

### **Cas pratique n° 1**

Mme Zubrowka, ressortissante polonaise, épouse en août 2006, M. Kohler, ressortissant suisse rencontré lors d'un master au Royaume-Uni. Les époux s'installent en Suisse où travaille M. Kohler.

En sept. 2008, les époux se séparent. Mme Zubrowka s'installe en Belgique où vit sa soeur. Elle y rencontre M. Marek Grechuta, également polonais. 4 mois après le début de la relation, Mme Zubrowka découvre qu'elle est enceinte. Paniquée, elle rompt avec M. Grechuta.

En novembre 2009, Mme Zubrowka donne naissance à une fille, Elisabetha, à Bruxelles. M. Grechuta souhaite reconnaître l'enfant. Mme Zubrowka ne souhaite pas que M. Grechuta puisse faire valoir sa paternité vis-à-vis de l'enfant. Peut-elle s'opposer à la reconnaissance?

Si l'action en reconnaissance aboutit, Mme Zubrowka souhaite (à titre subsidiaire) que M. Grechuta contribue financièrement à l'éducation de Elisabetha.

#### *1. Les juridictions belges sont-elles compétentes?*

En l'absence de convention internationale pertinente, il convient de faire référence aux dispositions du Code de droit international privé pour déterminer si les juridictions belges sont compétentes. L'article 61 du Code permet de saisir les juridictions belges dès lors que l'enfant réside en Belgique, ce qui est le cas en l'espèce. La détermination de la résidence habituelle ne suscite guère de difficultés. L'on rappellera que l'art. 4 du Code définit la résidence habituelle comme le lieu d'établissement à titre principal de la personne. La circonstance qu'une personne réside illégalement sur le territoire belge ne permet pas de conclure qu'elle n'y possède pas de résidence habituelle.

Notons qu'il ne suffit pas que les parties ne contestent pas la compétence internationale pour justifier celle-ci. L'article 12 du Code impose au tribunal de vérifier d'office sa compétence.

L'article 61 du Code n'exclut pas qu'une juridiction belge puisse fonder sa compétence internationale sur les règles de compétence générale du Code (art. 5 e.s.). C'est ainsi que si une demande est dirigée contre une personne qui réside en Belgique, l'art. 5 du Code permettra de retenir la compétence des juridictions belges. A titre exceptionnel, l'article 11 permet également de saisir les juridictions belges pour éviter un déni de justice. Compte tenu du caractère exorbitant de cette règle, l'on sera attentif à ne pas lui conférer une portée trop large.<sup>2</sup>

---

1 Je remercie vivement Hélène Englert (ADDE) pour ses précieux conseils qui ont utilement inspiré le présent texte. Toute erreur ou approximation n'engage bien entendu que l'auteur.

2 *Comp. Civ. Arlon*, 17 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, 184 – le tribunal retient l'article 11 pour fonder sa compétence à l'endroit d'une demande visant à faire homologuer un acte de reconnaissance prénatale reçu par

## 2. *Quel droit retenir pour la demande relative à la filiation?*

Il est nécessaire de distinguer deux questions qui ne seront pas toujours soumises à la même loi : d'une part le désaveu ou la contestation de la paternité établie sur base de la présomption de paternité et d'autre part, si l'action en contestation est accueillie, l'action en établissement d'un nouveau lien de filiation.

L'on pourrait être tenté de résoudre cette question en se référant au seul l'article 62 § 2 du Code de droit international privé. Cette disposition vise cependant une autre hypothèse, celle où un lien de filiation est établi *simultanément* à l'égard de plusieurs pères (ou, plus rarement, mères) – il s'agit du conflit de filiations,<sup>3</sup> hypothèse sans doute exceptionnelle.<sup>4</sup> En l'espèce, il n'y a pas de conflit de filiations puisque le seul lien de filiation valablement établi est celui qui lie l'enfant au mari de sa mère. Pour déterminer le droit applicable, il s'impose dès lors de décomposer l'action en deux temps : d'une part la contestation du lien de filiation né de la présomption de paternité et d'autre part l'établissement d'un nouveau lien de filiation.<sup>5</sup>

### (a) Le droit applicable au désaveu de paternité

La disposition pertinente est l'art. 62 du Code, qui impose de retenir la loi de la personne dont la paternité est en cause. Cette loi a vocation à régir non seulement l'établissement de la

---

un notaire belge. Après avoir noté que l'enfant était né et résidait au Grand-Duché du Luxembourg, le tribunal justifie sa compétence au motif que “l'on ne peut raisonnablement exiger que l'homologation de cette reconnaissance soit demandée à l'étranger”. Dans sa note, M. Fallon s'interroge sur l'opportunité d'ajouter au Code une “disposition prévoyant la compétence internationale des juridictions belges pour connaître de toute demande portant sur la validité d'un acte authentique dressé par une autorité belge”.

3 La règle avait été proposée par M. FALLON, “Questions actuelles de conflits de lois relatives à l'enfant”, in *L'enfant et les relations familiales internationales*, J.-L. RENCHON (éd.), Bruylant, 2003, (41), 60-61.

4 Le conflit de filiations se produira le plus souvent lorsqu'un enfant possède une filiation établie de plein droit à l'égard d'une personne, par exemple le mari de la mère, et qu'une autre personne a par ailleurs reconnu l'enfant – soit un enfant né en Belgique d'une mère mariée à un belge, qui est présumé être le père de l'enfant en vertu de la présomption de paternité instituée par le droit belge, mais qui fait l'objet d'une reconnaissance en Italie par le père biologique de l'enfant, ressortissant italien - en droit italien, la présomption de paternité n'agit plus lorsque les époux sont séparés judiciairement. Voy. Civ. Liège, 21 janvier 2005, *Rev.dr.étr.*, 2006, 224, note de J. VERHELLEN et H. ENGLERT (également publiée in *Tijdschrift@ipr.be*, 2006, 56).

5 Mme Verhellen et Englert ont bien montré la confusion qui pouvait naître de l'ancien art. 320 du Code civil, supprimé par la loi du 1er juillet 2006, qui permettait au père biologique de substituer sa paternité à celle du mari de la mère : J. VERHELLEN et H. ENGLERT, “L'établissement et la contestation de paternité dans le nouveau Code de droit international privé : réflexion sur le conflit de filiations”, note sous Civ. Liège, 21 janvier 2005, *Rev. dr. étr.*, 2006, 226-231. Lorsqu'une personne entend substituer à la filiation établie par le biais de la présomption de paternité, au profit de la sienne, la jurisprudence récente décompose bien les deux questions, soumises chacune à leur propre loi. Voy. par ex. Civ. Liège, 22 février 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, 718; Civ. Liège, 7 mars 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, 720, note C. HENRICOT et Civ. Bruxelles, 24 octobre 2006, inédit, RR 06/2039/B, en cause *Certainais* (le tribunal, saisi d'une demande tendant à autoriser un ressortissant français à reconnaître les enfants à naître d'une dame mariée à un ressortissant belge, indique que “en prévoyant dans le Code de dip une disposition unique qui détermine la loi applicable à l'établissement et à la contestation de paternité, le législateur a manifestement perdu de vue que le droit belge connaît le mécanisme de substitution de paternité qui implique en premier lieu une contestation de paternité et ensuite une reconnaissance de paternité d'un enfant qui n'a plus de paternité présumée. Et le tribunal de se référer d'abord au droit belge pour examiner si la paternité présumée peut être contestée, le mari de la mère étant belge, pour ensuite examiner au regard du droit français si la reconnaissance de l'enfant peut être effectuée).

filiation de plein droit (par exemple par l'effet d'une présomption de paternité qui bénéficie au mari de la mère), mais aussi l'établissement ou la contestation par voie judiciaire de la filiation et enfin l'établissement volontaire de la filiation par la reconnaissance. En l'espèce, il faudra dès lors se reporter à la loi suisse puisque M. Kohler est un ressortissant suisse.

L'art. 255 du Code civil suisse prévoit une présomption de paternité, comme de nombreux droits, au bénéfice du mari de la mère de l'enfant.<sup>6</sup>

M. Kohler peut-il renverser la présomption de paternité? Il faut également interroger la loi nationale de la personne dont la paternité est en cause, puisque cette question fait elle aussi partie du statut de la filiation. Cette loi détermine tant qui peut engager une action en contestation de la paternité que le délai dans lequel une personne peut contester l'effet de la présomption de paternité.

En l'espèce, il faudra dès lors également retenir l'application du droit suisse. Selon l'art. 256 Code civil suisse, le mari peut engager une action en désaveu contre l'enfant et la mère. Quant au délai dans lequel une personne peut contester l'effet de la présomption de paternité, l'action doit, aux termes de l'art. 256c du même Code, être intentée par le mari « *au plus tard un an après qu'il a connu la naissance et le fait qu'il n'est pas le père . . . mais en tout cas dans les cinq ans depuis la naissance* ».

Quant à la question de la charge de la preuve que supporte le demandeur, elle doit également être régie par la loi applicable à la filiation. Selon l'art. 256 b du Code civil suisse, : « *Lorsque l'enfant a été conçu avant la célébration du mariage ou lorsqu'au moment de la conception la vie commune était suspendue, le demandeur n'a pas à prouver d'autre fait à l'appui de l'action* ».

En l'espèce, plus de 9 mois séparent la fin de la vie commune entre M. Kohler et Mme Zubrowka (sept. 2008) de la naissance de Elisabetha (nov. 2009). Ceci permet donc de conclure que la filiation établie sur base de la présomption de paternité doit être annulée.

(b) Que faire s'il s'avère impossible d'établir le contenu du droit étranger?

La matière de la filiation est encore essentiellement régie par le droit national des personnes concernées. Compte tenu du nombre élevés de nationalités étrangères présentes en Belgique, les juridictions belges peuvent être amenées à appliquer un droit étranger d'accès difficile. Des questions peuvent dès lors se poser lorsqu'il apparaît difficile de déterminer le contenu exact du droit étranger.

L'article 15 du Code de droit international privé prévoit qu'il appartient au juge de déterminer de sa propre initiative le contenu du droit étranger déclaré applicable par la règle de rattachement. Cette obligation, qui confirme la position ambitieuse retenue par la Cour de cassation à l'endroit du droit étranger, peut susciter des difficultés pratiques. D'importantes ressources documentaires permettent de déterminer le contenu du droit étranger en matière de filiation – la plus importante est sans doute le recueil sur feuillets mobiles édité par M. Ferid,

---

6 « *L'enfant né pendant le mariage a pour père le mari* ».

intitulé *Ehe- und Kindschaftsrecht*.<sup>7</sup> En pratique, les conseils des parties pourront s'appuyer sur des recherches documentaires pour fournir des renseignements utiles à la juridiction saisie. Certaines ambassades étrangères peuvent également fournir des renseignements – mais la pratique apprend que des demandes de renseignement adressées aux ambassades étrangères en Belgique seront souvent ignorées.

