



**UCL** Université catholique de Louvain  
Faculté de droit et de criminologie

**La création du lien de filiation à la suite d'une gestation pour autrui transfrontière selon le droit belge en vigueur, et après une modification de ce droit.**

Mémoire réalisé par :

**Céline Hendrickx**

Promoteur :

**Stéphanie Francq**

## Plagiat et erreur méthodologique grave

---

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation\*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

\* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

## **Remerciements**

Je tiens à remercier Madame Stéphanie Francq, ma Promotrice, pour sa disponibilité et ses compétences m'ayant permis de m'orienter plus justement dans une matière nouvelle, complexe et très large.

Je remercie également Madame Caroline Henricot, assistante à la faculté de droit et de criminologie de l'UCL, pour sa collaboration efficace et sa recherche partagée dans une matière où elle est l'une des pionnières.

Je souhaite remercier aussi Madame Nicole Gallus pour le long entretien téléphonique qu'elle m'a accordé et qui m'a bien aidé à cerner ma recherche, ainsi qu'à prendre connaissance de la table ronde organisée par l'asbl Homoparentalité.

Je remercie finalement ma mère pour sa relecture attentive, mes amis et ma famille pour leur précieux soutien.

Merci à tous.

## Introduction

La gestation pour autrui (GPA) ou maternité de substitution est une technique de procréation médicalement assistée qui consiste en la conclusion d'un accord entre les parents d'intention et une tierce personne, la mère porteuse, qui s'engage à porter leur fœtus et à leur remettre l'enfant conçu dès sa naissance.

Il existe deux types de maternité de substitution : dans le cadre de la maternité pour autrui traditionnelle ou « de basse technologie », la mère porteuse est la mère biologique de l'enfant, car son propre ovule est fécondé avec le sperme du père d'intention ou d'un donneur. En revanche, dans le cadre d'une GPA gestationnelle, ou « de haute technologie », la mère porteuse n'est pas la mère génétique de l'enfant, car l'embryon est créé par la fécondation in vitro de l'ovule - de la mère d'intention ou d'une donneuse, et du sperme - du père d'intention ou d'un donneur. Dans ce type de GPA, si les parents d'intention ont recours à un donneur de sperme ainsi qu'à une donneuse d'ovule, jusqu'à cinq personnes peuvent être impliquées dans le processus : les deux parents d'intention, les deux donneurs, et la mère porteuse<sup>1</sup>. Cela rend la création du lien de filiation difficile. Précisons que les accords de maternité de substitution peuvent être conclus à titre gratuit ou à titre onéreux- mais non dans l'Union européenne, où seule une compensation financière est autorisée.

Bien que le principe de la gestation pour autrui remonte à l'époque biblique<sup>2</sup>, on considère généralement que le premier bébé issu de cette technique (sous la forme traditionnelle) est né en 1980<sup>3</sup>. Depuis, le recours à une mère porteuse est devenu de plus en plus fréquent dans le monde, notamment en raison de l'augmentation de couples stériles.

Malgré qu'un nombre croissant de couples fasse appel à une mère porteuse, les conventions de maternité de substitution ne sont encore soumises à aucune réglementation ni en droit belge ni au niveau international. Ces vides juridiques ont, comme nous le verrons, des conséquences graves.

Ce mémoire commencera par présenter la manière dont le lien de filiation peut actuellement être établi en Belgique suite à la réalisation d'une GPA, qu'elle ait lieu ou non dans notre pays. Cela nous conduira à réaliser qu'une législation est nécessaire (Titre I). Nous verrons ensuite qu'il est indispensable que le législateur belge prenne en compte les situations présentant des éléments d'extranéité car les législations étrangères sont disparates, ce qui peut se révéler problématique tant

---

<sup>1</sup> S. MORTAZAVI, "It Takes a Village To Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy", *The Georgetown Law Journal*, 2011-2012, pp. 2253 et 2254.

<sup>2</sup> R. STORROW, "'The Phantom Children of the Republic': International Surrogacy and the New Illegitimacy", *Journal of Gender Social Policy & the Law*, 2012, p. 588.

<sup>3</sup> S. MORTAZAVI, *op. cit.*, p. 2250.

lors de l'établissement de la filiation en Belgique que lors de sa reconnaissance à l'étranger. Une telle prise en considération pourra se faire de différentes manières, mais devra permettre la création du lien de filiation entre l'enfant et les parents ayant accès à la GPA (Titre II). Les obligations provenant de différentes conventions internationales pertinentes seront ensuite exposées, afin de cerner la marge de manœuvre dont disposera le législateur (Titre III). Des critères d'accès potentiels seront alors examinés, ainsi que leurs objectifs, leurs conséquences en terme d'établissement de la filiation et leurs inconvénients (Titre IV). Nous étudierons finalement les possibilités d'une réglementation internationale, ainsi que son articulation avec la loi belge (Titre V), avant de terminer par une conclusion (Titre VI).

## **Titre I. Création du lien de filiation - Cas de figures possibles en l'absence d'une modification législative**

Les règles belges actuellement applicables à une GPA seront tout d'abord examinées, afin de déterminer la manière dont la filiation d'un enfant né de cette technique est établie en Belgique en l'absence d'éléments d'extranéité. Le problème de la réception dans ce pays de la filiation établie à l'étranger suite à une GPA sera également abordé (Chapitre 1). Les conséquences de la présence d'éléments d'extranéité dans une GPA réalisée en Belgique seront ensuite exposées (Chapitre 2). Ces développements nous feront alors prendre conscience de la nécessité d'une législation relative à cette technique (Chapitre 3).

### ***Chapitre I. Etat actuel de la pratique de la gestation pour autrui en Belgique***

Il nous faut tout d'abord déterminer la manière dont, en l'état actuel, le lien de filiation est créé en Belgique suite à une GPA et la manière dont ce lien y est reconnu suite à une GPA réalisée à l'étranger.

