

Gestation pour autrui : état des lieux et développements récents en matière de reconnaissance du lien établi à l'étranger

C. de Bouyalski et G. Raymaekers,
avocates au barreau de Bruxelles

Bien que la Belgique ait depuis de nombreuses années l'image d'un pays à l'avant-garde en matière de procréation médicalement assistée, il n'y a à l'heure actuelle aucune législation belge qui encadre la gestation pour autrui. Ce qui laisse la place à un vide et une insécurité juridique tant pour la mère porteuse, que pour les parents d'intention. Les personnes se voient contraintes de partir à l'étranger où la pratique est légiférée pour y introduire leur procédure de gestation pour autrui.

Si l'encadrement légal et la sécurité juridique sont bien présents à l'étranger, cette dernière se retrouve par contre mise à mal lorsque les parents d'intention sollicitent ensuite en Belgique la reconnaissance de liens familiaux qu'ils ont fondés à l'étranger. Les autorités belges confrontées à ces demandes essaient tant bien que mal de se départir parmi les différents intérêts en jeu : l'intérêt général et les questions d'ordre public qui entrent en concurrence avec l'intérêt fondamental de l'enfant de voir son identité reconnue et le droit au respect de la vie privée et familiale pour l'enfant comme pour les parents d'intention.

Il se révèle ainsi compliqué pour les personnes et les professionnels qui les accompagnent d'y voir clair dans les différentes solutions juridiques qui sont offertes par les tribunaux pour sortir de l'impasse en l'absence d'une réglementation légale. Cette jurisprudence s'appuie sur l'application des règles de droit international privé tributaires de la façon dont le lien de filiation a été créé à l'étranger, dans un acte de naissance ou dans un jugement. L'analyse ici proposée fait le point sur les pratiques judiciaires et administratives existantes et formule des points d'attention à l'égard du législateur. Elle a été rédigée par deux avocates, Catherine de Bouyalski et Gaëlle Raymaekers, expertes de cette matière complexe qu'est la reconnaissance en Belgique des liens de filiation établis dans le cadre d'une gestation pour autrui.

La Belgique est considérée comme un pays pionnier en matière de procréation médicalement assistée (ci-après PMA). L'institut européen de bioéthique enseigne que le pays « compte aujourd'hui 18 centres de PMA, soit un par hôpital universitaire et un centre non-universitaire par province et 16 banques d'ovocytes et de sperme. En 2020, 33.245 cycles de FIV ont été entrepris, ce qui a conduit à 5.194 naissances, soit 4,6% du total des naissances. En comparaison, aux États-Unis, les enfants conçus en 2020 par FIV représentent environ 2% du nombre total des naissances, soit 79.942 nourrissons »¹.

¹ <https://www.ieb-eib.org/fr/dossier/debut-de-vie/procreation-medicalement-assistee/la-procreation-medicalement-assistee-en-belgique-513.html>

La Belgique a par ailleurs été le second pays au monde à adopter une législation autorisant le mariage aux couples homosexuels, en 2003. Trois ans plus tard, en 2006, elle leur ouvrait les portes de l'adoption. Enfin, par une loi du 5 mai 2014², la Belgique a instauré le régime de co-maternité, permettant à deux mères de figurer sur l'acte de naissance de leur enfant.

Malgré ces avancées sociétales considérables, il reste une situation, de plus en plus courante, qui n'a pas été abordée par le législateur belge et qui mène par conséquent à de nombreux débats, tant en doctrine qu'en jurisprudence et

² Loi du 05.05.2014 portant établissement de la filiation de la coparente, M.B. 07.07.2014, pp. 51703 et s.

en éthique : il s'agit de la gestation pour autrui.

La gestation pour autrui (ci-après GPA) est une technique de procréation médicalement assistée par laquelle une femme (la « mère porteuse » ou la « femme porteuse ») portera l'embryon d'un couple (les « parents d'intention » ou « parents commanditaires ») ou d'un parent seul. La mère porteuse n'aura aucun lien biologique avec l'enfant à naître. Les ovocytes utilisés seront ainsi soit ceux de la mère d'intention, soit ceux d'une donneuse d'ovocytes. La mère porteuse n'aura par ailleurs aucun projet parental à l'égard de l'enfant à naître.

Cette technique de procréation médicalement assistée est pratiquée légalement dans de nombreux pays (par exemple au Canada, aux États-Unis, en Ukraine...). Elle est par contre formellement interdite dans d'autres (France, Espagne...).

En Belgique, le flou demeure. Aucun texte légal ne réglemente la matière, et les pratiques sont donc éparses. Cette situation est évidemment source d'insécurité et parfois de violation de droits fondamentaux. L'objectif de cette contribution est de faire le point sur l'état actuel de la jurisprudence et des pratiques en matière de gestation pour autrui et d'interpeller à nouveau le législateur concernant la nécessité d'organiser un cadre légal de la matière.

I. OÙ EN SOMMES-NOUS ?

A l'heure actuelle en Belgique, il existe une certitude : un contrat par lequel une femme accepterait anticipativement de renoncer à ses droits sur l'enfant qu'elle porte n'a aucune valeur légale en Belgique. En outre, le corps humain étant « hors commerce », il ne peut être conclu aucun contrat dans lequel des prestations de ce type se feraient contre rémunération.

Cela étant dit, aucune disposition légale n'interdit de demander à une femme de porter un enfant gracieusement. Il n'est pas non plus interdit, en tant que femme, d'accepter de porter l'enfant d'un couple ou d'un parent d'intention.

La Belgique ne possède ainsi aucune législation en matière de GPA. Cela signifie qu'elle n'est pas interdite. Toutefois, cela signifie également qu'elle n'est pas encadrée.

Certains hôpitaux belges pratiquent la GPA³. En l'absence de loi spécifique, chaque hôpital décide de la façon dont il souhaite encadrer ce processus (dans le respect de l'ensemble des autres règles fondamentales applicables, bien entendu).

La plupart des établissements hospitaliers requièrent que les parents d'intention se présentent avec une mère porteuse qu'ils connaissent, éventuellement qui leur est apparentée (il n'existe en effet pas « d'agences » de mères porteuses en Belgique). Des entretiens psychologiques et médicaux sont prévus avec les différents protagonistes avant que l'hôpital choisisse d'accepter ou de refuser le projet. C'est un processus qui se veut le plus respectueux possible des droits de chacun.

Une fois que la mère porteuse est enceinte, la loi belge habituelle en matière de filiation sera d'application. Cela signifie que si l'enfant naît en Belgique, la mère porteuse sera inévitablement la mère légalement indiquée dans son acte de naissance⁴. La Belgique, contrairement à la France, n'organise pas l'accouchement sous X.

Si elle est mariée, son époux ou son épouse sera également le coparent légal⁵ (sauf quelques exceptions légales, et sauf application contraire du droit national du coparent). A défaut, le père d'intention pourrait reconnaître l'enfant⁶.

Pour que la mère porteuse ne soit plus la mère légale de l'enfant, il faudrait ensuite passer par une procédure complexe, soit de contestation de maternité⁷ (une procédure judiciaire) soit par une procédure d'adoption.