S'il apparaît impossible de réunir les informations nécessaires, l'article 15 permet, à titre exceptionnel, de faire application du droit belge. Peut-on accepter qu'en matière de filiation une exigence particulière de célérité permet de recourir plus facilement à cette échappatoire? C'est ce que semble suggérer le tribunal de Liège à propos d'une action en recherche de paternité introduite par un ressortissant de Sierra Leone. Constatant que l'ambassade de Sierra Leone n'avait pas répondu aux demandes d'information adressées tant par les parties que par le tribunal, la juridiction a estimé que "la question de la filiation d'un enfant doit être établie dans le délai le plus court possible". Sur cette base, le tribunal décide qu'il "n'est dès lors pas raisonnable d'entreprendre des démarches sophistiquées dont l'issue est d'ailleurs incertaine".<sup>8</sup> Cette appréciation nous semble trop générale au regard des exigences posées par l'article 15. Il eut été préférable que le tribunal constate pourquoi en l'espèce il était nécessaire que la filiation de l'enfant soit établie dans un délai qui ne permettait pas d'attendre que de plus amples renseignements soient disponibles sur le droit du Sierra Leone.<sup>9</sup>

#### (c) Droit applicable à l'établissement de la paternité

Une fois écartée la filiation établie sur base d'une présomption de paternité, encore faut-il établir un nouveau lien de filiation. La règle est identique : la loi nationale de la personne dont la paternité est en cause, dont l'article 62 prescrit l'application, s'applique également à l'établissement judiciaire de la filiation. Il faut dès lors retenir la loi nationale de la personne qui souhaite établir un lien de filiation. En l'espèce, M. Grechuta est un ressortissant polonais. La loi polonaise s'applique dès lors en vertu de l'art. 62 du Code.

Selon l'article 84 du Code polonais de la famille de 1964 (tel qu'amendé), la filiation paternelle peut être établie par voie judiciaire. L'action peut être engagée par le père biologique. L'action sera accueillie si le demandeur démontre que la mère de l'enfant a eu des relations sexuelles avec le père pendant la période légale de conception, à savoir au plus tôt 300 jours avant la naissance et au plus tard 180 jours avant la naissance. Si cette preuve est rapportée, la filiation est présumée établie, sauf preuve contraire – qui peut notamment être apportée au moyen d'un test ADN.<sup>10</sup>

Le jugement constatant la paternité est en droit polonais une décision déclaratoire, qui produit ses effets à partir du moment de la naissance de l'enfant, voire même à partir de la conception

---

7 *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, f.m., ou *Internationales Erbrecht*, M. FERID (éd.), Beck, f.m..

8 Civ. Liège, 11 janvier 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, 712, note P. CRADDOCK.

9 Le site du point d'appui en droit international privé de l'ADDE mentionne qu'il dispose d'une copie de la législation du Sierra Leone en matière de filiation ([www.adde.be/index.php?option=com\\_content&task=view&id=59&Itemid=1](http://www.adde.be/index.php?option=com_content&task=view&id=59&Itemid=1)).

10 L'article 85 § 2 du Code prévoit une autre possibilité de renverser la présomption, en apportant la preuve que la mère a entretenu pendant la période de conception des rapports avec plusieurs hommes (*exceptio plurimum concubentium*).

si ceci peut bénéficier à l'enfant en matière successorale.

### 3. *Quel est le sort de la demande de secours alimentaire ?*

La demande de secours alimentaire connaît un régime spécifique en droit international privé. Pour déterminer si les juridictions belges sont compétentes, l'on consultera d'abord les dispositions du Règlement 44/2001 ('Bruxelles I'). Bien que ce Règlement ne s'applique pas aux questions de droit familial, il peut être invoqué lorsque la demande porte sur une obligation d'entretien. Le Règlement n'est cependant applicable que lorsque le défendeur est domicilié (tel que défini à l'article 59) sur le territoire d'un Etat membre.<sup>11</sup> L'article 5-2 du Règlement permet de saisir les juridictions de l'Etat où le créancier d'aliments est domicilié ou réside. En l'espèce, la compétence des juridictions belges fait peut de doute puisque la créancière réside en Belgique.

L'on notera qu'au contraire du Code de droit international privé et du Règlement Bruxelles IIbis, le Règlement Bruxelles I n'impose qu'un contrôle limité de la compétence internationale par le juge. Ce contrôle ne s'impose que lorsque le défendeur fait défaut (art. 26). Si le défendeur comparait et ne conteste pas la compétence internationale des juridictions belges, celles-ci n'ont pas le devoir de soulever un éventuel déclinatoire de compétence.

Quant à la loi applicable, c'est l'article 74 du Code de droit international privé qui permet de la déterminer. Cette disposition soumet la demande d'aliments à la loi de la résidence habituelle du créancier. En l'espèce, c'est le droit belge qui s'applique.

A l'avenir, les demandes internationales portant sur des aliments feront l'objet d'une réglementation européenne. L'Union européenne a en effet adopté un Règlement 4/2009 qui offre un traitement uniforme de l'ensemble des questions de droit international privé.<sup>12</sup> Il est important de noter que ce Règlement, qui a été négocié en parallèle avec le Protocole de La Haye portant sur la loi applicable aux obligations alimentaires, n'entrera en vigueur au plus tôt que lorsque le Protocole entrera en vigueur.<sup>13</sup>

\* \* \*

---

11 A défaut, c'est le Code de droit international privé que l'on interrogera pour déterminer si les juridictions belges sont compétentes. Voy. en particulier l'art. 73 du Code.

12 Règlement (CE) n° 4/2009L du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, *J.O.U.E.*, 10 janvier 2009, L-7/1.

13 Voy. les commentaires de I. BAMBUST, "Le règlement européen 4/2009 en matière d'obligations alimentaires", *JT*, 2009, 381-392; J. VERHELLEN et H. STORME, "Actualia ipr : erkenning van buitenlandse beslissingen en akten en nieuw europees en internationaal ipr inzake onderhoudsverplichtingen en minderjarigen", in *Chroniques de droit à l'usage des juges et de paix et de police 2010*, P. LECOQ et C. ENGELS (éds.), La Charte, 2010, 72-93 et de C. NOURISSAT, "Le règlement (CE° n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires", *Procédures*, juin 2009, 7-10.

## Cas pratique n° 2

Mme. X, ressortissante algérienne résidant en Algérie, donne naissance en janvier 2008 à une fille. Le père est un ressortissant algérien qui réside en Belgique. Les parents ne sont pas mariés. Ils se sont séparés peu avant la naissance et le père ne souhaite pas se préoccuper du sort de sa fille. La mère peut-elle engager une procédure en recherche de paternité en Belgique?

### 1. *Les juridictions belges sont-elles compétentes?*

En l'absence de convention internationale pertinente, il convient de faire référence aux dispositions du Code de droit international privé pour déterminer si les juridictions belges sont compétentes. L'article 61 – 2° du Code permet de fonder la compétence des juridictions belges puisque le père réside habituellement en Belgique.

Notons qu'il ne suffit pas que les parties ne contestent pas la compétence internationale pour justifier celle-ci. L'article 12 du Code impose au tribunal de vérifier d'office sa compétence.

### 2. *Quel droit retenir pour apprécier la demande ?*

Comme déjà indiqué, l'article 62 du Code de droit international privé retient l'application de la loi nationale de la personne dont la paternité/maternité est en cause. Cette loi régit l'établissement et la contestation par voie judiciaire de la filiation.

La loi algérienne n'admet pas l'établissement d'un lien de filiation en dehors des liens du mariage, comme beaucoup d'autres législations étrangères qui répugnent à reconnaître des effets à une relation entre deux personnes non mariées. Ainsi, en droit marocain, seule la filiation légitime est admise.<sup>14</sup>

De longue date, cette situation a conduit à s'interroger sur la possibilité de refuser l'application du droit étranger sur base de l'exception d'ordre public.<sup>15</sup> La jurisprudence est établie en ce sens que l'ordre public de droit international privé s'oppose à ce qu'il soit fait application en Belgique d'une disposition qui ne reconnaisse pas la filiation hors mariage.<sup>16</sup> Cette solution s'inspire du droit à la vie familiale consacré par l'art. 8 CEDH.

---

14 Voy. pour un exposé fort complet du droit marocain de la filiation, L. JORDENS-COTRAN, *Nieuw Marokkaans familierecht en Nederlands ipr*, Sdu uitgevers, 2007, 478-523. Si le droit marocain permet la reconnaissance d'un enfant par son père ('iqrar' - art. 158 du Code du statut personnel marocain), c'est uniquement pour ménager au père légitime de l'enfant la preuve du lien de filiation. De même, la procédure en désaveu de paternité n'est-elle possible que dans le cadre du mariage, le mari de la mère cherchant à démontrer que l'enfant n'est pas né de ses oeuvres (il s'agit de la procédure dite de 'liaan' qui impose au mari et à l'épouse d'échanger des serments à propos d'une accusation d'adultère de l'épouse).

15 En général, voy. S. SAROLEA, "L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation", *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, 141-163.

16 Voy. sous l'empire de l'ancien droit par ex. Civ. Bruxelles, 16 décembre 1992, *Rev. trim. dr. fam.*, 1993, 444 (le droit marocain est écarté).