#### Section 1. Législation belge indirectement applicable à la gestation pour autrui

La gestation pour autrui ne fait actuellement l'objet d'aucune législation en droit belge. Ce vide juridique implique que les personnes ayant recours à une mère porteuse ne sont coupables d'aucune infraction pénale<sup>4</sup>. La maternité de substitution n'est pas considérée comme étant

---

<sup>4</sup> Civ. Nivelles (ch. du conseil), 6 avril 2011, *R.T.D.F.*, 2011, p. 698, note C. Henricot.

contraire à l'ordre public lorsqu'elle n'est pas réalisée à des fins commerciales<sup>5</sup>.

Le contrat conclu avec la mère porteuse est néanmoins illicite, car son objet et sa cause sont contraires au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain, ainsi qu'au « *droit indisponible de la femme — en l'espèce la mère porteuse — d'établir sa maternité à l'égard de l'enfant dont elle accouche et de rendre cette filiation inattaquable par le biais d'une possession d'état conforme au titre* »<sup>6</sup>. Le contrat qui dispose de la filiation ou de ses conséquences est donc nul de nullité absolue. Un contrat prévoyant le paiement d'une somme d'argent plus élevée que le remboursement des frais exposés par la mère porteuse est également nul. Le contrat de GPA n'est dès lors jamais susceptible d'exécution forcée<sup>7</sup>.

### Section 2. Naissance en Belgique en l'absence d'élément d'extranéité: établissement du lien de filiation envers les parents d'intention

Les parents d'intention éprouvent du fait de ce vide juridique des difficultés à faire établir leur filiation envers l'enfant suite à la réalisation d'une GPA.

En droit belge, le principe « *mater semper certa est* » est d'application : la mère légale de l'enfant est la femme qui accouche. Cela ressort des articles 57 et 312 du Code civil, et s'applique même si le patrimoine génétique de l'enfant est celui d'une autre femme. Le nom de la mère porteuse est dès lors celui inscrit dans l'acte de naissance de l'enfant.

P. Wautelet considère que la mère d'intention peut, lorsqu'elle est la mère biologique de l'enfant, introduire une action en contestation de la filiation maternelle sur base de l'article 312, § 2, du Code civil<sup>8</sup>. D'autres auteurs considèrent qu'il n'existe pas d'action permettant de faire correspondre la filiation maternelle de l'enfant à sa filiation biologique<sup>9</sup>. Cela a d'ailleurs été confirmé par la jurisprudence<sup>10</sup>. Lorsque l'accouchement a lieu en Belgique, la mère d'intention a généralement recours à l'adoption plénière, souvent considérée comme la seule possibilité actuelle

---

<sup>5</sup> Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-08, p. 1774, note F. Swennen ; Trib. jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *R.W.*, 2001-02, p. 206, note F. Swennen.

<sup>6</sup> N. GALLUS, "Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers", observations sous Civ. Huy (4e ch.), 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 424.

<sup>7</sup> G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *TPR*, 2011, pp. 1436 à 1439.

<sup>8</sup> P. WAUTELET, "Gestation pour autrui transfrontière : le désir d'enfant à l'épreuve du droit international privé", observations sous Civ. Huy (4e ch.), 22 mars 2010, *J.L.M.B.*, p. 1831.

<sup>9</sup> N. GALLUS, *op. cit.*, p. 424 ; J. SOSSON, "La création d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption?", note sous Trib. jeun. Bruxelles (12e ch.), 6 mai 2009, *R.T.D.F.*, 2011, p. 178 ; F. SWENNEN, "Adoptie na draagmoederschap revisited", note sous Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-08, p. 1776. Ces auteurs estiment que l'action en contestation de la filiation maternelle nécessitant pour être déclarée fondée que la mère d'intention prouve le caractère mensonger de cette filiation, il est improbable qu'elle aboutisse car les juridictions ne considéreront probablement pas que la maternité gestatrice est mensongère. De fait, le nom de la mère porteuse est inscrit dans l'acte de naissance car c'est bien la femme qui a accouché de l'enfant.

<sup>10</sup> Trib. jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083 et *R.T.D.F.*, p. 172, note S. Sosson.

d'établir sa filiation vis-à-vis de l'enfant<sup>11</sup>. Il lui faut alors obtenir le consentement de la mère porteuse, que celle-ci ne peut, en vertu de l'article 348-4 du Code civil, donner que deux mois avant la naissance de l'enfant<sup>12</sup>. Les parents d'intention peuvent bien entendu s'occuper de l'enfant dans l'intervalle. C'est donc par l'adoption qu'il est possible d'établir le double lien de filiation, que les parents soient hétérosexuels ou homosexuels<sup>13</sup>.

La filiation paternelle peut être établie par reconnaissance<sup>14</sup>, en vertu de l'article 319 du Code civil, si la mère porteuse n'est pas mariée (et avec son consentement). Si la mère porteuse est mariée, la présomption de paternité s'applique : son mari est le père légal. Si ce dernier n'a pas consenti à la GPA, le père d'intention peut, en prouvant que sa paternité est établie, contester la paternité du mari. La filiation du père d'intention est alors de plein droit établie envers l'enfant (article 318, § 5 de ce Code). Si le mari de la mère porteuse a consenti à la GPA, sa paternité ne peut pas, en vertu de l'article 318, § 4 de ce Code, être contestée<sup>15</sup>. Le père d'intention peut alors avoir recours à l'adoption.