Cette absence de cadre légal entraîne de nombreuses incertitudes et des craintes dans le chef des personnes concernées (tant de la mère porteuse, qui peut se sentir mal encadrée, mal suivie,... que dans le chef des parents d'intention qui peuvent craindre un revirement de position de la mère porteuse sans aucune possibilité ensuite de la forcer à respecter son engagement).

Si l'actuel ministre de la Justice a déjà exprimé être conscient des difficultés rencontrées par les parents recourant à la GPA

3 C'est le cas notamment du CHU de Liège et du CHU Saint Pierre à Bruxelles.

4 Article 312 de [l'ancien] Code civil.

5 Articles 315 et s. de [l'ancien] Code civil. Notons que la Cour constitutionnelle s'est récemment prononcée sur la question de la recevabilité d'une action en contestation de la présomption de paternité d'un enfant né d'une femme mariée, malgré le fait que son époux ait consenti à la procréation médicalement assistée – C. const., arrêt n° 56/2023 du 30 mars 2023, <https://www.const-court.be/>

6 Articles 319 et s. de [l'ancien] Code civil.

7 Article 312, § 2 de [l'ancien] Code civil.

et semble vouloir légiférer, aucun changement concret n'est à signaler pour le moment.

C'est pour cette raison que de nombreux couples belges se délocalisent pour procéder à une GPA : ils se rendent dans des pays dans lesquels le processus est légal, encadré strictement, et où toutes les garanties utiles peuvent leur être offertes concernant le respect de leurs droits fondamentaux (en ce compris ceux de l'enfant bien évidemment).

Parmi les destinations fréquemment envisagées, l'on retrouve notamment les États-Unis, le Canada, le Mexique, l'Ukraine, la Géorgie...

Si le processus peut s'y dérouler sereinement, il est toutefois fréquent que les difficultés liées au vide juridique apparaissent lorsque les parents souhaitent faire enregistrer en Belgique les liens de filiation établis légalement à l'étranger.

La question qui se pose est alors celle de la reconnaissance du lien de filiation établi.

Cette reconnaissance devra se faire en conformité avec les règles de droit international privé applicables. Elle dépendra de plusieurs éléments qui pourront par ailleurs guider les parents commanditaires dans le choix du pays dans lequel la GPA sera pratiquée.

C'est cette question qui fera l'objet de la présente contribution.

Pour comprendre la façon dont un lien de filiation issu de GPA, créé à l'étranger, peut être reconnu en Belgique, il convient de s'interroger tout d'abord sur la façon dont ce lien sera créé. Il sera ensuite question du retour en Belgique : à quelles conditions ce retour est-il envisageable, possible, ou au contraire entravé ?

Ensuite, nous aborderons la question des démarches à effectuer pour faire reconnaître ce lien en Belgique.

Enfin, nous analyserons les réactions possibles des administrations à qui une telle reconnaissance sera soumise. Nous terminerons alors par un tour d'horizon de la jurisprudence nationale et européenne en la matière.

II. ACTE AUTHENTIQUE ÉTRANGER OU JUGEMENT ÉTRANGER ?

Les États pratiquant légalement la GPA ne procèdent pas tous de la même façon pour établir les liens de filiation entre le(s) parent(s) et l'enfant né de mère porteuse.

Dans certains pays (par exemple, certains États américains, ou le Canada...), le(s) parent(s) d'intention et la mère porteuse devront passer devant un juge pour, d'une part, annihiler l'éventuel lien qui pourrait exister entre la mère porteuse et l'enfant, d'autre part, établir le lien de filiation avec le(s) parent(s) d'intention.

Si un acte de naissance est ensuite dressé conformément à ce jugement, il ne sera que la constatation d'un droit, lui-même créé par décision judiciaire. Le lien de filiation est ainsi créé par un **jugement étranger**.

Dans d'autres pays (par exemple l'Ukraine, la Géorgie, ...), aucun jugement préalable ne sera requis et un acte de naissance sera immédiatement établi avec le(s) nom(s) du ou des parent(s) d'intention. Le lien de filiation est ainsi créé par un **acte authentique étranger**.

La distinction est importante dans la mesure où les règles de reconnaissance diffèrent en droit international privé.

Ainsi, si une décision judiciaire a créé le lien de filiation, les règles de reconnaissance seront celles visées aux articles 22 et 25 du Code de droit international privé (ci-après CODIP). Si un acte authentique a été adopté, il faudra se référer à l'article 27 du CODIP.

2.1. Les conditions de reconnaissance d'un acte authentique étranger

L'article 27 du CODIP stipule : « 1^{er}. 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. L'acte doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État dans lequel il a été établi ».

L'article 31 du même code précise également qu'« un acte authentique étranger concernant l'état civil ne peut servir de base pour l'établissement ou la modification d'un acte de l'état civil ou pour l'inscription dans le registre de la population, le registre des étrangers ou le registre d'attente qu'après vérification des conditions visées à l'article 27, § 1^{er} ».

Autrement dit, le principe est celui de la reconnaissance de plein droit d'un acte authentique étranger, à condition :

- Que sa validité soit établie conformément au droit applicable, au fond et à la forme ;
- En matière de filiation, le droit applicable à l'établissement du lien à l'égard d'une personne est le droit de l'État dont elle a la nationalité au moment de la naissance de l'enfant (article 62 CODIP) ;
- Que les effets de l'application de ce droit ne soient pas contraires à l'ordre public (article 21 CODIP) ;
- Que l'acte ne soit pas constitué dans le seul but d'échapper à l'application du droit applicable (article 18 CODIP - fraude à la loi) ;
- Que l'acte réunisse les conditions nécessaires à son authenticité (il devra ainsi notamment être légalisé et traduit par un traducteur juré).

2.2. Les conditions de reconnaissance d'un jugement étranger

L'article 22, al. 2 du CODIP stipule 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 l'alinéa 4 de poursuivre : « La décision ne peut être reconnue ou déclarée exécutoire que si elle ne contrevient pas aux conditions de l'article 25 ».

Ces conditions de l'article 25 sont les suivantes :

« 1° l'effet de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire serait 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 ainsi produit;

2° les droits de la défense ont été violés;

3° 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;

4° sans préjudice de l'article 23, § 4, elle peut encore faire l'objet d'un recours ordinaire selon le droit de l'État dans lequel elle a été rendue;

5° elle est inconciliable avec une décision rendue en Belgique ou avec une décision rendue antérieurement à l'étranger et susceptible d'être reconnue en Belgique;

6° la demande a été introduite à l'étranger après l'introduction en Belgique d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties et sur le même objet;

7° les juridictions belges étaient seules compétentes pour connaître de la demande;

8° la compétence de la juridiction étrangère était fondée uniquement sur la présence du défendeur ou de biens sans relation directe avec le litige dans l'État dont relève cette juridiction; ou

9° la reconnaissance ou la déclaration de la force exécutoire se heurte à l'un des motifs de refus visés aux articles 39, 57, 72, 95, 115 et 121».

L'article 31, al. 2 du CODIP prévoit qu' « Une décision judiciaire étrangère ne peut servir de base pour l'établissement ou la modification d'un acte de l'état civil ou pour l'inscription dans le registre de la population, le registre des étrangers ou le registre d'attente qu'après vérification des conditions visées aux articles 24 et 25, et selon les cas, aux articles 39, 57 et 72 ».

