elle ajoute qu'il serait «inique et disproportionné, au regard de son intérêt supérieur, de lui faire supporter les conséquences de l'illicéité d'une convention à laquelle il n'a pas été partie et de lui infliger une sanction qui touche à son identité, en le privant

⁽⁶⁵⁾ *Ibid.*, § 82.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, § 32; Cour eur. D.H., arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, § 138; Cour eur. D.H., arrêt *Y.C. c. Royaume-Uni*, 13 mars 2012, § 135; Cour eur. D.H., arrêt *Uzbyakov c. Russie*, 5 mai 2020, § 123.

d'un statut légal et protecteur». Si la cour d'appel de Mons, à l'inverse de la cour d'appel de Liège, ne se réfère pas expressément à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, il reste que son raisonnement est parfaitement conforme aux exigences conventionnelles.

2. Le rattachement de l'enfant à sa mère d'intention

43. Après avoir observé que la seule possibilité, en droit belge, de consacrer le lien de filiation de l'enfant à l'égard de sa mère d'intention eut été la voie de l'adoption, la cour d'appel de Liège va *in fine* estimer qu'un détour par cette procédure n'est toutefois pas nécessaire au nom du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, apprécié *in concreto*. La cour opère ce contrôle de l'intérêt de l'enfant au stade de l'examen de la validité de l'établissement du lien de filiation par l'acte authentique étranger au regard de l'ordre public interne belge. Après avoir constaté que l'illicéité de la convention de GPA ne devait pas rejaillir sur la question de l'établissement de la filiation entre l'enfant et ses parents d'intention, elle prend le soin d'ajouter que « même en cas d'incompatibilité avec l'ordre public interne, l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours primer ». Elle nuance toutefois, à juste titre, cette affirmation, retenant, après s'être référée aux articles 3.1 de la CIDE, 22 de la Constitution et 8 de la CEDH et à l'avis consultatif de la Cour eur. D.H. du 10 avril 2019, que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas absolu et qu'il convient, « dans chaque situation individuelle, de faire la balance des intérêts entre l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect du droit interne, dont le droit de la filiation ». Au final, et compte tenu notamment du fait que l'acte de naissance de l'enfant est déjà transcrit dans les registres de l'état civil⁽⁶⁷⁾, la cour va estimer que le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant commande qu'il ne reste pas « durant de nombreux mois, sans filiation maternelle (entre l'annulation de ladite transcription de l'acte de naissance litigieux quant à la filiation maternelle et l'aboutissement de la procédure en adoption) alors que cela fait désormais 7 ans que C.R. est aux yeux de tous – dont l'état civil belge –, et particulièrement d'A., sa mère légale ». Elle en conclut que l'acte de naissance répond à l'intérêt de l'enfant en ce qu'il le maintient dans une situation juridique conforme à ce qu'il vit comme réalité socio-affective.

44. La cour d'appel de Mons, quant à elle, estime que la filiation maternelle à l'égard de la mère d'intention aurait pu être valablement établie, en droit belge, via une reconnaissance de maternité aux conditions prescrites par l'article 329*bis* de l'ancien Code civil. Dans le cadre du contrôle du respect de l'ordre public belge, elle considère que l'illicéité de la convention de GPA ne peut avoir pour effet de priver l'enfant « du lien fondateur de son identité avec la femme qui assume au quotidien son éducation et son entretien ». Le contrôle de l'intérêt supérieur de l'enfant est toutefois opéré par la cour ultérieurement, après l'examen d'une éventuelle fraude à la loi. La cour conclut sur ce point que « si le déplacement en Géorgie a grandement facilité l'établissement du double lien de filiation, il n'a toutefois pas permis d'obtenir un résultat qui aurait été impossible au regard du

⁽⁶⁷⁾ Le fait que la cour insiste sur le fait que l'acte a déjà été transcrit (en mettant d'ailleurs le terme « déjà » en italique), laisse planer un doute : la solution aurait-elle été différente si l'acte n'avait pas été, au préalable, transcrit dans les registres ?