Il existe également d'autres manières légales d'établir la filiation de l'enfant : la mère porteuse pourrait en effet aller accoucher sous X dans un pays où cela est autorisé, comme la France ou le Grand-Duché de Luxembourg. Le nom de la mère porteuse ne serait pas inscrit dans l'acte de naissance de l'enfant et le père d'intention pourrait reconnaître l'enfant directement afin d'éviter qu'il ne soit totalement dépourvu de filiation (ce qui le ferait considérer comme une pupille de l'état devant être adopté). Il ne resterait alors plus qu'à la mère d'intention à reconnaître l'enfant<sup>16</sup>. Certains parents d'intention recourent par ailleurs à des méthodes illégales, afin d'éviter l'adoption ou les autres procédures décrites (*infra* p. 11).

---

<sup>11</sup> N. GALLUS, *op. cit.*, p. 424 ; J. SOSSON, *op. cit.*, p. 177.

<sup>12</sup> Rappelons que si la mère porteuse refuse de donner ce consentement, les parents ne peuvent recourir à l'exécution forcée de la convention.

<sup>13</sup> C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, "La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger", note sous Liège, 6 septembre 2010, *R.T.D.F.*, 2010, p. 1150.

<sup>14</sup> N. GALLUS, *op. cit.*, p. 424 ; C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, *ibidem*, p. 1141.

<sup>15</sup> G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *op. cit.*, pp. 1452 à 1454 et 1460 à 1463.

<sup>16</sup> G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *ibidem*, pp. 1444 à 1446. Cette méthode présente le risque que le lien de filiation vis-à-vis de la mère d'intention pourrait facilement être contesté par la mère porteuse, tant que la mère d'intention n'a pas la possession d'état. Un autre risque est que la mère porteuse pourrait décider de reconnaître elle-même l'enfant - reconnaissance qui ne pourrait pas être contestée, puisque les parents d'intention ne pourraient jamais apporter la preuve que la mère porteuse n'a pas accouché de l'enfant. Une alternative pour la mère d'intention serait d'exercer elle-même une action en établissement judiciaire de la filiation maternelle, en vertu de l'article 314 du Code civil. Elle devrait alors prouver avoir accouché de l'enfant, ce qui peut se faire par la possession d'état (ou par toutes voies de droit). La preuve du contraire n'est dans ce cas possible qu'en l'absence de possession d'état. - G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *op. cit.*, pp. 1444 à 1452. Une dernière alternative pour la mère d'intention serait évidemment d'adopter l'enfant.

### Section 3. Naissance à l'étranger : Réception en Belgique du lien de filiation

Lorsque la GPA a lieu à l'étranger, les parents d'intention demandent la transcription des actes de naissance étrangers dans les registres de l'état civil belge. Lorsqu'ils sont confrontés à un refus de l'officier de l'état civil, il leur reste à saisir les tribunaux<sup>17</sup> en vue de la reconnaissance des actes authentiques de naissance (ou des jugements). Les juridictions belges acceptent généralement de reconnaître la filiation de l'enfant envers le père d'intention biologique<sup>18</sup>, celui-ci pouvant, en vertu du droit belge, voir sa filiation établie<sup>19</sup>. Elles refusent cependant parfois de reconnaître l'acte comme acte de naissance lorsqu'il ne mentionne pas le nom de la mère porteuse<sup>20</sup>. La mère d'intention, ou le deuxième père d'intention - en cas de couple de personnes de même sexe - peuvent établir leur filiation envers l'enfant par adoption<sup>21</sup>.

## ***Chapitre II. Etablissement de la filiation dans le cas d'une gestation pour autrui transfrontière en Belgique***

Nous allons, après avoir examiné deux cas de jurisprudence, nous intéresser aux règles de droit international privé applicables en Belgique pour déterminer la filiation d'un enfant dans une situation de GPA présentant des éléments d'extranéité.

### Section 1. Présentation de cas de jurisprudence

La doctrine fait généralement référence à deux cas de jurisprudence dans lesquels des parents d'intention étrangers, ressortissants des Pays-Bas, ont fait appel à une mère porteuse belge qui a accouché en Belgique.

Le premier cas est connu sous le nom de « baby D »<sup>22</sup>. Dans celui-ci, les juridictions ont raisonné en terme de responsabilité parentale, ce qui implique que la compétence juridictionnelle a été déterminée en vertu du règlement Bruxelles II bis. L'enfant était né en Belgique d'une mère porteuse belge, dont il était l'enfant biologique, le sperme provenant du père d'intention (belge également). Bien qu'il ait été convenu que la mère porteuse céderait l'enfant aux parents d'intention, elle le vendit à un couple néerlandais, chez qui il fut accueilli après sa naissance. Il

---

<sup>17</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière" in *Actes du colloque : La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous dir. G. Schamps et J. Sosson, [à paraître], p. 18.

<sup>18</sup> Voir notamment Liège, 6 septembre 2010, *R.T.D.F.*, 2010, p. 1134, note C. Henricot, S. Saroléa et J. Sosson.

<sup>19</sup> C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, *op. cit.*, p. 1153.

<sup>20</sup> C. HENRICOT, "Contrat de gestation pour autrui : incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des «actes de naissance»", note sous Civ. Nivelles (ch. du conseil), 6 avril 2011, *R.T.D.F.*, 2011, p. 700, à contratrio: Liège, 6 septembre 2010, *R.T.D.F.*, 2010, p. 1134, note C. Henricot, S. Saroléa et J. Sosson.

<sup>21</sup> C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, *op. cit.*, p. 1152 ; C. HENRICOT, "Belgique", in *A Comparative Study on the regime of Surrogacy in the EU Member State*, Etude pour le Parlement européen (à paraître), p. 26.