L'on retiendra donc majoritairement qu'une décision judiciaire étrangère doit être reconnue de plein droit en Belgique⁸ sauf si les effets de cette reconnaissance sont contraires à l'ordre public, si la décision a été obtenue en fraude à la loi, si elle n'est pas définitive, si les droits de la défense ont été violés, ou si les règles de compétence internationale, de litispendance et de connexité n'ont pas été respectées.

Aucune vérification du droit applicable au fond n'est donc ici requise. C'est une différence majeure avec les conditions de reconnaissance d'un acte authentique étranger.

III. DROIT DU SANG OU DROIT DU SOL ?

La reconnaissance du lien de filiation entre le(s) parent(s) d'intention belge(s) et l'enfant né de GPA peut avoir une incidence importante sur la possibilité pour cet enfant de rejoindre ses parents en Belgique.

En effet, pour pouvoir voyager avec ses parents, l'enfant devra être mis en possession d'un passeport ou à tout le moins d'un document de voyage équivalent.

⁸ À condition de produire les documents listés à l'article 24 du CODIP.

Le passeport étant lié à la nationalité, il faudra tout d'abord s'assurer de la nationalité de l'enfant.

L'article 8 du Code de la nationalité belge prévoit qu'un enfant est belge lorsqu'il est né à l'étranger d'un auteur belge né en Belgique, d'un auteur belge ayant fait dans un délai de cinq ans à dater de la naissance une déclaration réclamant, pour son enfant, l'attribution de la nationalité belge ; ou d'un auteur belge, à condition que l'enfant ne possède pas, ou ne conserve pas jusqu'à l'âge de dix-huit ans ou son émancipation avant cet âge, une autre nationalité.

C'est donc le lien de filiation avec son parent belge qui permettra à l'enfant d'obtenir la nationalité belge et le passeport correspondant.

En cas de refus de reconnaissance du lien de filiation, l'enfant ne sera pas considéré comme un citoyen belge et ne pourra pas se faire délivrer son passeport belge. Si l'enfant n'a pas d'autre nationalité, cette difficulté entraînera une situation de blocage dans laquelle les familles se retrouvent dans l'impossibilité de ramener leur enfant en Belgique (cfr. *infra*).

Cette difficulté n'existe pas lorsque l'enfant naît sur le territoire d'un État qui lui permet d'acquérir la nationalité de ce dernier par le biais de ce que l'on nomme communément « le droit du sol ». C'est par exemple le cas aux États-Unis : indépendamment de son lien de filiation, l'enfant qui naîtra sur le sol américain naîtra automatiquement citoyen américain. Il pourra alors recevoir un passeport en cette qualité, même si les autorités belges remettent en question son lien de filiation. Ce passeport lui permettra alors, *a minima*, de rentrer en Belgique avec ses parents⁹.

IV. DÉMARCHES POUR FAIRE ENREGISTRER LES LIENS DE FILIATION DANS LES REGISTRES BELGES

Nous avons exposé le principe de la reconnaissance de plein

⁹ Notons que, même dans les pays dans lesquels l'enfant devrait pouvoir bénéficier de la nationalité en vertu du droit du sol, des blocages ont pu être constatés, les autorités nationales ayant – illégalement – refusé de délivrer les passeports. C'est notamment ce qu'il s'est produit au Mexique, au début de l'année 2023 : <https://www.lalibre.be/regions/namur/2023/03/01/apres-avoir-ete-coinces-au-mexique-dylan-et-gerald-ont-en-pu-rentre-en-belgique-avec-leur-bebe-le-combat-est-loin-detre-terme-AXXCCJHBUFBUJHJA2V2E3KEFFY/>

droit des actes authentiques et jugements étrangers, sans procédure préalable.

Ainsi, afin de faire reconnaître leur lien de filiation, les parents d'intention d'un enfant né de GPA devraient se contenter de présenter l'acte de naissance (réunissant les conditions d'authenticité, légalisé et traduit) ou le jugement étranger (réunissant les conditions de l'article 24 du CODIP) auprès de l'officier de l'état civil ou du détenteur du registre de la population, du registre des étrangers ou du registre d'attente.

L'autorité à qui l'acte sera présenté devra alors vérifier les conditions précitées (articles 24, 25 et 27 CODIP).

Concrètement, selon les cas, l'acte de naissance ou le jugement étrangers peuvent être présentés :

- Soit directement à l'officier de l'état civil du lieu d'inscription des parents dans le registre de la population, dans le registre des étrangers ou dans le registre d'attente, ou, à défaut, de leur lieu de dernière inscription dans un de ces registres, ou, à défaut, de Bruxelles¹⁰ ;
- Soit à l'Ambassade belge du pays dans lequel est né l'enfant, en cas d'impossibilité de voyage et de présentation de l'acte original à l'officier de l'état civil.

Plusieurs scénarios sont alors à envisager, dépendant des réactions de l'administration.

V. RÉACTIONS DES ADMINISTRATIONS BELGES À L'ÉGARD D'UNE DEMANDE DE RECONNAISSANCE D'ACTE OU DE JUGEMENT ÉTRANGER EN MATIÈRE DE GPA

5.1. La reconnaissance immédiate et complète

C'est le scénario le plus favorable mais le moins fréquent en la matière.

Si l'officier de l'état civil ou le détenteur du registre considère que l'acte ou le jugement étranger réunit toutes les conditions visées précédemment, il peut admettre sa reconnaissance complète.

Dans ce cas, l'acte ou le jugement sera enregistré dans la

¹⁰ Article 68 de [l'ancien] Code civil.

Banque de données des actes de l'état civil (ci-après BAEC). Un acte de naissance belge pourra ensuite être établi sur base de cet enregistrement¹¹.

Une copie ou un extrait de l'acte étranger ou de la décision étrangère, ainsi que, le cas échéant, leur traduction jurée, sont enregistrées en tant qu'annexe dans la BAEC¹².

Si ce scénario est rare, c'est parce qu'il implique de considérer que l'acte ou le jugement étranger ne violent pas l'ordre public, que les parents n'ont commis aucune fraude à la loi et, pour ce qui concerne l'acte étranger, que le droit applicable a été respecté. Souvent, les officiers de l'état civil ou les détenteurs des registres s'inquiéteront de reconnaître en Belgique un acte de naissance reprenant deux liens de filiation paternels, alors que cela n'aurait pas été techniquement possible si l'enfant était né en Belgique.

5.2. Le refus de reconnaissance complet et la procédure judiciaire

Si après avoir procédé à l'analyse des conditions du CODIP, et après avoir fait appel, le cas échéant, à l'avis de l'Autorité Centrale de l'état civil ou du Procureur du Roi (voir *infra*), l'officier de l'état civil ou le détenteur du registre estime que les conditions de la reconnaissance ne sont pas réunies, il peut refuser de reconnaître l'acte ou le jugement étranger.

Dans ce cas, les parents d'intention n'auront d'autre choix que d'introduire une procédure judiciaire fondée sur l'article 23 du CODIP pour solliciter la reconnaissance.