droit belge [...]. En toute hypothèse, le mécanisme de la fraude à la loi ne peut conduire à refuser de reconnaître une situation née à l'étranger sans avoir égard aux effets et aux conséquences concrètes d'un tel refus, ce qui amène nécessairement la cour à se pencher sur l'intérêt de l'enfant». Dans le cadre du contrôle du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, elle se réfère aux articles 3.1 de la CIDE, 22bis de la Constitution et 8 de la CEDH ainsi qu'à l'arrêt *Menesson* et à l'avis consultatif du 10 avril 2019. Elle relève que ne pas reconnaître la double filiation établie en Géorgie, ce que sollicitait le ministère public, aurait pour conséquence de laisser l'enfant sans aucune filiation et donc sans aucune protection, «ce qui est manifestement contraire à son intérêt supérieur et viole son droit à la vie privée et familiale». Elle ajoute que l'intérêt concret de l'enfant ne serait pas rencontré par une mise à néant de la filiation établie depuis sa naissance suivie d'une reconstruction de ce lien par la voie de l'adoption. Elle constate que cette voie ne rencontre pas, en Belgique, les conditions d'effectivité et de célérité requises par la Cour de Strasbourg dès lors que la procédure d'adoption «est longue et le sera d'autant plus s'il faut établir préalablement par la voie judiciaire le lien de filiation paternel (ce qui serait le cas si la cour suivait la demande du ministère public) et pendant tout le temps de la procédure, M. se verrait privée de tous les droits fondamentaux qui s'attachent à la filiation: le droit à l'identité, à la nationalité, aux soins de santé, à la couverture sociale,... L'on cerne mal en quoi ce détricotage du lien et cette reconstruction par le biais d'une procédure d'adoption [...] servirait l'intérêt de l'enfant alors qu'*in fine*, le lien de filiation sera établi et que dans l'intervalle, l'insécurité aura prévalu». La cour ajoute par ailleurs qu'à «supposer que la cour reconnaisse le lien de filiation paternelle, imposer de recourir à l'adoption pour établir le lien de filiation maternelle ne correspond pas à la réalité du projet parental commun et présente l'inconvénient d'offrir à l'enfant une double filiation, l'une d'origine et l'autre, de nature différente et décalée dans le temps, ce qui ne correspond pas à son intérêt».

Conclusion

45. Les deux décisions commentées méritent d'être accueillies au regard de la réception qu'elles réservent aux actes de naissance étrangers établissant les liens de filiation à l'égard des parents d'intention. Elles arrivent à ce résultat moyennant une correcte dissociation des différentes notions de droit international privé pertinentes et ce, sans confusion au niveau de leurs objets respectifs. Les motivations des deux cours sont par ailleurs particulièrement bien développées. Les deux cours rencontrent également les exigences de la Cour eur. D.H. en accordant une place prépondérante au respect concret de l'intérêt supérieur de l'enfant.

46. L'accueil de l'acte de naissance étranger en ce qu'il établit la filiation paternelle à l'égard du père d'intention, également père biologique, ne surprend certes pas dès lors qu'il s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence bien établie qui, constatant que ce dernier aurait pu reconnaître l'enfant aux conditions prescrites par l'article 329bis de l'ancien Code civil, refuse que le caractère illicite d'une convention de GPA en Belgique puisse faire obstacle à l'établissement de la filiation à son égard.

47. Le caractère novateur des décisions commentées réside dès lors dans la reconnaissance de l'acte de naissance en ce qu'il établit la filiation à l'égard de la mère d'intention, sans exiger que celle-ci passe par une procédure d'adoption⁽⁶⁸⁾. Si, ce faisant, les deux cours d'appel peuvent de prime abord sembler aller au-delà des exigences européennes, nous avons démontré qu'il n'en est rien, dès lors que la célérité et l'effectivité de la procédure d'adoption, qui ne sont en l'état pas rencontrées par le droit matériel belge de l'adoption, d'une part, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, d'autre part, tracent les limites de la marge d'appréciation des États.

Géraldine MATHIEU

Chargée de cours à l'UNamur – Centre V&S – Unité « Droits de l'enfant »

Maître de conférences invitée à l'ULiège

Membre du Centre interdisciplinaire des droits de l'enfant

Julie MARY

Assistante et doctorante à l'UCLouvain

⁽⁶⁸⁾ Ce qui était déjà la solution majoritairement suivie par les juridictions belges dans le cadre d'une GPA effectuée à l'étranger à la demande d'un couple d'hommes. En ce sens, voy. not., Civ. Liège (3^e ch.), 15 mars 2013, *Act. dr. fam.*, 2013/5, p. 93; *Rev. not. b.*, 2014, n^o 3082, p. 160; *cette Revue*, 2013/3, p. 717 (GPA réalisée en Californie par un couple d'hommes). Dans le même sens, Gand (11^{ter} ch.), 20 avril 2017, *Revue@dipr.be*, 2017/3, p. 71 (GPA réalisée en Californie par un couple d'hommes), la Cour décidant que «een gedeeltelijke erkenning van de afstammingsband ten aanzien van de eerste appellant als biologische vader, met een mogelijk volgende adoptie door de tweede appellant, is in deze zaak dus geen goede optie die het belang van de kinderen dient». Voy. également, pour une reconnaissance du double lien de filiation monosexuée toujours dans le cadre d'une GPA réalisée en Californie par un couple d'hommes: Civ. Bruxelles, 13 mai 2014, *Revue@dipr.be*, 2017/3, p. 87; Bruxelles (43^e ch.), 10 août 2018, *cette Revue*, 2019/2, p. 344; *Revue@dipr.be*, 2018/4, p. 15, note P. WAUTELET; Gand (11^e ch.), 4 février 2021, *Revue@dipr.be*, 2021/1, p. 40.