<sup>22</sup> J. VERHELLEN, "Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR", *TPR*, 2011, pp. 1539 à 1543.

fallut d'abord déterminer qui, du juge néerlandais ou du juge belge, était internationalement compétent concernant le placement de l'enfant. Le tribunal d'Utrecht avait été saisi, mais le tribunal d'Audenaerde a demandé que l'affaire lui soit renvoyée, ce que le tribunal d'Utrecht a accepté estimant que le tribunal d'Audenaerde était « *mieux placé pour connaître de l'affaire* » dans l'intérêt de l'enfant, sur base de l'article 15 du règlement Bruxelles II bis. La Cour d'appel de Gand a eu à se prononcer sur cette compétence dans un arrêt du 5 septembre 2005<sup>23</sup>. Elle a décidé que le règlement Bruxelles II bis était applicable, et a déterminé la compétence juridictionnelle sur base de l'article 8 de ce règlement, selon lequel les juridictions de l'Etat membre dans lequel l'enfant a sa résidence habituelle sont compétentes en matière d'autorité parentale. L'enfant ayant sa résidence habituelle aux Pays-Bas, la Cour a considéré que le tribunal d'Utrecht était compétent et que celui-ci avait accepté sa compétence en renvoyant l'affaire au tribunal d'Audenaerde. Le renvoi opéré n'étant pas conforme à l'article 15 du règlement, car aucune des parties n'y avait consenti, l'affaire a été intégralement renvoyée au tribunal d'Utrecht. Il aurait alors pu y avoir un « carrousel juridique », renvoi du tribunal de Belgique vers celui des Pays-Bas et inversement indéfiniment, mais la Cour d'appel de Gand mis fin à celui-ci, en décidant que lorsque deux juridictions se renvoient un dossier, « *si le deuxième tribunal décline sa compétence ou ne l'accepte pas à temps, le tribunal qui a fait le renvoi reste compétent et doit exercer cette compétence* »<sup>24</sup>. L'enfant resta alors avec le couple hollandais et le tribunal d'Utrecht décida en 2005 qu'il était question, entre eux, de vie de famille. Il décida de la mise sous tutelle du « Bureau jeugdzorg ». Entre-temps, l'enfant avait eu connaissance du fait que son père d'intention n'était pas son père biologique<sup>25</sup>. Ce dernier s'est battu en vue d'obtenir un droit aux relations avec sa fille, sans succès<sup>26</sup>.

La deuxième décision, connue sous le nom de « baby J », date du 24 décembre 2009<sup>27</sup>. Un contrat de GPA avait été conclu par internet entre une mère porteuse belge (non mariée) et un couple néerlandais après la conception de l'enfant - qui était l'enfant biologique de la mère porteuse et de son compagnon. Lors de son accouchement en Belgique, la mère porteuse s'était fait passer pour la mère d'intention (ce qui est une infraction pénale), et l'enfant avait été déclaré par le père d'intention. Les noms des parents d'intention étaient dès lors mentionnés sur l'acte de naissance de l'enfant (les parents d'intention étant mariés, le père bénéficia de la présomption de paternité). La mère porteuse changea ensuite d'avis et fit une action en contestation de maternité, auquel le

---

<sup>23</sup> Gand, 5 septembre 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 432.

<sup>24</sup> Gand, 5 septembre 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 434, c, (selon le guide pratique pour l'application de la nouvelle réglementation Bruxelles II bis de la Commission Européenne) (traduction libre).

<sup>25</sup> J. VERHELLEN, "Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR", *op. cit.*, pp. 1541 à 1546.

<sup>26</sup> C. HENRICOT, "Pays-Bas", in *A Comparative Study on the regime of Surrogacy in the EU Member State*, Etude pour le Parlement européen (à paraître), p. 13.

<sup>27</sup> Civ. Gand, 24 décembre 2009, *Tijdschrift@ipr.be*, 2010/4, p. 133 et J. VERHELLEN, "Draagmoederschap: het internationaal privaatrecht uitgedaagd", *Tijdschrift@ipr.be*, 2010/4, p. 164.

tribunal fit droit. Le juge belge s'estima internationalement compétent en vertu de l'article 61, 1° du Code de droit international privé sur base de la résidence habituelle en Belgique de l'enfant. Il appliqua, en vertu de l'article 62 du même Code, le droit néerlandais, les deux parents d'intention étant de cette nationalité<sup>28</sup>. Après avoir vérifié que l'enfant n'avait pas la possession d'état vis-à-vis des parents d'intention, ce qui aurait rendu l'action irrecevable selon l'article 209 du Code civil hollandais, le juge appliqua l'article 198 de ce Code prévoyant que la mère de l'enfant est la femme qui en a accouché ou l'a adopté. Constatant que l'« *enfant n'était pas né de l'œuvre de la mère commanditaire* »<sup>29</sup>, le tribunal décida qu'elle ne pouvait en être la mère, et que son mari ne pouvait dès lors pas non plus revendiquer le lien de filiation. Suite à cette contestation, la mère porteuse a reconnu l'enfant – reconnaissance inscrite dans l'acte de naissance de l'enfant, lui conférant le nom de cette femme. L'enfant résidant provisoirement dans une famille d'accueil, se pose la question des conséquences devant être tirées de cette reconnaissance<sup>30</sup>.

Ces deux affaires nous montrent qu'il n'y a aucune certitude concernant l'établissement de la filiation suite à une GPA, ni l'une de ses conséquences, la détermination de l'autorité parentale<sup>31</sup>. Dans certains cas, il serait véritablement difficile de déterminer quel couple pourrait se voir accorder la filiation. Ainsi, si les parents d'intention néerlandais déclaraient l'enfant à l'officier de l'état civil belge comme étant leur enfant, et si le père biologique était le père d'intention, la mère biologique étant la mère porteuse<sup>32</sup>, faudrait-il confier l'enfant, dans son intérêt, au couple de parents d'intention, à la mère porteuse, ou à une famille d'accueil neutre?

Ces deux cas dévoilent finalement que tombent également sous l'appellation de « gestation pour autrui » des situations illégales : dans les deux cas, un enfant né en Belgique a été vendu à des parents d'intention néerlandais<sup>33</sup>.