Le tribunal ainsi saisi aura l'obligation d'analyser les conditions de reconnaissance figurant dans le Code de droit international privé. Il devra donc s'interroger sur l'éventuelle violation de l'ordre public (voir *infra*), sur l'éventuelle fraude à la loi (voir *infra*), et le cas échéant sur la conformité au droit applicable. Mais en outre, le tribunal aura l'obligation de veiller à garantir l'intérêt supérieur de l'enfant.

En effet, l'article 3, § 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, et l'article 22bis de la Constitution affirment que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent. Cela signifie que même à supposer une éventuelle violation de l'ordre public ou une fraude à la loi, l'intérêt de l'enfant à faire établir son lien de filiation pourrait toujours prévaloir (voir *infra*).

Bien entendu, ce lien devra être apprécié *in concreto* dans chaque dossier.

La difficulté de ces procédures est qu'elles sont traitées dans des délais considérablement longs (plusieurs mois, parfois plusieurs années). Pendant cette période, si les deux liens de filiation ont été refusés, l'enfant restera donc sans parents, sans identité reconnue, avec toutes les conséquences que cette absence emporte évidemment sur ses droits fondamentaux (droit à la nationalité, droit au nom, droits de succession éventuels en cas de décès d'un parent, droit d'hébergement chez un parent en cas de séparation, droit à l'aide sociale, à l'aide médicale,...).

C'est précisément pour cette raison que les refus intégraux de reconnaissance sont de plus en plus rares. Des solutions pragmatiques, à mi-chemin entre la reconnaissance complète et le refus de reconnaissance, tendent à être recherchées par les administrations et leur pratique a tendance à se répandre.

5.3. La reconnaissance partielle

L'officier de l'état civil ou le détenteur du registre peut ainsi décider de ne reconnaître que partiellement un acte ou un jugement étranger.

En effet, l'article 69 de l'ancien Code civil prévoit que seules les données qui peuvent être reconnues conformément à l'article 27 du Code de droit international privé pourront être enregistrées dans la BAEC.

La circulaire du 19 mars 2019¹³ indique que cette modification du Code civil confirme le principe de reconnaissance partielle des actes étrangers.

Dans les situations de GPA, cette position permet parfois de débloquer pragmatiquement les situations. Lorsque l'un des deux liens de filiation (souvent le lien à l'égard de la mère d'intention ou du second père) pose des difficultés, il est désormais possible pour l'officier de l'état civil d'accepter de n'enregistrer qu'un seul lien de filiation (souvent paternel) et non l'acte de naissance dans son intégralité.

Cela permet *a minima* à l'enfant d'avoir une existence légale en Belgique, de pouvoir bénéficier de la nationalité belge (si son parent est belge) ainsi que de tous les droits corollaires de son droit à l'identité et à sa filiation.

Dans cette hypothèse, le second parent d'intention (s'il y en a un) aura le choix entre :

- Introduire une procédure judiciaire en vue de faire reconnaître l'acte de naissance ou le jugement dans son entièreté

11 Article 31 CODIP ; Articles 68 et 70 de [l'ancien] Code civil.

12 Articles 69 et 70 de [l'ancien] Code civil.

13 Circulaire du 19 mars 2019 relative à la modernisation et l'informatisation de l'état civil, M.B. 25 mars 2019, modifiée par la circulaire du 24 août 2020, M.B. 28 août 2020 pp. 64213 et s.

(cf. *supra* point 5.2). Cette option, si elle est couronnée de succès, permettrait de reconnaître l'existence du lien des deux parents à l'égard de l'enfant depuis sa naissance. Le jugement à intervenir, une fois définitif, sera valable *erga omnes*.

- Engager une procédure d'adoption intrafamiliale. Bien qu'à notre sens, il s'agisse d'un mauvais usage de la procédure d'adoption, cette solution peut être utile dans la mesure où son résultat est en général favorable, et où son délai de traitement est malgré tout plus court que celui d'une procédure judiciaire (à Bruxelles à tout le moins).

5.4. La transmission du dossier au Procureur du Roi ou à l'Autorité Centrale de l'état civil

« En cas de doute sérieux lors de l'appréciation des conditions visées au paragraphe 1^{er}, l'officier de l'état civil ou le détenteur du registre de la population, du registre des étrangers ou du registre d'attente, peut transmettre l'acte étranger ou la décision étrangère pour avis à l'Autorité Centrale de l'état civil »¹⁴.

Cette Autorité Centrale a été créée au sein du Service Public Fédéral Justice par la loi du 18 juin 2018¹⁵. L'objectif de la création de cette autorité tel que cela résulte des travaux préparatoires était triple :

- Servir de « centre d'expertise » en DIP;
- Limiter les décisions contradictoires;
- Prévenir le « shopping » entre les autorités belges.

Ainsi, désormais, en cas de doute sérieux, il est possible pour l'administration de solliciter un avis non contraignant de l'Autorité Centrale concernant les conditions de reconnaissance de l'acte ou du jugement étranger qui leur est soumis.

L'Autorité Centrale bénéficie d'un délai de trois mois¹⁶ pour rendre son avis, qui ne liera pas l'officier de l'état civil ou le détenteur du registre. En pratique, toutefois, ce dernier se retranchera presque systématiquement derrière cet avis pour rendre sa décision.

Il faut noter que plusieurs administrations communales ou consulaires ignorent encore l'existence de cette autorité centrale. Lorsqu'elles ont des doutes, ces administrations continuent par conséquent à avoir recours au mécanisme qui prévalait avant la création de l'Autorité Centrale, à savoir : le

recours à une demande d'avis du Procureur du Roi, fondée sur sa compétence générale¹⁷. La difficulté réside ici dans le fait que le Procureur du Roi n'est tenu par aucun délai légal pour rendre son avis, ce qui peut bloquer les situations pendant des délais déraisonnables.

Si la question qui se pose est uniquement liée aux conditions de validité d'un acte ou d'un jugement étranger, il est largement préférable de solliciter l'avis de l'Autorité Centrale et de décharger le Procureur du Roi de ces questions de droit international privé.

Une fois l'avis de l'Autorité Centrale ou du Procureur du Roi rendu, l'officier de l'état civil ou le détenteur du registre devra alors se prononcer sur la reconnaissance de l'acte ou du jugement étranger.

Il pourra choisir de le reconnaître entièrement, de le refuser entièrement, ou de le reconnaître partiellement.

VI. CE QU'EN DIT LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Compte tenu du principe de souveraineté des États, et de la sensibilité de la question sur le plan éthique, les juridictions européennes ne se prononcent pas sur la légalité du processus de gestation pour autrui ou sur l'opportunité d'autoriser ou non ce type de PMA.

Chaque pays est ainsi libre d'adopter sa propre législation en la matière.

Cependant, tant la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) que la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après Cour EDH) se sont penchées sur les conséquences de la non-reconnaissance ou du non-établissement du lien sur l'intérêt supérieur de l'enfant et sur les droits fondamentaux des parties concernées.

Les enseignements qui pourront être tirés de ces analyses devront être appliqués par les juges nationaux lorsque la question de la reconnaissance du lien de filiation issu de GPA leur sera soumise.