Ainsi, les juridictions belges écartent les dispositions d'un droit étranger, applicable au titre de l'article 62 du Code, lorsque celui-ci ne permet pas au père biologique de contester la filiation présumée dont bénéficie le mari de la mère de l'enfant.<sup>17</sup> Les juridictions ont également écarté le droit étranger qui ne permet pas à la mère de contester la paternité établie en vertu d'une présomption de paternité<sup>18</sup> ou encore le droit étranger qui ne permet pas à l'enfant de contester la paternité légale.<sup>19</sup>

Il est dès lors fort probable que les juridictions belges refuseront de faire application de la règle de droit algérien, au motif qu'elle entre en conflit avec le principe fondamental d'égalité entre les enfants, quelle que soit la nature de leur filiation, un principe qui fait partie de l'ordre public de droit international privé (art. 21 Code de droit international privé). On a même proposé d'amender le Code de droit international privé pour y introduire une clause spéciale d'ordre public positif, sur le modèle de celles déjà prévues en matière d'aliment par exemple, qui permettrait d'écarter le droit étranger désigné lorsqu'il ne permet pas d'établir un lien de filiation à la demande de l'enfant.<sup>20</sup>

Il faut cependant se garder de tout automatisme : l'exception d'ordre public nécessite une appréciation des circonstances concrètes de chaque cas d'espèce. Il ne saurait être question d'écarter une disposition de droit étranger au seul motif qu'elle a déjà fait l'objet d'une appréciation en ce sens par une autre juridiction belge ou encore qu'elle s'écarte d'une position adoptée par le législateur belge – surtout si cette position n'a été adoptée que récemment.<sup>21</sup>

---

17 P. ex. Civ. Liège, 22 février 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, 718, note C. HENRICOT, et *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 479, note G. MATHIEU – il s'agissait d'une action en contestation de paternité soumise au droit turc, le mari de la maman possédant la nationalité turque. Le tribunal constate que le droit turc ne permet pas au père biologique de contester la filiation présumée en établissant sa propre paternité. Le tribunal note que “le législateur belge a consacré le droit du père biologique à établir sa propre filiation en écartant la filiation présumée”. Selon le tribunal, le législateur “a ainsi mis fin à la situation antérieure où le seul parent qui ne pouvait faire reconnaître sa filiation biologique était le père de sang d'un enfant né dans le mariage – dont aucun des époux ne voulait contester la paternité du mari”. Et le tribunal d'en conclure que “Dans ce nouvel état du droit belge, une loi qui ne permet pas à ce père de consacrer sa filiation est contraire à l'ordre public belge” (p. 719). Voy. aussi, Civ. Liège, 7 mars 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, 720, note C. HENRICOT; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 485 (le tribunal écarte l'application du droit marocain, retenu au titre de l'article 62 du Code, au motif que ce droit “ne permet pas la contestation de la paternité du mari de la mère par l'homme qui revendique la paternité”).

18 Voy. avant l'entrée en vigueur du Code, Civ. Bruxelles, 15 décembre 1992, *J.L.M.B.*, 1993, 1210, note A. NUYS (“L'action en contestation de paternité en droit international privé : recherche du contenu de la loi étrangère et ordre public international”) et Civ. Bruxelles, 22 novembre 1988, *Rev. dr. étr.*, 1988, 214, note M.-CL. FOBLETS.

19 Ce qui est le cas du droit marocain, voy. Civ. Bruxelles, 24 octobre 2006, inédit, RG 05/5294/A, en cause *Kamal Ben Halli* – en l'espèce, un enfant entendait contester la filiation établie au profit du mari de sa mère, un ressortissant marocain. Après avoir noté qu'aux termes de l'article 153 du Code marocain de la famille, seul le mari peut contester la paternité légale, le tribunal écarte la loi marocaine estimant que l'application de cette règle conduirait à priver un ressortissant belge, vivant en Belgique de la possibilité de contester une filiation fondée sur une présomption de paternité, ce qui serait contraire à l'ordre public international.

20 F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 2005, 596, n° 12.117.

21 Dans sa note sous la décision du tribunal de Liège (“De la relativité dans le temps et dans l'espace des valeurs qui fondent l'ordre public de droit international privé”, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 481-484), Mme Mathieu critique d'ailleurs le recours à l'exception d'ordre public au motif que la possibilité pour le père biologique de contester la filiation née de la présomption de paternité, n'est que de facture récente et ne saurait constituer un principe général intangible. Mme Mathieu suggère d'avoir recours, pour justifier l'application du droit belge, à la clause d'exception. Mme Saroléa a pour sa part fait remarquer à juste titre que “la jurisprudence gagnerait à une motivation plus circonstanciée sur cette question pour ne pas donner l'impression que le simple fait qu'un droit étranger soit différent justifie qu'il soit écarté au profit du droit belge” (S. SAROLÉA, “Droit international privé et droit de la famille”, in *Actualités de droit international privé*, Anthemis, 2009, (145), 186). *Adde* les

Toutes les différences entre le droit belge de la filiation et le droit étranger déclaré applicable ne sauraient d'ailleurs justifier le recours à l'exception d'ordre public. Il en va d'autant plus ainsi qu'il est parfois difficile d'apprécier avec certitude la position du droit étranger.<sup>22</sup>

Comme l'a très bien décidé la Cour d'appel de Liège dans une affaire où le lien de filiation conditionnait des prétentions successorales, la circonstance qu'un droit étranger permette de renverser la présomption de paternité dans d'autres circonstances que celles admises en droit belge – et notamment sans que le renversement soit soumis à une limite temporelle – ne constitue pas une violation de l'ordre public.<sup>23</sup> On peut également citer un arrêt de la Cour d'appel de Mons qui a refusé de considérer que le fait pour le droit rwandais, applicable en l'espèce, de limiter le droit d'agir en recherche en paternité, sauf en cas de possession d'état, aux cinq années qui suivent la majorité de l'enfant, constituait une violation de l'ordre public.<sup>24</sup>

### 3. *Peut-on moduler l'application de l'exception d'ordre public?*

L'article 21 du Code suggère de tenir compte, dans l'appréciation de la contrariété à l'ordre public, de "l'intensité de rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge". La jurisprudence française montre quelles conséquences la notion de proximité peut avoir en matière de filiation. Dans une décision de 2006, la Cour de cassation française a refusé de valider le recours à l'exception d'ordre public international pour écarter l'application d'une disposition de la loi algérienne qui ne permettait pas l'établissement de la filiation hors mariage. La Cour insiste notamment sur le fait que l'enfant ne possédait pas la nationalité française et ne résidait pas en France.<sup>25</sup>

Si l'on devait suivre cette jurisprudence en Belgique,<sup>26</sup> il faudrait moduler l'intervention de

---

commentaires de C. HENRICOT, "La titularité de l'action en contestation de paternité face à l'évolution de l'exception d'ordre public sous l'influence du droit interne", note sous Civ. Liège, 7 mars 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, 721, spéc. 722.

22 Ainsi l'on peut s'interroger sur la pertinence du raisonnement suivi par le tribunal de Liège (Civ. Liège, 6 mars 2009, inédit, RG 08/4284/A) à propos d'une demande de reconnaissance soumise au droit espagnol. Le tribunal a constaté que le droit espagnol ne prévoyait "pas de contrôle de l'intérêt de l'enfant", contrôle pourtant jugé indispensable par le tribunal au regard de l'exigence de l'art. 22bis de la Constitution belge. Dans la mesure où l'Espagne est liée par la Convention sur les droits de l'enfant depuis le 6 décembre 1990, l'on aurait pu penser que le droit espagnol permet de tenir compte de l'intérêt de l'enfant, comme l'impose l'art. 3 de la Convention.

23 Liège, 16 septembre 2009, *J.T.*, 2009, 71. Dans cette affaire, voy. aussi Civ. Neufchâteau, 2 juillet 2008, *J.T.*, 2008, 573 et *Rev. not. b.*, 2008, 521.

24 Mons, 25 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, 857, note de M. FALLON. En l'espèce, la question se posait à propos d'une action en recherche de paternité introduite par l'appelante en 2002, soumise au droit rwandais, droit de la nationalité de l'enfant en cause – la Cour n'a pas appliqué le Code de droit international privé. La Cour, rappelant les principes applicables, explique « *qu'en l'espèce, l'on n'aperçoit pas en quoi la loi rwandaise serait contraire à l'ordre public international belge, sauf à considérer par une conception particulièrement extensive de cette notion que toute loi étrangère doit se conformer aux solutions et délais retenus par le législateur belge* »

25 Cass fr. (1ère civ.), 10 mai 2006, *D.*, 2006, 2890. Pour de plus amples développements, voy. N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2007, 245, n° 255 e.s.

26 Comme nous y invite par ex. C. HENRICOT, "La titularité de l'action en contestation de paternité face à l'évolution de l'exception d'ordre public sous l'influence du droit interne", note sous Civ. Liège, 7 mars 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, 721, spéc. 723 – qui donne l'exemple d'un homme de nationalité marocaine résidant en



l'exception d'ordre public selon les liens que présente la situation avec la Belgique. Celle-ci ne pourrait être justifiée que si la situation est rattachée. L'on peut cependant se demander si ce développement, qui peut s'appuyer sur une invitation nette du législateur, est conforme à l'idée d'immanence qui informe les droits fondamentaux. Certes, lorsque l'exception d'ordre public est utilisée comme véhicule pour faire triompher les droits fondamentaux, il convient de respecter les revendications territoriales de ces derniers. Ainsi, si l'article 8 de la CEDH est invoqué à l'appui de l'exception d'ordre public, il faut tenir compte des limites spatiales qui restreignent le rayonnement de cette liberté fondamentale. Il n'en demeure pas moins que refuser d'appliquer une loi étrangère qui contient une distinction condamnable au regard de cette disposition ne nous paraît pas en imposer le respect à l'Etat étranger dont la loi est en cause.<sup>27</sup>

#### 4. *Quelles sont les conséquences de l'éviction d'une disposition de droit étranger ?*

Quelle est la conséquence du refus de retenir l'application de la disposition algérienne? L'article 21 *in fine* du Code invite à retenir “une autre disposition pertinente” du droit étranger, le recours au droit belge n'étant prévu qu'à titre subsidiaire. Il convient dès lors à tout le moins de retenir l'application du droit algérien en écartant la seule disposition qui prohibe l'établissement d'un lien de filiation hors mariage. L'on vérifiera dès lors si le droit algérien pose d'autres conditions – par exemple à propos du délai dans lequel une action en reconnaissance doit être engagée, ou encore comment la preuve du lien de filiation doit être rapportée.

Avec Mme Henricot, l'on peut prendre comme exemple pour illustrer l'effet ponctuel de l'exception d'ordre public l'action en contestation de paternité que souhaiterait engager une maman contre son époux, ressortissant tunisien.<sup>28</sup> Une fois constaté que le droit tunisien ne permet pas une telle action et qu'il doit être écarté sur ce point au nom de l'ordre public, l'effet ciblé de l'exception d'ordre public commande de consulter le droit tunisien pour tenter de déterminer s'il est possible d'y trouver un délai de prescription d'une telle action.