## Section 2. Droit international privé

La gestation pour autrui transfrontière ne faisant actuellement l'objet d'aucune réglementation spécifique en droit international privé, les règles générales de ce droit sont d'application lorsqu'un enfant naît en Belgique et que ses parents d'intention et/ou la mère porteuse ne sont pas Belges.

---

<sup>28</sup> J. VERHELLEN, "Draagmoederschap: het internationaal privaatrecht uitgedaagd", *op. cit.*, p. 164 ; G. VERSCHULDEN, "Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *T.Fam.*, 2010, pp. 69 et 70.

<sup>29</sup> P. WAUTELET, "Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontière", *J.L.M.B.*, 2011/2, p. 60, note infrapaginale n°13.

<sup>30</sup> J. VERHELLEN, "Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR", *op. cit.*, p. 1548.

<sup>31</sup> J. VERHELLEN, *ibidem*, p. 1546.

<sup>32</sup> J. VERHELLEN, *ibidem*, p. 1548.

<sup>33</sup> J. VERHELLEN, *ibidem*, p. 1541.

En l'absence de sources internationales en matière de filiation tant concernant la compétence juridictionnelle que la loi applicable dans une situation présentant des éléments d'extranéité, les articles 61 et 62 du Code de droit international privé sont applicables. C'est, nous l'avons constaté, de ceux-ci que le tribunal a fait application dans l'affaire « baby J ». L'article 61 du Code prévoit différents chefs de compétence pour le juge belge : la résidence habituelle de l'enfant ou de la personne dont la maternité/paternité est invoquée/contestée en Belgique et la nationalité belge de l'enfant et de la personne dont la maternité/paternité est invoquée/contestée. A ces chefs de compétence s'ajoute celui de l'article 5 du Code<sup>34</sup>. L'article 62 du Code concerne le droit applicable à la filiation et prévoit que le facteur de rattachement concernant la contestation ou l'établissement de la filiation est la nationalité de la personne dont on cherche à établir ou à contester la filiation. Cela implique qu'en matière de GPA, la loi applicable à l'établissement de la filiation est la loi nationale des parents d'intention et également celle de la mère porteuse.

Ainsi, prenons l'exemple de ressortissants français réalisant une GPA en Belgique. Selon l'article 62 du Code, le juge saisi de l'action en établissement de maternité appliquera leur droit national: le droit français. Celui-ci interdisant formellement le recours à une mère porteuse<sup>35</sup>, et considérant que la mère légale est la femme qui a accouché de l'enfant, la filiation envers la mère d'intention ne pourra en principe jamais être établie.

Selon Nicole Gallus, spécialiste en droit de la famille, en droit de l'enfant et en droit international privé, les couples français - qui la consultent avant de réaliser une GPA en Belgique - savent généralement que cette technique est possible dans notre pays, mais ignorent que l'établissement de leur filiation envers l'enfant dépend du droit français et non de la loi belge. Il existe, selon cette spécialiste, deux alternatives différentes à l'établissement de la filiation, selon l'endroit et les modalités de l'accouchement. Dans la première alternative, la mère porteuse accouche en Belgique et la filiation maternelle est établie envers elle. Le père d'intention peut faire une reconnaissance prénatale, qui sera dans la plupart des cas difficilement contestable, car il est généralement le père biologique de l'enfant, ayant donné ses gamètes. La mère d'intention française ne peut cependant pas adopter l'enfant comme c'est le cas en Belgique, la jurisprudence française considérant que l'adoption est l'« *ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption* »<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Cet article prévoit que les tribunaux belges sont également compétents si le défendeur est Belge ou domicilié en Belgique.

<sup>35</sup> Code civil français, art. 16-7, <http://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>36</sup> Cass. Fr., assemblée plénière, 31 mai 1991, n° 90-20105, *Bulletin*, 1991, A.P. n° 4, p. 5.

La mère d'intention restera dès lors toujours étrangère à l'enfant, aucun lien de filiation ne pouvant être établi entre eux. Selon la deuxième alternative, la mère porteuse accouche sous X en France, le père fait une reconnaissance prénatale et la mère d'intention peut faire une reconnaissance de maternité ou adopter l'enfant. La réussite de cette alternative est cependant loin d'être garantie, car les hôpitaux participant à une GPA sont incriminés et le ministère public procède régulièrement à des vérifications. S'il prend connaissance du fait que l'enfant est né d'une GPA, il s'opposera à son adoption par la mère d'intention. L'établissement de la filiation envers la mère d'intention est dès lors quasi impossible pour des ressortissants français. Le problème de cette impossibilité d'établir le double lien de filiation se posera surtout en cas de séparation des parents d'intention, car la mère n'aura aucun droit vis-à-vis de l'enfant<sup>37</sup>.

Si les parents d'intention sont ressortissants d'un Etat autorisant la filiation suite à une GPA et prévoyant l'indication du nom des parents d'intention dans l'acte de naissance (par exemple, la Grèce), le juge connaissant de la demande d'établissement de la filiation appliquera le droit de l'Etat dont ils ont la nationalité, et leur filiation sera établie s'ils ont respecté les conditions prévues par ce droit. Dans le cas de parents d'intention ressortissants d'un Etat autorisant la GPA, et prévoyant l'adoption comme mode d'établissement de la filiation (comme les Pays-Bas), il restera aux parents d'intention à adopter l'enfant.