¹⁴ Article 31, § 3, al.2 CODIP.

¹⁵ Loi du 18 juin 2018 portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges, *M.B.* 02.07.2018, pp. 53455 et s.

¹⁶ Prorogeable d'un nouveau délai de 3 mois conformément à l'article 31 du CODIP.

¹⁷ Article 138bis du Code judiciaire et article 37 de [l'ancien] Code civil.

6.1. Droit au respect à la vie privée et à la vie familiale

Dans un arrêt du 14 décembre 2021¹⁸, la CJUE a rappelé, en appliquant la jurisprudence de la Cour EDH, que « l'existence d'une « *vie familiale* » est une question de fait dépendant de la réalité pratique de liens personnels étroits et que la possibilité pour un parent et son enfant d'être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale (Cour EDH, 12 juillet 2001, *K. et T. c. Finlande*, CE:ECHR:2001:0712JUD002570294, §§ 150 et 151). (...) la relation de l'enfant concerné avec chacune des deux personnes avec lesquelles il mène une vie familiale effective dans l'État membre d'accueil et qui sont mentionnées comme étant ses parents dans l'acte de naissance établi par les autorités de celui-ci est protégée à l'article 7 de la Charte ».

Dans l'arrêt désormais bien connu, *Menesson c. France*¹⁹ prononcé en 2014, la Cour EDH a confirmé que le droit au respect à la vie privée implique « que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation » (§ 46) (nous soulignons).

Ces enseignements sont pareillement applicables pour l'établissement d'une filiation non biologique. Ainsi, la CEDH a considéré que « le droit au respect de la vie privée [des enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui], qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouv[ait] significativement affecté [par la non-reconnaissance en droit français du lien de filiation entre ces enfants et les parents d'intention] » et en a ainsi déduit que se posait « une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant » (§ 99).

6.2. Mise en balance des intérêts et primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'effectivité des droits à la vie privée et à la vie familiale implique une obligation négative de non-ingérence, mais aussi des obligations positives dans le chef des États membres.

Parmi les obligations positives, l'on retrouve très certainement l'obligation d'accorder une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille²⁰, mais aussi l'obligation de permettre le maintien de la

relation de l'enfant avec chacun de ses parents.²¹

Concernant l'obligation négative de non-ingérence, celle-ci n'est envisageable que dans la mesure où elle est prévue par la loi et constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

Lors de la mise en balance des intérêts concernés que sont amenés à effectuer les juges nationaux, les plus hautes juridictions européennes ainsi que le Comité des droits de l'enfant et la Cour constitutionnelle belge (voyez *infra*) rappellent que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en considération.

Si la Convention relative aux droits de l'enfant rappelle que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concerne²², il n'en définit pas les contours précis.

Dans son Observation générale n° 14, le Comité des droits de l'enfant²³ (ci-après « le Comité ») parle de « *concept dynamique nécessitant une évaluation adaptée au contexte spécifique (...) en fonction de la situation particulière de l'enfant ou des enfants concernés, selon les circonstances, le contexte et les besoins des intéressés. Pour les décisions relatives à des cas individuels, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être évalué et déterminé en tenant compte de la situation concrète de l'enfant concerné* ».

La CJUE rappelle que « dans la situation faisant l'objet du litige au principal, le droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 7 de la Charte ainsi que les droits de l'enfant garantis à l'article 24 de celle-ci, notamment le droit à la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale dans tous les actes relatifs aux enfants ainsi que celui d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sont fondamentaux »²⁴.

18 C.J.U.E., 14 décembre 2021 (*V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*), C-490/20.

19 Cour eur. D.H., arrêt *Menesson c. France* du 26 juin 2014, n° 65192/11.

20 Voyez notamment : Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, série A, n° 31, p. 15 et Cour eur. D.H., arrêt *Johnston c. Irlande* du 18 décembre 1986, série A, n° 112, p. 25.

21 Cour eur. D.H., arrêt *Eriksson c. Suède* du 22 juin 1989, série A, n° 156 et Cour eur. D.H., arrêt *Hokkanen c. Finlande* du 23 septembre 1994, série A, n° 299-A.

22 Article 3.1. de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

23 « Convention relative aux droits de l'enfant : Comité des droits de l'enfant – Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale » sur <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6-QkG1d%2fPPRICAqhKb7yhsq1kirKQZLK2M58RF%2f5F0vEAXPu5AtSWvliDPBvwUDNUcLY%2bjY9LwV%2bqu%2f76ghnF%2baUQN2TVpxfQJuaZ63OcSlgS3GLsZmifOGAZJGqixsZ>.

24 CJUE 14 décembre 2021, arrêt n° C 490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon « Pancharevo »*, point 59.

Elle précise également que « le droit au respect de la vie familiale, tel qu'il est énoncé à l'article 7 de la Charte, doit être lu en combinaison avec l'obligation de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, reconnu à l'article 24, paragraphe 2, de la Charte. Or, dès lors que l'article 24 de la Charte constitue, (...), une intégration dans le droit de l'Union des principaux droits de l'enfant consacrés dans la convention relative aux droits de l'enfant, qui a été ratifiée par l'ensemble des États membres, il y a lieu, dans l'interprétation de cet article, de tenir dûment compte des dispositions de cette convention [voir, en ce sens, arrêts du 14 février 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, EU:C:2008:85, point 39, et du 11 mars 2021, *État belge (Retour du parent d'un mineur)*, C-112/20, EU:C:2021:197, point 37]. En particulier, l'article 2 de cette convention établit, pour l'enfant, le principe de non-discrimination, lequel exige que les droits énoncés dans ladite convention, parmi lesquels figure, à l'article 7 de celle-ci, le droit d'être enregistré dès sa naissance, d'avoir un nom, et d'acquiescer une nationalité, soient garantis à cet enfant, sans que celui-ci subisse, à cet égard, une discrimination, y compris une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle de ses parents » (nous soulignons).

Dans un récent arrêt *K.K. et autres c. Danemark* du 6 décembre 2022²⁵, la Cour EDH a fait application de ces principes. Dans cette affaire, les autorités danoises refusaient que la mère d'intention adopte les deux enfants nés d'une mère porteuse en Ukraine au motif que celle-ci avait été rémunérée pour ce service. Or, le droit danois prévoit que l'adoption n'est pas permise lorsque la personne censée y consentir – ici la mère porteuse, a été rétribuée.

Dans cet arrêt, la Cour EDH a conclu que la vie familiale des trois requérants (la mère d'intention et les deux enfants) était préservée dans la mesure où, malgré le refus de procéder à l'adoption, la famille vivait sans entraves au Danemark avec le père biologique des enfants. La Cour a également considéré que le droit à la vie privée de la mère d'intention n'était pas violé dans la mesure où il était compensé par les intérêts publics défendus par l'État danois, notamment celui de contrôler les dérives éventuelles d'une gestation pour autrui rémunérée.