Il semble qu'en pratique, certaines juridictions estiment que l'éviction du droit étranger profite nécessairement au droit belge.<sup>29</sup> C'est ainsi que le tribunal de Liège a retenu, sans autre explication, l'application du droit belge après avoir constaté que l'application du droit turc ne pouvait être retenue.<sup>30</sup> On appréciera par contre le raisonnement du tribunal de Bruxelles qui, après avoir écarté l'application du droit marocain au motif que celui-ci ne permettait pas à l'enfant de contester une paternité établie sur base de la présomption de paternité, interroge le

---

Belgique, qui entend contester la paternité d'un père présumé, de nationalité marocaine également mais résidant au Maroc avec son épouse et l'enfant dont la paternité forme l'enjeu du litige. Selon Mme Henricot, l'on pourrait dans un tel cas d'espèce hésiter à utiliser l'exception d'ordre public en raison des “faibles éléments de proximité”.

27 Voy. les explications de N. Joubert sur cette question, à la lumière de l'expérience allemande : N. JOUBERT, *op.cit.*, 194-202.

28 C. HENRICOT, “La titularité de l'action en contestation de paternité ...”, *Rev. dr. étr.*, 2009, 721, spéc. 724 – avec référence à une décision inédite de la Cour d'Appel de Liège.

29 Critique sur ce point, G. MATHIEU, note sous Civ. Liège, 22 février 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 482.

30 Civ. Liège, 22 février 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, 718. Voy. aussi Civ. Liège, 6 mars 2009, inédit, RG 08/4284/A – à propos d'une demande de reconnaissance soumise au droit espagnol, le tribunal écarte le droit espagnol au motif que celui-ci ne permettrait pas de tenir compte de l'intérêt de l'enfant, pour poursuivre le raisonnement sur base du seul droit belge, sans revenir aucunement vers les autres dispositions du droit espagnol.

droit marocain pour établir le délai d'intentement de la procédure et déterminer également quels modes de preuve sont admissibles pour renverser la présomption de paternité.<sup>31</sup>

---

31 Civ. Bruxelles, 24 octobre 2006, inédit, RG 05/5294/A, en cause *Kamal Ben Halli*.

### Cas pratique n° 3

M. Lezna, ressortissant polonais, effectue en juin 2009 une reconnaissance par testament reçu par un notaire italien, d'un enfant né début 2009 en France d'une mère belge. Quelques temps après, M. Lezna décède.

La mère de l'enfant peut-elle contester la reconnaissance de l'enfant? Qu'en est-il du mari de la mère, un ressortissant français?

#### 1. *La validité formelle de la reconnaissance*

Le Code de droit international privé retient une règle spéciale pour les exigences formelles relatives à l'établissement de la filiation par acte volontaire : l'article 64 permet de valider une telle reconnaissance si elle répond aux exigences formelles soit de la loi du lieu où l'acte a été accompli (*locus regit actum*), soit de la loi applicable à la filiation.

En l'espèce, l'article 64 permet dès lors de valider la reconnaissance si celle-ci répond aux exigences formelles du droit italien (*locus regit actum*) ou du droit polonais, applicable à la filiation en vertu de l'article 62 (*infra*).

Le droit italien permet, comme le droit français,<sup>32</sup> la reconnaissance d'un enfant par testament.<sup>33</sup> La mère de l'enfant ne peut dès lors contester la validité formelle de la reconnaissance.

#### 2. *La reconnaissance doit-elle être homologuée ou être notifiée à la mère de l'enfant?*

L'on peut se demander s'il est nécessaire que la reconnaissance effectuée par M. Lezna fasse l'objet d'une homologation judiciaire. L'on sait en effet que dans certains droits, une reconnaissance ne produit d'effet qu'à la condition d'avoir été homologuée par une juridiction.

Cette question suscite une difficulté : faut-il considérer que l'exigence d'homologation constitue une exigence formelle ou doit-on au contraire voir dans cette exigence une condition substantielle soumise à la loi de la filiation? Si l'on opte pour la première lecture, il faudrait se référer à la règle alternative de l'article 64 qui permet de retenir soit la loi du lieu où la reconnaissance est effectuée, soit la loi applicable à la filiation.

---

32 L'art. 316 al. 3 du Code civil français prévoit que lorsque la filiation n'est pas établie par l'effet de la loi, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance. La reconnaissance peut être faite "dans l'acte de naissance, par acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique".

33 L'art. 254 du Code civil italien prévoit que : "*Il riconoscimento del figlio naturale è fatto nell'atto di nascita, oppure con una apposita dichiarazione, posteriore alla nascita o al concepimento, davanti ad un ufficiale dello stato civile o davanti al giudice tutelare o in un atto pubblico o in un testamento (587), qualunque sia la forma di questo*". Sur les raisons qui ont justifié la suppression par la loi du 31 mars 1987 de la possibilité d'une reconnaissance d'un enfant par testament, voy. G. VERSCHOLDEN, *Afstamming*, APR, 2004, Story-scientia, 239-240, n°381.

La même difficulté se produit à l'endroit du consentement éventuel de la mère de l'enfant, de la nécessité de notifier à la mère la reconnaissance effectuée par un tiers ou encore de la possibilité d'effectuer une reconnaissance pré-natale. Dans tous ces cas, l'on est en droit de se demander si la question posée intéresse les “formalités” de la reconnaissance.

La pratique n'a, à notre connaissance, pas encore apporté une réponse définitive à cette question. Selon Mme Saroléa, l'exigence d'homologation constitue une condition formelle.<sup>34</sup> D'autres commentateurs adoptent une position plus hésitante.<sup>35</sup> Le tribunal de Liège a cependant considéré, au moins implicitement, que l'exigence d'homologation devait être appréciée sur base de la loi de la filiation, loi désignée par l'article 62 § 1.<sup>36</sup>

L'incertitude sur le traitement à réserver à l'exigence d'homologation fait écho aux difficultés déjà anciennes qui affectent le contentieux de la modification du régime matrimonial d'époux.<sup>37</sup> Comme dans ce dernier registre, il est difficile de trancher avec certitude la question de la nature de l'exigence d'homologation.

Sans doute faudra-t-il, pour apprécier cette véritable nature, s'inspirer du traitement que lui réserve le droit matériel. A cette aune, l'on constate vite que, loin de constituer une simple formalité, l'exigence d'homologation judiciaire constitue une condition essentielle de la reconnaissance.<sup>38</sup> Lui accorder un traitement distinct des autres conditions substantielles posées pour la reconnaissance pourrait conduire à des incohérences et des ruptures de statut. L'obligation d'informer de la reconnaissance l'épouse de l'auteur de celle-ci, doit, sous peine de nouvelles incohérences, être à notre sens appréhendée de la même façon.<sup>39</sup> Dans les deux cas, il s'impose de consulter la loi nationale de l'auteur de la reconnaissance – même si ceci signifie qu'une reconnaissance pourrait ne pas devoir être notifiée à la mère belge d'un enfant

---

34 S. SAROLEA, “Le nouveau droit international privé belge – Etat et capacité des personnes – les relations parents – enfants”, *J.T.*, 2005, (173), 185, n° 125 et “Le Code de droit international privé et le droit familial. Le grand nettoyage de printemps”, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, (819), 866, n° 56.

35 Voy. surtout E. GULDIX, “Article 64”, in *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éds.), Bruylant/Intersentia, 2006, 341-342 (qui remarque que “Het lijkt erop dat de wetgever bij het uitwerken van zijn verwijzingsregeling voor de oorspronkelijke afstamming te weinig rekening gehouden heeft met de grote complexiteit van het materiële afstammingsrecht”) et J. VERHELLEN, “Drie jaar Wetboek ipr : een verkennende analyse van vragen uit de praktijk”, *T. Vreemd.*, 2008, (19), 23-24 – Mme Verhellen soulève la question sans apporter de réponse. *Comp.* avec l'observation de M. Fallon (note sous Civ. Arlon, 17 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, 187) qui tout en se demandant si l'homologation relève du fond ou de la forme, indique que cette homologation pourrait relever “davantage” du fond “puisque le juge est amené à habiliter au vu d'un examen de la réalité d'un lien que la reconnaissance tend à exprimer”.

36 Civ. Liège, 21 janvier 2005, en cause *N'Diaye Mohamed Moustapha*, RQ 04/3894/B. En l'espèce, une requête en homologation d'une reconnaissance avait été déposée par un ressortissant belge d'origine guinéenne. Après avoir constaté que l'auteur de la reconnaissance possédait la nationalité belge, le tribunal a conclu à l'application de la loi belge et fait droit à l'exigence d'homologation sur base de l'art. 319bis C. civ. (ancienne version), qui exigeait l'homologation (voy. sur l'exigence d'homologation dans l'ancien droit G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, APR, 2004, Story-scientia, 390 e.s., n° 681 e.s.). Cette décision ne permet pas de trancher avec certitude la question puisque le droit applicable était identique que l'on se base sur l'art. 62 ou 64 du Code.

37 Difficultés quelque peu atténuées depuis l'adoption de la loi du 18 juillet 2008 modifiant la législation en ce qui concerne la modification du régime matrimonial sans intervention du tribunal et les commentaires de H. JACOBS, “Heeft de wet wijziging huwelijksvermogensstelsel inzake het internationaal privaatrecht alle problemen opgelost?”, in *Liber amicorum Achille Cuypers*, I. PEETERS et al. (éds.), Larcier, 2009, 143-156.

38 Voy. les explications de G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, APR, 2004, Story-scientia, 390-391, n° 681-683.

39 *Comp.* avec la conclusion toute en retenue de Mme Verhellen, qui suggère que la notification à l'épouse de l'auteur de la reconnaissance, doit être considérée comme une exigence formelle (J. VERHELLEN, “Drie jaar Wetboek ipr...”, *T. Vreemd.*, 2008, (19), 24).

lorsque le droit national de l'auteur de la reconnaissance ne prévoit pas de notification.

Quant à la possibilité d'une reconnaissance prénatale, elle nous semble pouvoir être distinguée des deux questions précédentes. Elle se rapproche en effet plus d'une modalité de la reconnaissance et peut dès lors être rangée parmi les formalités de celles-ci. La règle alternative de l'article 64 s'impose dès lors.

### 3. *Quand peut-on reconnaître un enfant en Belgique?*

On notera que le Code retient une règle de compétence spéciale pour la reconnaissance. Contrairement aux autres règles de compétence prévues par le Code, celle-ci ne s'adresse pas aux juridictions, mais bien à toute autorité susceptible de recevoir un acte de reconnaissance – et en particulier l'administration de l'état civil et le notariat.