P. Wautelet considère cependant – et cela nous paraît justifié – qu'il est également nécessaire d'examiner comment la loi nationale de la mère porteuse conçoit l'établissement de la filiation<sup>38</sup>. Si une disposition de cette loi prévoit que la femme qui accouche est la mère de l'enfant, la filiation est établie envers la mère porteuse (par exemple, dans le cas d'une mère porteuse française, et également, dans la situation actuelle, d'une belge). Si la loi de la mère d'intention prévoit, elle, l'établissement du lien envers cette dernière (reprenons l'exemple d'une mère grecque), cela donnera lieu à un conflit de filiations, celle-ci étant établie tant envers la mère porteuse qu'envers la mère d'intention<sup>39</sup>. L'article 62, § 2 du Code de droit international privé nous paraît applicable à une situation telle que présentée ci-dessus, où « *un lien de filiation est établi valablement selon le droit applicable en vertu de la présente loi à l'égard de plusieurs personnes du même sexe* »<sup>40</sup>. Le Code préconise alors d'appliquer, « *parmi les droits désignés, de celui de l'Etat avec lequel la*

---

<sup>37</sup> Entretien téléphonique du 12 novembre 2012 avec Nicole Gallus, spécialiste en droit de la famille, en droit de l'enfant et en droit international privé, conseil des personnes faisant une procédure de gestation pour autrui au CHU Saint-Pierre.

<sup>38</sup> P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", in *Actes du colloque : La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous dir. G. Schamps et J. Sosson, [à paraître], p. 14.

<sup>39</sup> P. WAUTELET, "Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, pp. 58 et 59.

<sup>40</sup> Code de droit international privé, art. 62, § 2. P. Wautelet semble cependant exclure le recours à cet article dans le cas d'un enfant né d'une GPA transfrontière, avec toutefois une réserve - P. WAUTELET, "Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 59, note infrapaginale n°10.

*situation présente les liens les plus étroits* ». Encore reste-t-il à déterminer ce droit, entre celui de la Belgique, où la GPA a eu lieu, celui de la mère porteuse, et celui des parents d'intention !

### ***Chapitre III. Nécessité d'une réglementation relative à la gestation pour autrui en Belgique***

Malgré les difficultés liées à l'absence de législation spécifique, des personnes recourent chaque année aux services de mères porteuses en Belgique. Aucune statistique n'est cependant disponible. On peut déduire de la doctrine actuelle sur le sujet qu'il existe en Belgique au minimum quatre centres permettant ce type de pratique : le Centre Hospitalier Régional de La Citadelle à Liège, le Centre Hospitalier Universitaire Saint-Pierre à Bruxelles, l'Hôpital Universitaire de Gand (UZ Gand) et l'Hôpital Universitaire d'Anvers (UZ Anvers)<sup>41</sup>. De nombreux couples désirant un enfant se présentent chaque année à ces centres, mais tous ne sont pas acceptés. Leurs demandes sont en effet examinées au sein d'un comité multidisciplinaire ayant préalablement entendu l'avis d'un gynécologue ainsi que d'un psychologue ou d'un psychiatre<sup>42</sup>. En l'absence de législation, ces hôpitaux disposent en effet de comités éthiques qui déterminent les critères devant être respectés tant par les parents d'intention que par les mères porteuses. Parmi ces critères, certains sont absolus, et d'autres moins. Ces derniers évoluent quotidiennement en fonction des nouveaux cas qui se posent. L'hôpital universitaire de Gand n'accepte actuellement pas de donner suite aux demandes des couples dont aucun n'est Belge<sup>43</sup>. Au Centre Hospitalier Saint-Pierre, une partie importante des parents d'intention viennent de France (44,7 %), tous sont arrivés avec leur mère porteuse, ont reçu les conseils avisés d'un avocat, et sont les parents génétiques de l'enfant<sup>44</sup>. Les hôpitaux belges n'acceptent en effet de réaliser que des GPA gestationnelles et altruistes<sup>45</sup>.

Si certains parents d'intention passent par la voie de l'adoption pour voir leur filiation établie vis-à-vis de l'enfant, d'autres ont recours à une pratique illégale. Certaines mères porteuses s'enregistrent à l'hôpital sous le nom de la mère d'intention en présentant sa carte SIS et accouchent sous son nom, ce qui permet d'établir directement la filiation de l'enfant vis-à-vis de la mère d'intention, dont le nom est inscrit sur l'acte de naissance de l'enfant. Les hôpitaux ne sont en effet pas tenus de demander la carte d'identité de la femme qui accouche. Le Sénat est bien au courant de

---

<sup>41</sup> T. RABESANDRATANA, "The middle-moms", 27 octobre 2010, *Flanders Today*, <http://www.flanderstoday.eu> (consulté le 26 octobre 2012) ; G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *op. cit.*, p. 1428.

<sup>42</sup> C. AUTIN, M.L. GUSTIN et A. DELVIGNE, "In vitro fertilization surrogacy: experience of one Belgian centre", *Hum. Reprod.*, 2011 (suppl. 1), pp. i80 et i81.

<sup>43</sup> Table ronde relative au don de gestation organisée par l'asbl Homoparentalités le 30 novembre 2012, <http://homoparentalite.be>, intervenante: N. PETERS, médecin en fertilité à l'UZGent.

<sup>44</sup> C. AUTIN, M.L. GUSTIN et A. DELVIGNE, *op. cit.*, pp. i80 et i81.

<sup>45</sup> C. HENRICOT, "Belgique", *op. cit.*, p. 2.

cette problématique, mais estime que « *le risque zéro n'existe pas* », et que les risques de fraude sont déjà très limités, car la femme a généralement déjà été vue à l'hôpital et y a accompli des démarches administratives avant son accouchement, ce qui rend les fraudes détectables<sup>46</sup>.