Toutefois, la Cour a considéré que les autorités danoises n'avaient pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts des enfants et l'intérêt public. Si des garanties étaient accordées à la mère d'intention, notamment l'attribution de l'autorité parentale conjointe, il n'en reste pas moins que, « 72. (...) Outre l'adoption, le droit interne ne prévoit pas d'autres possibilités de reconnaissance d'un lien de filiation légale avec la mère d'intention. Par conséquent, comme le soulignent les requérants,

lorsque l'adoption leur a été refusée, ils se sont vus de facto refuser la reconnaissance d'un lien juridique de filiation. Cette absence de reconnaissance en soi a eu un impact négatif sur le droit des enfants au respect de leur vie privée, notamment parce qu'elle les a placés dans une situation d'incertitude juridique quant à leur identité au sein de la société. (...) 74 (...) Les enfants les ont donc considérés tous les deux comme leurs parents depuis une longue période et il était manifestement dans leur intérêt d'obtenir les mêmes relations juridiques avec la première requérante qu'avec leur père »²⁶.

6.3. Libre circulation des personnes et respect de l'article 21 TFUE

En raison de l'absence de position uniforme dans les États membres de l'Union européenne, il n'est pas rare que les enfants nés de GPA se retrouvent dans des situations dites « boîtes » : leur lien de filiation pourrait être reconnu dans un État membre, alors qu'il ne l'est pas dans un autre.

Cette situation va toutefois à l'encontre des principes gouvernant le droit de l'Union européenne, et notamment les droits et libertés conférés à l'enfant en sa qualité de citoyen de l'Union.

Concernant la question de la citoyenneté européenne et la liberté de circulation qui en découle, la Cour de justice de l'Union européenne relève que les parents d'un citoyen de l'Union mineur dont ils assument la garde « doivent se voir reconnaître par l'ensemble des États membres le droit d'accompagner ce dernier lors de l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ». La Cour en conclut que « les autorités bulgares, à l'instar des autorités de tout autre État membre, sont tenues de reconnaître ce lien de filiation » afin de permettre cette liberté de circulation.

S'il s'agissait en l'espèce d'un enfant à l'égard duquel deux filiations maternelles étaient établies, et non d'un enfant né suite à une GPA, la réflexion est bien évidemment transposable.

La Cour précise d'ailleurs que le droit de l'Union exige que l'enfant reconnu comme citoyen européen puisse se voir délivrer un document d'identité et que ses parents puissent bénéficier d'un document qui les mentionne comme étant des personnes habilitées à voyager avec lui. Selon la Cour, les États membres « ont l'obligation de reconnaître ce document ».

La Cour invite ainsi les États membres de l'Union à reconnaître un acte de naissance émanant de l'État membre d'accueil permettant à l'enfant européen d'exercer, avec chacune de ces deux parents, son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

²⁵ Cour eur. D.H., arrêt *K.K. et autres c. Danemark* du 6 décembre 2022, disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22it%22it%22003-7514284-10313039%22>].

²⁶ Traduction libre de l'anglais.

6.4. Effectivité de la protection des droits fondamentaux

Dans son avis consultatif du 10 avril 2019²⁷, la Cour EDH a été amenée à rendre un avis relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation établi entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention.

Dans celui-ci, la Cour EDH a majoritairement repris les enseignements développés dans l'arrêt *Mennenson* et a considéré qu'il était nécessaire « d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention »²⁸. Prenant soin toutefois de ne pas s'immiscer dans la compétence des États en matière de réglementation nationale, la Cour EDH a précisé que ceux-ci disposaient d'une marge d'appréciation quant à la façon de mettre en œuvre leurs obligations, mais a insisté pour qu'un « mécanisme effectif » soit mis en place pour la reconnaissance de ce lien, c'est-à-dire un mécanisme « garantissant l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant (...) de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien ».

Cette exigence de rapidité existe également dans l'article 7, § 1^{er} de la CIDE qui dispose que « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ».

Plus récemment encore, dans un arrêt *D.B. and Others v. Switzerland* du 22 novembre 2022²⁹, la Cour a réitéré cette nécessité pour les États de prévoir un mécanisme effectif dans leur droit national permettant l'établissement du lien de filiation entre l'enfant né de GPA et son parent d'intention.

Dans le cas d'espèce, les deux pères d'un enfant né aux États-Unis avaient présenté un jugement de naissance établissant leur double lien de filiation. Si les autorités suisses avaient enregistré le lien de filiation paternel biologique, elles ne permettaient pas au second père de faire reconnaître ou établir son lien. La Suisse refusait non seulement de reconnaître le jugement américain, mais en outre, elle ne permettait pas au père d'adopter son enfant dans la mesure où la loi suisse

n'ouvre l'adoption qu'aux époux de même sexe et non aux partenaires enregistrés. Ce n'est que le 1^{er} janvier 2018, soit sept ans après la naissance de l'enfant, que cette adoption a été rendue possible.

Au regard du préjudice et de sa durée significative, la Cour a soulevé la violation du droit au respect de la vie privée de l'enfant en considérant que « 89. (...) le refus de reconnaître l'acte de naissance établi légalement à l'étranger concernant le lien de filiation entre le père d'intention (le premier requérant) et l'enfant, né aux États-Unis d'une gestation pour autrui, sans prévoir de modes alternatifs de reconnaissance dudit lien, ne poursuivait pas l'intérêt supérieur de l'enfant. En d'autres termes, l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre l'enfant et le premier requérant pendant un laps de temps significatif constitue une ingérence disproportionnée dans le droit du troisième requérant au respect de sa vie privée protégée par l'article 8. Il s'ensuit que la Suisse, dans les circonstances de la cause, a excédé sa marge d'appréciation en n'ayant pas prévu à temps, dans sa législation, une telle possibilité ».

Afin d'éviter toute discrimination entre les enfants et afin de s'assurer l'effectivité de ses droits fondamentaux, il est maintenant clair que les enseignements des juges européens sont pareillement valables dans le contexte d'une filiation biologique ou non.

On retiendra de ces décisions européennes l'importance de l'établissement rapide et efficace du lien de filiation d'un enfant à l'égard de ses parents d'intention, ainsi que la nécessaire uniformité de reconnaissance de ces liens entre les États européens.

III. CE QU'EN DIT LA JURISPRUDENCE NATIONALE

Nous avons évoqué les conditions de reconnaissance d'un acte ou d'un jugement étranger.

En cas de refus de reconnaissance par l'administration belge, les tribunaux judiciaires sont alors chargés d'analyser ces conditions en vertu de l'article 23 du Code de droit international privé, tout en donnant une place prépondérante à l'analyse de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La jurisprudence n'est pas encore uniforme en la matière, mais plusieurs principes se dégagent de façon constante et constituent des enseignements généraux.

²⁷ 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, demandé par la Cour de cassation française, demande n° P16-2018-001, points 47 et 55.

²⁸ Point 47 de l'avis consultatif.

²⁹ Cour eur. D.H., arrêt *D.B. and Others v. Switzerland* du 22 novembre 2022, (demandes nos. 58817/15 et 58252/15) disponible sur <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-220955>.

7.1. Sur la notion de fraude à la loi

L'article 18 du Code de droit international privé indique : « 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 ».

En matière d'établissement d'un lien de filiation, c'est le droit de l'État de la nationalité de la personne qui sollicite que sa filiation soit établie qui est applicable (article 62 du CODIP).