L'article 65 du Code retient trois critères alternatifs qui permettent d'établir un acte de reconnaissance en Belgique. Le premier s'attache à la personne de l'auteur de la reconnaissance : il peut faire établir un acte de reconnaissance en Belgique lorsqu'il est belge ou qu'il est domicilié ou réside habituellement en Belgique. Les deux autres critères concernent l'enfant qui fait l'objet de la reconnaissance : celle-ci est possible si l'enfant est né en Belgique ou y réside habituellement au moment de la reconnaissance.

Ces critères suscitent une difficulté en cas de reconnaissance prénatale. L'enfant n'étant pas encore né, l'on ne peut sans doute retenir les critères dérivés du lieu de naissance de l'enfant ou de sa résidence habituelle. Une reconnaissance prénatale ne serait donc possible en Belgique que lorsque l'auteur de la reconnaissance est belge ou qu'il réside habituellement en Belgique.<sup>40</sup>

Par ailleurs, l'on notera que la nationalité n'est retenue qu'en ce qui concerne l'auteur de la reconnaissance et non l'enfant. Il ne suffit dès lors pas que l'enfant soit belge pour permettre la reconnaissance en Belgique. Comme on l'a relevé, ceci s'explique sans doute parce que la nationalité de l'enfant n'est plus pertinente pour la détermination du droit applicable.<sup>41</sup>

### 4. *La contestation de la reconnaissance – un conflit de filiations*

En l'espèce, la reconnaissance effectuée par testament est contestée. Le droit applicable à la contestation de la reconnaissance est certainement déterminé par l'article 62 du Code. L'article 63 du Code vise en effet, au titre des questions régies par la loi de la filiation, l'identité des personnes admises à contester un lien de filiation ainsi que la charge et l'objet de la preuve du lien de filiation. Il s'agit dès lors de la loi nationale de la personne dont la paternité ou la maternité est en cause.

L'on est cependant en droit d'hésiter lorsque l'action vise à faire annuler une reconnaissance : faut-il considérer que l'action intéresse avant tout la paternité de la personne qui a reconnu

---

40 En ce sens, J. VERHELLEN, "Drie jaar Wetboek ipr...", *T. Vreemd.*, 2008, (19), 23 et A. NUYS, "Article 65", in *Le code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al. (éd.), Intersentia/Bruylant, 2006, 345.

41 M. FALLON, note sous Civ. Arlon, 17 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, 187.

l'enfant ou celle de la personne qui entend contester la reconnaissance? <sup>42</sup>

Cette situation est certainement celle d'un conflit de filiation au sens de l'article 62 § 2 du Code : deux personnes de même sexe revendiquent un lien de filiation à l'égard d'un même enfant, le premier en vertu de la présomption de paternité prévue par sa loi nationale (la loi française en l'espèce), le second sur base d'une reconnaissance effectuée conformément à sa loi nationale.<sup>43</sup> Conformément à l'article 62 § 2, il convient dès lors de retenir la loi qui régit la filiation résultant de plein droit de la loi.

En l'espèce, la demande doit dès lors être soumise au droit français, et ce tant en ce qui concerne la contestation effectuée par le mari de la mère, un ressortissant français, que par celle-ci.

---

42 En pratique, la question n'est pertinente que lorsque les personnes intéressées ne possèdent pas la même nationalité. Voy. p. ex. Civ. Arlon, 2 septembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, 188 – en l'espèce, tant le mari de la mère que cette dernière et la personne qui entendait reconnaître l'enfant, né en France, possédaient la nationalité belge.

43 Sans doute serait-on en droit d'hésiter si la reconnaissance effectuée par testament ne pouvait sortir d'effet qu'une fois homologuée par une juridiction. Dans ce cas, la reconnaissance n'aurait pas encore eu pour effet d'établir un lien de filiation. L'on ne serait donc pas en présence d'un véritable conflit de filiations, seul le lien de filiation découlant de la présomption de paternité étant établi. Quelle loi faudrait-il retenir dans ce cas pour apprécier : la loi de la présomption de paternité ou la loi de l'auteur de la reconnaissance? A notre sens, il faudrait retenir un rattachement à la loi en vertu de laquelle la présomption de paternité a permis d'établir un lien de filiation au bénéfice de l'enfant.

## Cas pratique n° 4

M. Charles-Antoine Wilmar, ressortissant belge qui a acquis la nationalité allemande en 1962, se marie en Allemagne en 1963 avec Mme Stefanie Ruwiz, ressortissante allemande. Les époux se séparent vers 1975, sans qu'un divorce soit prononcé. Mme Ruwiz, qui cohabite depuis 1976 avec M. Georg Hoffmann, met au monde une fille en mai 1977, à Berlin.

M. Wilmar, qui est revenu en Belgique et n'entretient que des contacts très épisodiques avec Mme Ruwiz, décède en 2005. Présumant qu'il ne laisse aucun descendant, sa succession est partagée entre les deux filles de sa soeur.

La fille de Mme Ruwiz, Sophia Ruwiz, revendique en 2009 ses droits d'héritière réservataire dans la succession de M. Wilmar, au motif que celui-ci n'aurait en réalité jamais cessé de fréquenter Mme Ruwiz et qu'il serait son père biologique.

### 1. *La question de la filiation et la liquidation de la succession*

Mme Sophia Ruwiz ne peut faire valoir des droits dans la succession que si elle possède un lien de filiation avec M. Wilmar. Le lien de filiation, soumis à la loi de la filiation, est donc une condition préalable à la résolution de la question successorale. L'on aura soin de distinguer les deux questions : même si question de la filiation se pose dans un contexte successoral, il n'en reste pas moins que cette question doit être résolue sur base des règles relatives à la filiation, qui font l'objet d'un rattachement autonome.

### 2. *Peut-on appliquer le Code de droit international privé ?*

Peut-on appliquer le Code de droit international privé à la demande, alors que la naissance a eu lieu bien avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé?

Selon l'article 127 du Code, celui-ci s'applique aux "actes et faits juridiques qui sont survenus après son entrée en vigueur", à savoir le 1 octobre 2004. L'article 127 § 5 retient cependant une règle spéciale pour les demandes portant sur un lien de filiation. Selon cette disposition, les règles de rattachement introduites par le Code s'appliquent aux "demandes introduites après l'entrée en vigueur de la loi".

Il s'en déduit que les règles de rattachement prévues aux articles 62 à 64 s'appliquent certainement dans le cadre des actions en justice introduites après l'entrée en vigueur du Code. La date pertinente est dès lors celle de l'introduction de la demande en justice.<sup>44</sup> Ceci signifie que si une question de filiation se pose dans une procédure judiciaire engagée aujourd'hui, il faudra nécessairement appliquer les règles de rattachement du Code. En d'autres termes, ces règles ont une portée temporelle très large, puisqu'elles peuvent également s'appliquer à des faits qui se sont produits avant l'entrée en vigueur du Code.

---

<sup>44</sup> S'agissant de définir cette question, il faut sans doute se reporter aux précisions apportées par le droit judiciaire interne belge. Voy. les explications de G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Larcier, 2003, 85-86, n° 60.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Mons dans un arrêt du 25 janvier 2005 a soumis l'action en recherche de paternité introduite par l'appelante en 2002 au droit rwandais, droit de la nationalité de l'enfant en cause.<sup>45</sup> Si cette action avait été soumise aux dispositions du Code de droit international privé, la solution aurait été radicalement différente. L'article 62 du Code conduit en effet à l'application de la loi nationale de l'auteur dont la filiation est discutée. En l'espèce ce dernier possédait la nationalité belge.

Faut-il accepter qu'il en va de même lorsque la question de la filiation se pose indépendamment de toute procédure judiciaire – par exemple dans le cadre de la liquidation par un notaire d'une succession, un enfant naturel du défunt prétendant faire valoir des droits sur la succession de celui-ci? Il n'y a pas de raison de s'écarter de

Notons cependant que l'article 127 § 5 ne permet pas de remettre en cause un lien de filiation valablement établi avant l'entrée en vigueur du Code. Lorsque les événements qui conduisent à l'établissement d'un lien de filiation – naissance d'un enfant, reconnaissance – se sont produits avant l'entrée en vigueur du Code, l'on peut dès lors vérifier si l'ancienne règle de rattachement permet de valider un lien de filiation. Si la réponse s'avère positive, l'application de la nouvelle règle de rattachement ne peut conduire à invalider le lien de filiation.

### 3. *Quelle loi retenir pour apprécier l'existence d'un lien de filiation?*

Quelle loi retenir pour déterminer si Mme Sophia Ruwicz peut faire valoir un lien de filiation avec M. Wilmar ? Selon l'article 62 CODIP, le lien de filiation est régi par la loi de la nationalité de l'intéressé. Belge de naissance, M. Wilmar a acquis la nationalité allemande par naturalisation avant 1984. En principe, l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère conduisait, sous l'empire de la législation en vigueur en 1962, à la perte de la nationalité belge.<sup>46</sup>

Une réserve était cependant faite pour les ressortissants belges encore soumis aux obligations de service militaire. L'article 18, 1<sup>o</sup> al. 2 des lois coordonnées de 1932 prévoyait que l'acquisition d'une nationalité étrangère ne conduisait à la perte de la nationalité belge que sur autorisation du Roi. Imaginons que M. Wilmar n'était plus soumis aux obligations militaires, ni pour l'armée active, ni pour sa réserve. L'acquisition de la nationalité allemande a dès lors conduit à la perte automatique de la nationalité belge. Il faut dès lors retenir la loi allemande, loi de la nationalité de la personne dont la paternité est en cause.

### 4. *La présomption de paternité du droit allemand*

Le droit allemand s'applique en vertu de l'article 62 du Code pour déterminer si Mme Sophia Ruwicz peut faire valoir un lien de filiation à l'égard de feu M. Wilmar.<sup>47</sup>

45 Mons, 25 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, 857, note de M. FALLON.

46 L'article 18 des lois coordonnées de 1932 sur l'acquisition, la perte et le recouvrement de la nationalité prévoyait en effet que "Perdent la qualité de belge : 1<sup>o</sup> celui qui acquiert volontairement une nationalité étrangère".

47 L'on notera qu'il n'est pas permis de tenir compte de la règle de rattachement du droit étranger désigné par la règle belge, l'article 16 du Code de droit international privé ne permettant pas le renvoi.