Les nombreuses incertitudes et pratiques illégales -tel que le paiement par les parents d'intention à la mère porteuse d'une somme dépassant le simple remboursement de ses frais- liées à l'absence de législation relative à la GPA conduisent plusieurs auteurs<sup>47</sup> à estimer qu'une réglementation de cette matière est nécessaire : « *Pour créer dans cette matière, qui concerne l'état de la personne, la sécurité juridique indispensable, il doit y avoir un cadre légal, dans lequel une femme peut porter en Belgique un enfant pour le(s) parent(s) d'intention, dans le respect des droits fondamentaux de tous les participants, et par lequel le lien de filiation entre l'enfant et son (ses) parent(s) est établi aussi vite que possible – de préférence dès la naissance* »<sup>48</sup>. Certaines décisions jurisprudentielles évoquent également le fait qu'il y a une « *lacune* » dans la loi<sup>49</sup>, que certains choix doivent être faits par le législateur et non par le tribunal<sup>50</sup>.

Le législateur a aussi conscience de cette nécessité puisque plusieurs propositions de loi ont été déposées au Sénat, certaines visant à interdire la maternité de substitution à des fins lucratives, d'autres à autoriser et réglementer la GPA. Parmi ces dernières, nous allons en retenir quatre qui ont été déposées récemment, sur lesquelles nous reviendrons dans la suite de notre exposé<sup>51</sup>. Ces propositions démontrent une connaissance du fait que des GPA sont déjà pratiquées en Belgique et que ces pratiques requièrent une législation y mettant des « *garde-fous* » : « *Il apparaît donc nécessaire de légiférer en la matière afin d'éviter que cette pratique ne connaisse des dérives contraires aux principes généraux et à l'éthique* »<sup>52</sup>, « *plus rien ne semble devoir justifier*

---

<sup>46</sup> G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *op. cit.*, p. 1429 ; *Bull. Q. R.*, Sénat, session ord. 2008-2009, question n° 4-2274 du 12 janvier 2009 (N. LANJRI), et réponse du Sénat du 9 février 2009.

<sup>47</sup> F. SWENNEN, "Adoptie na draagmoederschap revisited", *op. cit.*, p. 1776 ; G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *op. cit.*, p. 1473.

<sup>48</sup> G. VERSCHULDEN, "Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *op. cit.*, p. 70 (traduction libre).

<sup>49</sup> Trib. jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1084 et *R.T.D.F.*, p. 172, note S. Sosson.

<sup>50</sup> Civ. Anvers (ch. jeun.), 22 avril 2010, *T.Fam.*, 2012, p. 43, note L. Pluym, cité par C. HENRICOT, "Belgique", *op. cit.*, p. 29.

<sup>51</sup> La Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, du 9 septembre 2010, déposée par M. Bart Tommelein et al., *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraord. 2010, n° 5-130/1 ; la Proposition de loi relative aux mères porteuses, du 23 septembre 2010, déposée par Mme Christine Defraigne, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraord. 2010, n° 5-160/1 ; la Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, du 6 octobre 2010, déposée par M. Philippe Mahoux, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraord. 2010, n° 5-236/1 ; la Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, du 5 avril 2011, déposée par Mme Marleen Temmerman et M. Guy Swennen, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-929/1, identique à la Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, du 12 mai 2011, déposée par Mme Myriam Vanlerberghe, M. Renaat Landuyt, et Mme Maya Detiège, *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ord. 2010-2011, n° 53-1453/1.

<sup>52</sup> Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, du 6 octobre 2010, déposée par M. Philippe Mahoux, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraord. 2010, n° 5-236/1, p. 3.

*aujourd'hui l'absence de réglementation juridique en matière de maternité de substitution* »<sup>53</sup>, « *ce mode de procréation doit impérativement s'inscrire dans un cadre scientifique strict et faire l'objet d'un suivi attentif* »<sup>54</sup>.

Plusieurs auteurs<sup>55</sup> de doctrine insistent sur le fait qu'une future loi ne peut omettre les aspects transfrontières des GPA. Ces aspects devraient d'ailleurs, pour certains d'entre eux, être réglementés tant sur le plan national que dans un instrument international – tel qu'une convention de La Haye (ce point sera développé *infra* pp. 59 et s.). Il est capital de déterminer des règles précises afin d'éviter que ce type de situation ne reçoive une réponse au cas par cas<sup>56</sup>. Les cas transfrontières sont de fait loin d'être exceptionnels, comme le montrent les statistiques du Centre Hospitalier Saint-Pierre<sup>57</sup> : une grande partie des couples qui font une GPA en Belgique viennent de l'étranger - de France (44,7 %) et d'autres Etats de l'Union européenne (13%). Certaines des propositions de loi actuelles prennent ces aspects transfrontières en compte, mais aucune ne les a examinés en profondeur<sup>58</sup>. Aucune ne permet dès lors, à notre estime, de leur donner une réponse satisfaisante.

## **Titre II. Raisons et modes de prise en considération des situations présentant des éléments d'extranéité dans la loi**

Si la loi belge autorise la GPA, il est indispensable de réglementer spécifiquement les situations transfrontières dès lors qu'en vertu de l'article 62 du Code de droit international privé - en l'absence de modification de celui-ci - il faudra appliquer à l'établissement de la filiation la loi nationale des parents d'intention et de la mère porteuse. Les lois nationales étant très différentes et n'autorisant pas toutes le recours à la GPA, l'application automatique de la loi nationale des parents pourrait conduire - en l'absence d'un encadrement judiciaire - à des complications lors de l'établissement de la filiation (Chapitre 1). Nous verrons que des difficultés sont également

---

<sup>53</sup> Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, du 5 avril 2011, déposée par Mme Marleen Temmerman et M. Guy Swennen, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-929/1, p. 2.

<sup>54</sup> Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, du 9 septembre 2010, déposée par M. Bart Tommelein et al., *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraord. 2010, n° 5-130/1, p. 3.

<sup>55</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 1 ; J. VERHELLEN, "Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR", *op. cit.*, pp. 1549 et 1555 ; G. VERSCHULDEN, "Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten", *op. cit.*, p. 70 ; P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, p. 18.

<sup>56</sup> J. VERHELLEN, "Draagmoederschap: het internationaal privaatrecht uitgedaagd", *op. cit.*, p. 171.