Déjà en 2013, le Tribunal de première instance de Liège³⁰ avait affirmé que même s'il apparaissait que les parents d'intention avaient pu obtenir à l'étranger un acte de naissance qu'ils n'auraient pas pu obtenir de la même façon en Belgique, la fraude à la loi n'était pas établie dans la mesure où les parents d'intention n'avaient pas artificiellement modifié le critère de rattachement permettant l'application de la loi prévue par l'article 62 du CODIP. Il aurait en effet fallu, pour cela, qu'ils choisissent d'acquérir une autre nationalité dans le but exclusif de voir leur filiation d'intention légitimée.

Saisie au sujet de la reconnaissance d'un jugement américain établissant une double filiation paternelle, la Cour d'appel de Gand a même été plus loin dans un arrêt du 20 avril 2017³¹ en considérant qu'il n'y avait pas fraude à la loi puisqu'en se rendant aux États-Unis, le seul but des requérants n'était pas d'échapper à la loi applicable (à savoir la loi belge), mais bien – de bonne foi – l'établissement d'une parentalité socio-affective³².

Rappelons de toute façon que le droit belge n'interdit pas la gestation pour autrui et qu'il paraît donc difficile de soutenir qu'il y aurait éviction d'une loi qui n'existe pas.

7.2. Sur l'éventuelle violation de l'ordre public

S'agissant de l'ordre public, la Cour de cassation l'a déjà confirmé à plusieurs reprises : « le juge ne doit vérifier la compatibilité avec l'ordre public international que des seuls effets juridiques susceptibles d'être produits par la règle du droit étranger déclarée applicable »³³ ou encore « on admet, en effet, que l'objet de l'exception d'ordre public n'est pas le droit étranger comme tel mais les effets que ce droit devrait produire

dans le pays où il est en principe déclaré applicable et qui sont jugés incompatibles avec l'ordre public de ce pays ».³⁴

Dans cette optique, l'on parle d'« ordre public atténué » ce qui revient, en matière de gestation pour autrui, à ne pas devoir analyser la licéité ou non de la convention de gestation pour autrui mais à vérifier uniquement les effets de sa reconnaissance. En d'autres mots, l'analyse des autorités belges doit donc se concentrer sur la seule reconnaissance des liens de filiation qui ont été établis à l'étranger.

Cette analyse a été confirmée en 2013 par le Tribunal de première instance de Liège³⁵, ainsi que par la Cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 10 août 2018³⁶ selon lequel « La véritable question est de savoir si l'effet de la reconnaissance en Belgique du jugement (...) en ce qu'il reconnaît la filiation de (...) à l'égard de (...), alors que les parents d'intention ont eu recours à un processus de gestation pour autrui, heurte l'ordre public belge » et à la Cour d'ajouter « la Cour considère qu'en soi, le recours à la gestation pour autrui ne peut pas porter atteinte à l'ordre public belge puisque cette méthode n'est pas interdite en Belgique ».

La Cour d'appel de Mons a statué dans le même sens dans un arrêt du 2 novembre 2020³⁷. En affirmant « que l'illicéité de la convention de gestation pour autrui ne peut avoir pour effet de priver l'enfant de son lien 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.

Il n'y a donc pas de violation de l'ordre public belge (...).

34 Cass., 18 mars 2013, S.11.0068.F.

35 Voyez le jugement du 15 mars 2013 du Tribunal de première instance de Liège qui prévoit que « L'ordre public international belge ne s'oppose pas à la reconnaissance d'un jugement prénatal établissant, à l'égard des parents d'intention de même sexe, la filiation d'enfants à naître dans le cadre d'un contrat de gestation pour autrui. En effet, il ne s'agit pas de constituer une relation juridique mais « seulement » de se prononcer sur les effets d'une relation constituée à l'étranger, ce qui devrait permettre de donner à l'ordre public un effet atténué ».

36 Bruxelles (43^{ème} ch.), 10 août 2018, 2017/FQ/4, Rev. dr. étr., 2018/4, n° 200, p. 562-565.

37 Mons (34^{ème} chambre), 2 novembre 2020, inédit.

30 Civ. Liège, 15 mars 2013, Rev. trim. dr. fam., 2013, p. 714 et s.

31 Gand (11^{ème} ch.), 20 avril 2017, Rev. dr. intern. pr., 2017/3, pp. 71 et suivante.

32 Gand (11^{ème} ch.), 20 avril 2017, Rev. dr. intern. pr., 2017/3, pp. 71 et suivante.

33 Cass., 2 avril 1981, Pas., 1981, I, 835.

A supposer même que l'on doive considérer que la reconnaissance du lien de filiation heurterait l'ordre public, l'intérêt supérieur de l'enfant (à analyser *in concreto*) devra de toute façon primer sur cette violation.

Ainsi, dans un arrêt du 30 juillet 2020³⁸, la Cour d'appel de Liège a considéré qu'« il convient 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 validité de la convention de gestation pour autrui. En outre, même en cas d'incompatibilité avec l'ordre public belge, l'intérêt de l'enfant doit toujours primer ».

La Cour d'appel de Mons affirme également dans un arrêt du 26 avril 2021³⁹ que « l'illicéité de la convention de gestation pour autrui ne peut avoir pour effet de priver l'enfant de son lien de filiation avec le parent commanditaire qui est son parent biologique ou d'intention. 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 ».

7.3. Sur l'économie des procédures

Bien avant que la Cour EDH ne se prononce en faveur d'une célérité essentielle dans l'établissement du lien de filiation, le Tribunal de première instance de Liège⁴⁰ avait déjà reconnu le double filiation paternelle établie par jugement étranger au motif de l'économie de procédure et de célérité : « la situation étant telle actuellement, on voit mal les raisons pour lesquelles il faudrait dans le cadre de la présente procédure de reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère, « détricoter » partiellement la décision américaine, avec toutes les incidences négatives qu'une telle opération implique sur le plan de l'intérêt des enfants, de la cohérence et de la permanence de leur statut personnel – objectifs fondamentaux en la matière – dès lors qu'il est certain que le lien sera rétabli grâce à une procédure ultérieure d'adoption. En effet, l'intérêt supérieur des enfants, consistera manifestement à voir le lien de filiation établi à l'égard de leurs deux parents lesquels, dotés de capacités éducatives réelles et d'ailleurs non contestées, en assument pleinement la responsabilité. A cet égard, il faut relever que les explications d'audience ont révélé que des examens sérieux tant au niveau physique qu'au niveau psychologique

ont été menés à l'égard des deux requérants en préalable à la signature de la convention de GPA ; l'utilité impérieuse d'une procédure d'adoption plénière ultérieure n'apparaît nullement en l'espèce ».

En 2021, la Cour d'appel de Mons a adopté la même position et a considéré que « mettre à néant la filiation établie depuis la naissance de l'enfant pour ensuite la reconstruire par la voie de l'adoption interne, comme le préconise le Ministère public, ne rencontre pas l'exigence évoquée ci-avant d'effectivité et de célérité : en effet, en Belgique, la procédure d'adoption est longue, ce qui est en l'espèce éprouvé dès lors que l'époux de Monsieur Y a déposé une requête en adoption plénière le 14 décembre 2017, qu'il a obtenu le certificat de préparation le 17 novembre 2017, que l'enquête sociale a été rendue en mai 2018 et qu'il est, à ce jour, soit près de 3 ans plus tard, toujours dans l'attente de l'avis du Ministère public »⁴¹.