Le droit allemand prévoit une présomption de paternité au bénéfice du mari de la mère de l'enfant.<sup>48</sup> M. Wilmar est dès lors *prima facie* le père de Mme Sophia Ruwitz, sauf si les héritiers de M. Wilmar parviennent à renverser la présomption. Le droit allemand prévoit que la présomption de paternité peut être renversée par une action devant le *Familiengericht*. L'action ne peut cependant être engagée que dans un délai de deux ans après le moment où le demandeur (qui peut être engagée par la mère, l'enfant, le père présumé ou le père biologique) prend connaissance des circonstances rendant la paternité douteuse.<sup>49</sup> Une règle spéciale vise le cas où l'action en contestation est engagée par un enfant devenu majeur : selon le § 1600 al. 3 BGB, cette action doit être engagée dans un délai de deux ans après la majorité de l'enfant à condition que l'enfant ait pris connaissance des circonstances qui le font douter de la paternité.

Toutes ces questions – délai pour engager l'action, qui peut l'engager, quelle est la charge de la preuve pour renverser la présomption – sont délaissées à la loi nationale de la personne dont la paternité est en cause.

En l'espèce, il faudra sans doute constater que la présomption de paternité ne peut plus être renversée, sauf à démontrer que Mme Sophia Ruwitz n'a appris que récemment les relations entre sa mère et M. Wilmar.

##### 5. *La clause d'exception pourrait-elle jouer un rôle?*

Le Code de droit international privé prévoit en son article 19 la possibilité pour le juge ou l'interprète de s'écarter du résultat normal de la règle de rattachement lorsqu'il s'avère que celui-ci ne correspond pas à l'impératif général de proximité qui sous-tend le raisonnement de droit international privé.

Pourrait-on invoquer cette clause d'exception pour justifier l'application du droit belge en l'espèce? Certes, la succession de M. Wilmar est régie par la loi belge, loi de sa dernière résidence habituelle (art. 78 CODIP). En outre, il a possédé la nationalité belge. Il demeure que la question posée est celle de l'existence d'un lien de filiation et non celle de la liquidation de la succession. L'appréciation doit dès lors se faire au regard de la loi applicable à la filiation et des liens qu'elle entretient avec le cas d'espèce. A ce titre, l'application de la loi allemande paraît peu susceptible d'être écartée, dans la mesure où elle présente des liens importants avec le contexte familial sur lequel se greffe la question de la filiation.

Il faut en effet se rappeler qu'il ne suffit pas de constater, pour justifier le recours à la clause d'exception, que l'espèce présente des liens étroits avec la Belgique. L'article 19 exige d'abord la démonstration que la situation ne présente « qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné ». Puisque l'article 62 retient un rattachement à la loi nationale de l'auteur, c'est sur l'importance ou la faiblesse des liens qui unissent la situation à la loi nationale de l'auteur qu'il

---

48 § 1592 al. 1 BGB – qui dispose que “*Vater eines Kindes ist der Mann ... der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist*”.

49 Depuis la loi de réforme du 16 décembre 1997, le § 1599-2 du BGB allemand prévoit que la présomption de paternité peut être également renversée en cas de reconnaissance de l'enfant par un tiers, moyennant l'accord préalable du mari. Cette possibilité n'existe cependant que lorsque l'enfant est né pendant une procédure de divorce ou dans un délai d'un an après que le jugement de divorce soit passé en force de chose jugée.

faut concentrer l'examen.<sup>50</sup> Ce n'est qu'une fois qu'est établie la faiblesse des liens unissant la situation à la loi de l'auteur, que l'on pourra examiner si une autre loi présente un titre plus important à s'appliquer.<sup>51</sup> Comment peut-on déterminer si l'espèce ne présente effectivement qu'un lien très faible avec la loi nationale de la personne dont la paternité est en cause? Les juridictions semblent adopter une approche pragmatique, examinant l'ensemble des éléments de fait. Lorsque l'action vise à contester la paternité d'un père fondée sur une présomption de paternité, plusieurs juridictions ont ainsi accepté le recours à l'article 19 lorsqu'il apparaissait que l'ensemble des parties, en ce compris le père, résidaient en Belgique, et que le seul rattachement à la loi étrangère était la nationalité du mari de la mère.<sup>52</sup> L'on peut se demander si cette approche ne fait pas trop peu de cas de la force intrinsèque du rattachement à la nationalité. Peut-on accepter qu'une situation présente des liens très faibles avec le pays étranger dont est originaire la personne dont la paternité est en cause, sans remettre en cause la valeur même du rattachement à la loi nationale?

En tout état de cause, il n'est pas permis de se fonder, pour justifier l'éventuel recours à la clause d'exception, sur le contenu du droit étranger déclaré applicable. Une telle appréciation n'a pas sa place lorsqu'est en jeu la possibilité de recourir à la clause d'exception.<sup>53</sup>

---

50 P. ex. Civ. Bruxelles, 24 octobre 2006, inédit, RR 06/2039/B, en cause *Certenais* (le tribunal, saisi d'une demande tendant à autoriser un ressortissant français à reconnaître les enfants à naître d'une dame mariée à un ressortissant belge, refuse d'écarter l'application du droit français, droit applicable à pour déterminer si la reconnaissance de l'enfant peut être effectuée, sur base de la clause d'exception, au motif que "Le juge se doit d'être attentif à ne pas mettre en péril la règle de rattachement normale ... aucune circonstance exceptionnelle ne paraît pouvoir être prise en considération pour écarter le droit français").

51 Voy. par ex. Civ. Bxls, 19 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, 836 et les commentaires de F. COLLIENNE. En l'espèce, un français domicilié en Belgique souhaitait reconnaître l'enfant d'une belge, domiciliée en Belgique et mariée avec le père présumé de l'enfant, lui aussi de nationalité belge et domicilié en Belgique. Après avoir noté que « si le législateur a entendu certes permettre aux juridictions belges de s'écarter du jeu normal de la règle de rattachement pour privilégier dans des circonstances particulières l'application d'une règle de droit, il convient de ne pas oublier qu'il doit s'agir de circonstances exceptionnelles » et que "le juge se doit d'être attentif à ne pas mettre en péril la règle de rattachement normale", le tribunal rejette le recours à la clause d'exception, au motif que « aucune circonstance exceptionnelle ne paraît pouvoir être prise en considération pour écarter le droit français ».

52 P. ex. Civ. Liège, 5 mai 2006, *Rev. dr. étr.*, 2006, 237 (demande visant à contester la paternité du mari de la mère de l'enfant, un ressortissant angolais; le tribunal constate que seule la nationalité du père présumé rattache la situation à l'Angola) et Civ. Leuven, 27 octobre 2008, inédit, RG 08/1637/A (en l'espèce, la demande visait à contester la paternité établie au bénéfice du mari de la mère, un ressortissant marocain qui s'était séparé de la mère bien avant la période de conception. Le tribunal a relevé que tous les protagonistes résidaient en Belgique et que le père présumé, bien que ressortissant marocain, n'avait pas l'intention de quitter la Belgique).

53 Civ. Nivelles, 25 octobre 2005, *Rev. trim. dr. Fam.*, 2006, 878, note M. FALLON. En l'espèce, un ressortissant allemand domicilié en Belgique souhaitait reconnaître l'enfant d'une ressortissante belge elle aussi domiciliée en Belgique et mariée à un ressortissant péruvien. Ce n'est qu'après avoir constaté que la loi péruvienne ne prévoyait pas d'action de substitution de paternité, que le tribunal évoque la possibilité de recourir à la clause d'exception, laissant penser que l'application éventuelle de l'article 19 était fondé sur des considérations matérielles. Comme le note M. Fallon, « la place qu'occupe l'évocation de la clause d'exception dans la séquence du raisonnement du tribunal donne à penser que c'est le contenu du droit péruvien qui a incité à revenir au droit belge via cette clause ».

## Cas pratique n° 5

M. et Mme Maertens, ressortissants belges, ne peuvent pas avoir d'enfant. Ne souhaitant pas attendre le résultat d'une procédure d'adoption internationale, ils acceptent une invitation faite par une entreprise ukrainienne dont le site internet ([www.surrogacy-ukraine.com](http://www.surrogacy-ukraine.com)) vante la grande flexibilité du droit ukrainien. L'agence de maternité de substitution propos une solution sur mesure à partir de 25.000 EUR.

Après s'être rendu en Ukraine, avoir visité les installations de l'entreprise et rencontré le médecin et la candidate mère porteuse, M. et Mme Maertens se demandent si la naissance de l'enfant et surtout le lien de filiation va être reconnu par les autorités belges.

### 1. *La filiation est-elle établie en Ukraine ?*

Le droit ukrainien permet, tout comme le droit russe,<sup>54</sup> la conclusion d'un contrat de mère porteuse.<sup>55</sup> Selon le droit ukrainien, l'acte de naissance de l'enfant sera dressé avec le nom des parents qui ont donné leurs gamètes et ont utilisé les services d'une mère porteuse.<sup>56</sup>

Le droit comparé apprend que la reconnaissance d'un lien de filiation dérivant d'un contrat de mère porteuse est l'exception.<sup>57</sup> Seules quelques juridictions accordent un traitement favorable à la filiation de substitution. Le droit de l'état de Californie constitue l'une des exceptions permettant l'établissement d'un lien de filiation à l'endroit d'enfants nés d'une mère porteuse.<sup>58</sup>

### 2. *Le lien de filiation sera-t-il reconnu en Belgique?*

En vertu du droit ukrainien, un acte de naissance a été dressé suite à la naissance de l'enfant. Cet acte mentionne la filiation de l'enfant non pas avec la mère porteuse, mais bien avec la mère 'contractuelle'. Un tel acte sera-t-il reconnu en Belgique?

S'agissant d'un acte de naissance, il faut retenir les conditions posées par l'article 27 du Code de droit international privé<sup>59</sup> – et ce même s'il a fallu d'abord solliciter l'autorisation d'un

---

54 Sur l'état du droit russe, voy. M. ANTOKOLSKAYA, "Draagmoederschap naar russisch recht, in *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, K. BOELE-WOELKI et M. ODERKER (éds.), Intersentia, 1999, 127)154.

55 En droit belge, le contrat par lequel une personne s'engage à porter un enfant et à la céder après sa naissance, est en règle considéré comme nul. Voy. G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, APR, 2004, Story-scientia, 699-708.

56 Art. 123-2 Code ukrainien de la famille.

57 On trouvera de précieux renseignements de droit comparé in *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, K. BOELE-WOELKI et M. ODERKER (éds.), Intersentia, 1999 (et notamment des rapports belge, néerlandais, allemand, autrichien, russe, anglais, suisse et français).