En 2023, le Tribunal de la famille francophone de Bruxelles a également choisi d'adopter un raisonnement pragmatique en considérant que, même « si le droit belge ne prévoit pas expressément la « copaternité », contrairement à la « comaternité », l'établissement d'un double lien de filiation paternel s'avère néanmoins possible » et de conclure qu'il « importe que la situation juridique puisse correspondre le plus rapidement possible à la réalité socio-affective et qu'elles puissent chacune bénéficier des mêmes droits dans le même temps. La décomposition du lien de filiation, pour être reconstruit ensuite dans le cadre d'une procédure d'adoption, semble ainsi contraire à l'intérêt des enfants »⁴².

Ainsi, s'il est vrai que les procédures d'adoption introduites pour établir les liens de filiation suite à une GPA aboutissent généralement positivement, la longueur de celles-ci plonge l'enfant dans une insécurité juridique injustifiée et disproportionnée dans la mesure où les autorités s'accordent pour dire que le double lien de filiation de l'enfant sera *in fine* établi.

Les cours et tribunaux en sont conscients et n'hésitent pas à s'appuyer sur l'économie des procédures et sur la primauté de l'intérêt de l'enfant pour faire droit à la demande d'enregistrement du double lien de filiation.

38 Liège (1^{ère} ch.), 30 juillet 2020, *J.L.M.B.*, 2021/10, p. 437 et s.

39 Mons (34^{ème} chambre), 2 novembre 2020, *op.cit.*

40 Civ. Liège, 15 mars 2013, *Rev. trim. dr. fam.*, 2013, p. 719.

41 Mons (34^{ème} ch.), arrêt du 26 avril 2021, *Rev. trim. dr. fam.*, 2021/3, pp.720-721.

42 Trib. fam. Bruxelles (francophone), 16 février 2023, *Newsletter ADDE* n° 195, avril 2023 et *Rev. dr. étr.* n° 217 (à paraître), R.G. 21/3041/B.

8. Conclusion

En l'absence de cadre légal en Belgique, les personnes désireuses de devenir parents au travers du processus de gestation pour autrui se retrouvent contraints de se délocaliser pour procéder à cette PMA.

A leur retour en Belgique, la question de la reconnaissance du lien de filiation se pose inévitablement.

Là encore, l'absence de cadre légal crée une disparité dans les réactions des administrations, une incertitude concernant le sort qui sera réservé à ces familles et ces enfants. Plus grave encore, cette situation entraîne des différences de traitement injustifiées, autant au sein du territoire belge qu'au sein de l'Union européenne.

Les positions des administrations belges sont ambivalentes :

- Les postes consulaires belges affichent désormais, pour la plupart, une position de non-reconnaissance de principe. L'on peut par exemple lire, sur le site internet de l'Ambassade belge aux États-Unis : « *Dans l'état actuel des textes, la législation belge ne traite pas la question de la maternité de substitution ou des enfants nés d'une mère porteuse. Confrontée à ce vide juridique, l'administration fédérale belge ne reconnaît aucun effet aux documents étrangers produits dans ce cadre (acte de naissance, jugement,...). Cette position est adoptée même si la procédure légalement prévue localement a été scrupuleusement suivie et que les documents étrangers ont été dûment légalisés ou apostillés en vue de leur usage en Belgique. Ce qui a des effets à l'étranger n'est pas automatiquement reconnu dans l'ordre juridique interne belge* ». Notons d'emblée que cette position généralisée, qui fait l'économie d'une analyse au cas par cas, est en totale violation des principes de droit international privé rappelés dans la présente contribution. Nous l'avons vu, la règle est celle de la reconnaissance de plein droit. Ce n'est que lorsque certains motifs spécifiques et limitatifs sont rencontrés que la reconnaissance peut être refusée. Ces motifs nécessitent tous une analyse au cas par cas. Il est en effet impossible de considérer que, dans tous les cas, et dans l'absolu, un lien de filiation établi suite à une GPA heurterait l'ordre public, aurait été établi en fraude à la loi, ou (s'agissant d'un acte de naissance) n'aurait pas été établi conformément au droit applicable. Il est par ailleurs erroné de considérer que l'administration fédérale belge ne reconnaît aucun effet aux documents étrangers produits suite à une GPA, la pratique nous démontrant le contraire.
- Les officiers de l'état civil adoptent chacun des positions différentes, mais une tendance générale commence toutefois à se dessiner suite aux avis rendus par le Ministère Public et

l'Autorité Centrale de l'état civil : cette tendance est à la reconnaissance, *a minima*, du lien de filiation paternel biologique. Cette solution, si elle a le mérite de sauvegarder une partie des intérêts de l'enfant (en lui permettant une inscription en Belgique, et en général l'acquisition de la nationalité), ne résout pas l'entièreté du problème. En effet, non seulement, elle consacre un régime de faveur à la parentalité biologique, alors que celle-ci n'est nullement requise en droit belge pour l'établissement d'une filiation paternelle, mais en outre, elle implique que le second parent (lorsqu'il y en a un) doit passer par un processus postérieur d'adoption (ou de procédure judiciaire) visant à reconstruire artificiellement le lien qui avait été constitué à l'étranger. Cette obligation s'inscrit en opposition, à notre sens, avec les enseignements de la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment, qui enjoignent les États à faire l'économie de procédures inutiles dans l'intérêt de l'enfant et à prévoir des mécanismes efficaces et rapides d'établissement du lien familial avec le parent d'intention.

- Les tribunaux belges, quant à eux, considèrent de façon presque unanime qu'il y a lieu de distinguer l'illicéité du contrat de gestation pour autrui et les effets de la filiation qui en découle. A ce titre, la plupart des décisions considèrent une absence de violation de l'ordre public. Dans tous les cas, même les décisions qui retiennent une telle violation considèrent que l'intérêt supérieur de l'enfant doit primer sur cette dernière. Ainsi, concrètement, il est devenu extrêmement rare qu'un tribunal refuse la reconnaissance complète des liens de filiation issus d'une GPA. La reconnaissance partielle de l'un des deux liens est une solution communément adoptée par la jurisprudence, mais de plus en plus de décisions acceptent de reconnaître le double lien afin de permettre aux parents et à l'enfant de faire l'économie d'une procédure subséquente inutile. Ces décisions se placent en conformité avec les enseignements européens.

L'on constate donc que la tendance est au rétablissement des règles et principes de droit international privé en la matière. Le pragmatisme et l'intérêt de l'enfant semblent reprendre le dessus. Les différences de traitement demeurent toutefois légion en Belgique. Dans ce contexte, l'on ne peut que comprendre les administrations et les juridictions qui peinent à devoir se substituer à un législateur défaillant.

Il serait en effet grand temps qu'un cadre légal permette aux futurs parents belges de se positionner et aux enfants d'être traités de façon conforme à leurs droits fondamentaux.