58 Ceci n'a été acquis qu'au prix d'une longue évolution jurisprudentielle. Les arrêts les plus importants sont les suivants : *Johnson v. Calvert* (1993) 5 Cal.4th 84 (California Supreme Court) et *In Re Marriage of Buzzanca* 61 Cal. App. 4<sup>th</sup> 1410.

59 *Comp. Civ. Huy*, 22 mars 2010, inédit, n° 09/760/B, en cause *Jungbluth et Vanhal* – en l'espèce, le tribunal était saisi d'une demande de reconnaissance de deux actes de naissance établis aux Etats-Unis, suite à l'autorisation donnée par une juridiction américaine. Le tribunal indique, à tort selon nous, qu'il n'est pas nécessaire de faire une distinction entre le régime des actes étrangers et celui des décisions judiciaires, l'ordre

tribunal pour la rédaction de l'acte, comme c'est par exemple le cas en droit californien, lorsque les parents contractuels sollicitent du tribunal avant la naissance de l'enfant, l'autorisation de faire dresser l'acte de naissance à leur nom et non à celui de la mère porteuse.<sup>60</sup> Cette disposition impose un contrôle conflictuel de l'acte étranger. Il est donc nécessaire de s'interroger sur la loi qui aurait été appliquée si les dispositions du Code avaient été appliquées. L'acte étant invoqué à l'appui de l'existence d'un lien de filiation, il faut retenir la règle relative à la filiation. Cette règle n'est cependant pertinente que pour les seules mentions de l'acte relatives à la filiation de l'enfant. La constatation de la naissance de l'enfant ainsi que la date et le lieu de naissance sont des données irréductibles à tout raisonnement conflictuel. Leur accueil en Belgique ne peut dès lors être subordonné aux exigences de l'article 27.

Puisqu'est en jeu la filiation maternelle constatée par l'acte de naissance ukrainien, il faudra retenir la loi nationale de la mère en vertu de l'article 62 du Code de droit international privé. Si l'on s'interroge sur la question de savoir si Mme Maertens, qui est renseignée sur l'acte de naissance comme étant la mère de l'enfant, peut revendiquer en Belgique un lien de filiation avec l'enfant, l'on doit retenir l'application de la loi belge puisqu'elle possède la nationalité belge.

En vertu de la législation belge, la mère est la personne dont le nom est renseigné sur l'acte de naissance (art. 312 C. civ. - *mater semper certa est*). Ceci explique que lorsqu'un enfant naît en Belgique d'une mère gestatrice, il sera considéré comme l'enfant de cette dernière, même si tout ou partie du matériel génétique est originaire d'une mère génétique. L'enfant étant né en Belgique, un acte de naissance sera dressé qui renseignera la mère gestatrice comme mère légale, sans possibilité aucune pour la mère génétique de contester cette filiation.<sup>61</sup>

En l'occurrence, cette règle devrait permettre de considérer que Mme Maertens est la mère de l'enfant, puisque son nom est renseigné comme tel sur l'acte de naissance. Il demeure qu'en droit belge, la présomption de filiation au profit de la mère exige non seulement que le nom de la mère soit renseigné dans l'acte de naissance, mais également que ce nom corresponde à celui de la personne qui a donné naissance à l'enfant. S'il apparaît que la personne qui est renseignée comme la mère, n'a en réalité pas donné naissance à l'enfant, il semble que l'article 312 ne joue plus.<sup>62</sup> Mme Maertens n'ayant pas donné naissance à l'enfant, il faut en conclure que la filiation que permet d'établir *prima facie* l'acte de naissance établi à l'étranger, ne peut être acceptée. Au minimum, ce lien de filiation pourra être remis en question en apportant la preuve que Mme Maertens n'a pas donné naissance à l'enfant.

Quant à la filiation paternelle, elle est également régie par le droit belge, puisque M. Maertens

---

public jouant dans les deux cas le rôle de limite à l'accueil de ce qui a été décidé à l'étranger.

60 Voy. par. ex. Paris, 25 octobre 2007, *JCP*, Ed. G, 14 novembre 2007, act. 547 – la Cour relève que les parents se sont fait autoriser par une juridiction californienne, avant la naissance des enfants, à faire acter à leur nom l'acte de naissance. Voy. les très intéressants commentaires de G. Cuniberti sous cette décision (*J.D.I.*, 2008, 144 e.s.). M. Cuniberti démontre de façon convaincante qu'il serait erroné de s'en remettre à la méthode conflictuelle pour apprécier l'accueil en France du lien de filiation créé en Californie, puisque celui-ci a fait l'objet de deux actes de naissance et d'une décision de justice d'une juridiction locale.

61 Pour plus de détails, voy. G. VERSCHULDEN, *Afstamming*, APR, 2004, 710-711, n° 1284.

62 En ce sens, A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en in Frankrijk : een stand van zaken", in *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, K. BOELE-WOELKI et M. ODERKER (éds.), Intersentia, 1999, (89), 107.

est belge. En principe, M. Maertens peut revendiquer la présomption de paternité de l'article 315 C. civ. Cette présomption ne lui sera cependant d'aucun secours si le lien de filiation auquel prétend son épouse sur base de l'acte de naissance établi en Ukraine, est rejeté.

On le voit, il semble possible d'opposer un refus à l'acte de naissance établi en Ukraine sur base de la simple application du droit belge, sans recourir à d'autres techniques de droit international privé.

### 3. *Application d'un droit étranger qui consacre le recours à une mère porteuse – l'ordre public*

L'on peut cependant poursuivre le raisonnement et s'interroger sur l'hypothèse dans laquelle la personne qui revendique l'établissement du lien de filiation, possède la nationalité d'un Etat qui admet le recours à une mère porteuse. Si Mme Maertens possédait la nationalité ukrainienne,<sup>63</sup> pourrait-elle s'appuyer sur l'acte de naissance établi en Ukraine et devrait-on dans cette hypothèse reconnaître en Belgique le lien de filiation entre l'enfant et la mère porteuse? Comme on l'a vu, le droit ukrainien connaît en effet la distinction entre mère gestatrice et mère génétique et retient un lien de filiation non pas avec la mère porteuse, mais avec Mme Maertens.

L'application des dispositions de droit ukrainien, ou d'un autre droit étranger qui permet la distinction entre mère gestatrice et mère génétique, peut-elle se heurter à l'exception d'ordre public prévue à l'article 21 du Code? Le contrat de mère porteuse est sans doute contraire à l'ordre public en droit interne belge. Qu'en est-il de l'établissement d'un lien de filiation sur base d'un droit étranger en vertu d'un tel contrat?

Il est évident que le recours à une technique de procréation comme la gestation pour autrui, constitue un terrain fertile pour le recours à l'exception d'ordre public. Les quelques commentateurs qui se sont risqués sur ce terrain ont évoqué cette possibilité, sans cependant trancher de façon décisive.<sup>64</sup> Lors de la discussion du projet de Code au Sénat, la question avait également été posée. Les indications que donne le rapport établi par la Commission justice du Sénat laissent penser qu'il y a un champ possible pour l'exception d'ordre public, sans toutefois trancher la question.<sup>65</sup>

Une décision récente se tourne d'ailleurs vers l'exception d'ordre public pour refuser de reconnaître effet aux actes de naissance valablement établis aux Etats-Unis suite à la naissance de jumeaux par gestation pour autrui.<sup>66</sup> Après avoir constaté que « la reconnaissance [des]

---

63 Ou si, hypothèse peu réaliste, la juridiction saisie retenait l'application de la loi ukrainienne en vertu de la clause d'exception (art. 19 du Code).

64 Voy. surtout les remarques de M. FALLON, "Questions actuelles de conflits de lois relatives à l'enfant", précité, 61 – selon M. Fallon, "l'application d'un droit étranger permettant un nouveau mode de procréation pourrait être écartée en vertu de l'exception d'ordre public".

65 Rapport Commission justice Sénat, *Doc. Parl.*, 2003-2004, n° 3-27/252. Voy. aussi les réflexions de F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 2005, 596, n° 12.117.

66 Civ. Huy, 22 mars 2010, inédit, n° 09/760/B, en cause *Jungbluth et Vanhal*. En l'espèce, deux ressortissants belges mariés avaient eu recours à une mère porteuse aux Etats-Unis qui avaient mis au monde deux filles. La demande portée à la connaissance du tribunal visait à faire reconnaître en Belgique les actes de naissance des deux filles.

actes de naissance n'est que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'enfants conçus en exécution d'un contrat de gestation pour autrui » et qu'il serait dès lors « totalement artificiel de feindre d'ignorer que les actes de naissance ont été pris en suite d'une telle convention », le tribunal de Huy explique que la convention de gestation pour autrui contrevient à l'ordre public dans la mesure où elle « porte atteinte au principe de l'indisponibilité de l'état et du corps ». Et le tribunal d'insister sur le fait que la gestation pour autrui constitue une atteinte aux droits de l'enfant, notamment au droit de connaître ses parents, ainsi qu'une atteinte à la dignité de la mère porteuse lorsqu'elle prend place dans un cadre commercial. Sur cette base, le tribunal refuse de reconnaître les actes de naissance dressés aux Etats Unis.

Cette appréciation fait sans doute insuffisamment que l'on peut regretter que le tribunal n'ait pas pris la mesure exacte du rôle joué par l'ordre public dans l'accueil des actes authentiques étrangers : lorsque l'article 27 insiste sur l'article 21, il faut comprendre que le contrôle de l'ordre public ne porte pas tant sur les effets que produiraient en Belgique l'accueil de l'acte étranger, mais bien sur les effets de l'application de la loi étrangère déclarée applicable par la règle de rattachement. Il existe dès lors à ce propos une différence, technique certes, mais importante, sur la portée du test de l'ordre public lorsqu'est en jeu une décision judiciaire étrangère ou un acte authentique.<sup>67</sup> Cette différence commande que l'on approche l'exception d'ordre public avec plus de distance lorsqu'est en jeu l'accueil d'un acte étranger.

Quant au fond, l'appréciation ne peut en soi être critiquée, sauf à entrer sur le terrain des jugements de valeur. Il demeure que le droit comparé permet de nuancer quelque peu l'appréciation du tribunal de Huy.<sup>68</sup> L'on notera par exemple qu'en Espagne, la *Dirección General de los Registros y el Notariado* (DGRN) a refusé en février 2009 de considérer que la reconnaissance de deux actes de naissance établis en Californie suite à la naissance de deux jumeaux des oeuvres d'une mère gestatrice, constituait une violation de l'ordre public.<sup>69</sup> Après avoir essuyé un refus de reconnaître le lien de filiation, les parents, un couple d'homosexuels espagnols, introduisirent un recours auprès de la DGRN. Se fondant sur l'article 81 de la *Reglamento del Registro Civil*, la DGRN examina principalement la compatibilité des actes de naissance avec l'ordre public international espagnol. Il est intéressant de noter que pour justifier l'accueil des actes de naissance, la DGRN a pris note de ce qu'en droit espagnol, le lien de filiation peut s'établir autrement que sur une base strictement génétique. En outre, la DGRN a noté qu'il était possible en droit espagnol d'établir un lien de filiation à l'égard de deux personnes du même sexe, notamment par le biais de l'adoption. Enfin, la DGRN a eu égard aux dispositions de la Convention sur les droits de l'enfant et du concept primordial de l'intérêt de l'enfant.<sup>70</sup>

---

67 Pour plus de détails, voy. nos commentaires in “De strijd tegen (schijn)huwelijken voltrokken in het buitenland : is het Belgisch ipr aan een update toe?”, in *Nieuw internationaal privaatrecht : meer Europees, meer globaal*, J. ERAUW et P. TAELEMAN (éds.), Kluwer, 2009, (173), 186-187.

68 Pour une perspective néerlandaise, voy. les commentaires de K. SAARLOOS et J. H. BERKEL, “From Russia with love: ouderschap na draagmoederschap en de Wet conflictenrecht afstamming”, *NIPR*, 2008, 117-124.

69 DGRN, 18 février 2009, décision commentée par A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret*, 2009/3, 3/2009, 1-42 (disponible à l'adresse [www.indret.com/pdf/657\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf)).

70 Voy. aussi la décision de la *Family court* anglaise à propos d'un contrat conclu entre un couple de ressortissants anglais et une mère porteuse ukrainienne (*Re X & Y (Foreign Surrogacy)*, [2008] EWHC 3030 (Fam)). Alors que le droit anglais interdit le paiement à la mère porteuse d'autres sommes d'argent que celles

#### 4. *Application d'un droit étranger qui consacre le recours à une mère porteuse – la fraude à la loi*

En tout état de cause, il faudra être attentif à l'impact de la *fraude à la loi*, sur laquelle l'article 27 attire explicitement l'attention. Les deux époux qui résident en Belgique se rendent en effet en Ukraine (ou en Californie) exclusivement pour avoir recours aux services d'une mère porteuse, en application des dispositions du droit ukrainien (ou californien).

Il ne suffit pas cependant de constater que la matière de la filiation est une matière dans laquelle les parties n'ont de toute évidence pas la libre disposition de leurs droits. Pour justifier le recours à la fraude à la loi, encore faut-il constater qu'en faisant appel à la gestation pour autrui dans un pays étranger, les époux Maertens ont évité l'application du droit qui aurait été applicable à défaut des « faits et actes constitués dans le seul but d'échapper » à la loi normalement applicable. En l'espèce, il faut sans doute considérer, pour déterminer s'il y a eu fraude à la loi, la situation en faisant abstraction de la gestation pour autrui. Si Mme Maertens avait donné naissance à un enfant, le droit belge se serait nécessairement imposé pour déterminer l'existence d'un lien de filiation – même si la naissance avait eu lieu sur le sol ukrainien.<sup>71</sup> Il est dès lors difficilement contestable qu'il y a eu fraude à la loi.<sup>72</sup>

#### 5. *Quelles solutions alternatives?*

Il reste à se pencher sur le sort de l'enfant. Né en Ukraine, il est considéré par les autorités ukrainiennes comme l'enfant de M. et Mme Maertens. Il est dès lors fort probable que l'enfant n'aura pas acquis la nationalité ukrainienne – sauf si celle-ci prévoit l'acquisition *ius soli*.<sup>73</sup> Si le lien de filiation valablement établi en Ukraine n'est pas reconnu en Belgique, l'enfant ne pourra prétendre à la nationalité belge. En pratique, il n'est pas exclu que l'ambassade belge délivre un passeport provisoire qui permettra à l'enfant d'accompagner ses parents en

---

destinées à compenser les frais et dépenses raisonnables qu'entraîne la grossesse pour la mère porteuse, la cour a accepté de faire droit à la demande visant à établir un lien de filiation malgré le paiement par le couple anglais d'un montant important (25.000 USD) à la mère porteuse.

71 Il ne nous semble pas possible de considérer que le 'fait' susceptible de fonder la fraude, se réduit à la simple naissance de l'enfant en Ukraine. Si une telle lecture était acceptée, il n'y aurait pas de place pour la fraude à la loi puisqu'il faudrait conclure que les époux n'ont pas, par leur manoeuvre, modifié la loi applicable – l'existence d'un lien de filiation devrait être appréciée sur base du droit ukrainien que l'enfant soit né en Ukraine ou en Belgique, puisque la mère qui a donné naissance à l'enfant est une ressortissante ukrainienne.

72 En ce sens, mais au prix d'une motivation fort succincte, Civ. Huy, 22 mars 2010, inédit, n° 09/760/B, en cause *Jungbluth et Vanhal*.

73 Dans une espèce qui concernait un couple de ressortissants anglais qui avaient eu recours aux services d'une mère porteuse ukrainienne, qui avait donné naissance à des jumeaux, une juridiction anglaise a résumé de la façon suivante le sort des enfants nés de tels arrangements en droit ukrainien : “ the consequences of the application of Ukrainian law are that once the surrogate mother had given birth to the twins and delivered them to the applicants, she and her husband were free of all obligation to the children. They had neither the status nor the rights and duties of parents; indeed it seems that they could probably have been compelled under Ukrainian law to complete the surrogacy agreement once the children had been born. Moreover, the children had no rights of residence in or citizenship of the Ukraine and there was no obligation owed them by the state other than to accommodate them as an act of basic humanity in a state orphanage. The applicants became the parents for all purposes under Ukrainian law and were registered as such on the birth certificate. The children accordingly took their parents' nationality and were not therefore Ukrainian citizens” (*Re X & Y (Foreign Surrogacy)*, [2008] EWHC 3030 (Fam) § 8).

Belgique.

Une fois arrivé en Belgique, quelle solution peut-on envisager pour permettre la reconnaissance du lien de filiation créé en Ukraine? Une première solution consiste à envisager l'adoption de l'enfant par ses parents.<sup>74</sup> Les juridictions belges ont déjà accepté le recours à l'adoption pour établir un lien de filiation dans un contexte de maternité de substitution.<sup>75</sup> Le tribunal de la jeunesse de Bruxelles a précisé dans une espèce tranchée en mai 2009 que l'adoption était la seule procédure permettant de faire établir un lien de filiation, toutes les autres procédures et notamment l'action en contestation de maternité, étant fermées. Le tribunal a noté que la procédure d'adoption était "en quelque sorte utilisée pour combler une lacune de la loi ou, à tout le moins, rencontrer une hypothèse qu'elle n'a pas envisagée".<sup>76</sup>

Pourrait-on envisager que l'enfant soit reconnu par le père? L'acte de naissance dressé à l'étranger renseignera comme père le père 'génétique' – en l'espèce, M. Maertens. Puisque l'acte de naissance établi à l'étranger ne sera pas reconnu en Belgique (*supra*), l'enfant ne possède pas de filiation paternelle. Une reconnaissance peut dès lors être envisagée. Elle serait soumise au droit belge, applicable à l'établissement du lien de filiation en vertu de l'article 62 du Code. Elle pourrait être effectuée en Belgique puisque l'auteur est belge (art. 65-1° du Code). Sans doute une telle reconnaissance sera-t-elle plus facilement acceptée lorsque l'enfant partage une partie du matériel génétique du père. En tout état de cause, les juridictions devront être attentives à l'intérêt de l'enfant. Comme l'a noté la Cour de cassation dans une espèce où était en jeu l'accueil en France d'un acte de naissance d'enfants nés en Californie d'une mère gestatrice, « *la non-transcription des actes de naissance aurait des conséquences contraires à l'intérêt supérieur des enfants qui, au regard du droit français, se verraient priver d'actes d'état civil indiquant leur lien de filiation, y compris à l'égard de leur père biologique* ». <sup>77</sup>

---

74 Il semble qu'aux Pays-Bas, les juridictions soient également enclines à accepter l'adoption par les parents génétiques d'un enfant né d'une mère porteuse : voy. Trib. La Haye, 10 décembre 2007, disponible sur [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) sous le numéro BC5651 (adoption par un couple autrichien résidant aux Pays-Bas d'un enfant né en Angleterre des oeuvres d'une mère porteuse. Après avoir constaté que les conditions posées par le droit néerlandais pour l'adoption ne sont pas remplies, le tribunal écarte l'application des dispositions de la *Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie*, considérant que cette loi n'a pas été conçue pour les situations d'adoption d'un enfant né du matériel génétique des adoptants. Pour apprécier la demande d'adoption, le tribunal examine si les conditions posées en droit néerlandais pour le recours à une mère porteuse sont remplies).

75 Voy. surtout Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-08, 1774, note F. SWENNEN.

76 Trib. jeunesse Bruxelles, 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, 1083.

77 Cass. fr., 1ère civ., 17 décembre 2008, n° 1285. Dans cette affaire qui a défrayé la chronique en France en 2007, deux ressortissantes françaises avaient eu recours à la gestation pour autrui en Californie et étaient devenues parents de deux jumelles. Un acte de naissance avait été dressé par les autorités californiennes qui renseignait les deux parents français comme parents. Le consulat français en Californie refusa de transcrire les actes de naissance. Arrivés en France avec leur passeport américain, les deux enfants ne furent pas reconnus comme tels par les autorités françaises. Les parents furent même placés en garde à vue pour "entremise entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître" et pour "simulation ayant entraîné une atteinte à l'état-civil de l'enfant". Après avoir agi au pénal - l'action pénale engagée par le Ministère public aboutit à un non-lieu, parce que les faits ont eu lieu "sur le territoire des Etats-Unis, conformément à la législation en vigueur dans ce pays" - le parquet tenta de faire annuler la filiation et la transcription sur les registres de l'état-civil français. Les juridictions françaises refusèrent cette demande. La Cour de cassation rejeta le pourvoi introduit par le ministère public sans se prononcer sur le fond du dossier. Elle s'est contentée de constater que le ministère public ne contestait pas que les renseignements fournis par l'acte de naissance sont exacts. Or selon le droit français, le ministère public ne peut intervenir que si « *les énonciations essentielles de l'acte sont fausses ou sans objet* ».



\* \* \*