<sup>57</sup> C. AUTIN, M.L. GUSTIN, A. DELVIGNE, *op. cit.*, pp. i80 et i81.

<sup>58</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 1 ; G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België", *op. cit.*, p. 1493, n° 122 ; P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique", *op. cit.*, p. 1.

susceptibles de survenir lors de la réception du lien de filiation dans l'Etat d'origine des parents d'intention (Chapitre 2). Différentes manières d'appréhender ces situations transfrontières dans une loi seront par conséquent exposées ainsi que la nécessité de permettre la création du lien de filiation (Chapitre 3).

## ***Chapitre I. Diversité des législations nationales et tourisme procréatif***

Il existe entre les Etats une réelle disparité dans la législation relative à la GPA qui entraîne un recours au tourisme procréatif. En outre, de nombreux Etats revoient actuellement leur législation, étant confrontés à l'augmentation du recours à cette pratique<sup>59</sup>. Les positions des Etats relatives à la maternité de substitution pouvant être classés de différentes manières<sup>60</sup>, nous allons opter pour une distinction entre trois catégories : les Etats qui interdisent cette pratique, ceux qui ne la réglementent pas, et ceux qui l'autorisent et la réglementent.

### Section 1. Interdiction de la gestation pour autrui

Certains Etats interdisent purement et simplement la GPA. C'est le cas notamment de la France, de la Suisse, de l'Italie, de l'Allemagne, de l'Espagne et de certains Etats des Etats-Unis<sup>61</sup>. Le recours à cette pratique est parfois sanctionné par des dispositions pénales - qui ne s'appliquent pas, en vertu du droit pénal international commun, lorsque la maternité de substitution a lieu dans un pays qui l'autorise<sup>62, 63</sup>. Le résultat de cette interdiction est que les accords de GPA sont dans ces Etats nuls et non susceptibles d'exécution forcée, et que la filiation des enfants nés de cette pratique est déterminée selon les règles générales de filiation<sup>64</sup>. La mère porteuse est alors généralement la mère légale, en vertu de l'adage « *mater semper certa est* ». Ainsi, en France, le contrat de GPA est nul et aucun effet ne peut lui être donné car il est considéré par la Cour de cassation comme

---

<sup>59</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, Doc. pré-l. n° 10, mars 2012, <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10e.pdf>, p. 8.

<sup>60</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *ibidem*, p. 8 ; K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, "International surrogacy arrangements : an urgent need for legal regulation at the international level", *Journ. of Private Int'l Law*, 2011, pp. 629 et 630.

<sup>61</sup> Les documents de travail du Sénat (français), série législation comparée n° 182, la gestation pour autrui, janvier 2008, <http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.pdf> (consulté le 19 septembre 2012), pp. 6 et 39.

<sup>62</sup> P. LAGARDE, "La gestation pour autrui: problèmes de droit interne et de droit international privé", *Revue Hellenique de droit international*, 2009, pp. 513 et 515.

<sup>63</sup> Notons cependant qu'en Turquie, les personnes ayant recours à des techniques de procréation médicalement assistée à l'étranger sont susceptibles de faire l'objet de poursuites - R. STORROW, "Assisted reproduction on treacherous terrain: the legal hazards of cross-border reproductive travel", *Reproductive BioMedicine Online*, 2011, [http://tesla.cc.umanitoba.ca/chrr/images/stories/RBMO523\\_final\\_AHR\\_article.pdf](http://tesla.cc.umanitoba.ca/chrr/images/stories/RBMO523_final_AHR_article.pdf) (consulté le 21 octobre 2012), pp. 541 et 542.

<sup>64</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 9.

contraire à l'ordre public international français<sup>65</sup>.

### Section 2. Absence de réglementation de la gestation pour autrui

De nombreux Etats, comme la Belgique, n'ont pas réglementé la maternité de substitution – ou, du moins, pas complètement, certains pays interdisant les intermédiaires ou les GPA commerciales (par exemple, le Danemark ou les Pays-Bas). Ces pays sont dès lors parfois considérés comme l'autorisant « *en fait sans l'admettre formellement* »<sup>66</sup>. Cette pratique n'y est interdite par aucune législation, mais les accords de ce type sont généralement nuls et non susceptibles d'exécution forcée, en raison de principes généraux de droit. La filiation des enfants est alors également régie par les règles générales de filiation<sup>67</sup>.

### Section 3. Autorisation et réglementation de la gestation pour autrui

Il y a finalement des Etats qui autorisent expressément la GPA : par exemple, le Royaume-Uni, la Grèce, Israël, l'Afrique du Sud, l'Ukraine et certains Etats des Etats-Unis. Ces Etats permettent certaines formes de maternité de substitution, édictent des conditions concernant les parents d'intention et la mère porteuse, et déterminent la manière dont le lien de filiation sera créé. Notons que le Bureau permanent de la Conférence de La Haye établit une différence supplémentaire entre les Etats plus permissifs et moins permissifs. Il existe, même au sein de cette troisième catégorie d'Etats, de nombreuses divergences législatives<sup>68</sup>, dont nous allons examiner les principales :

Tout d'abord, de nombreuses différences concernent les conditions de réalisation de la GPA. Il faut distinguer les Etats qui exigent que la convention de mère porteuse soit altruiste- conclue à titre gratuit- de ceux qui permettent les GPA commerciales. Généralement, la première catégorie d'Etats autorise une compensation des frais de la mère porteuse, mais considère comme une infraction la conclusion d'une convention de GPA commerciale. Chaque Etat prévoit des conditions d'éligibilité spécifiques pour les parents d'intention et/ou la mère porteuse. Certains d'entre eux prévoient des critères de nationalité ou de résidence dans le but d'éviter le tourisme procréatif. Dans certains Etats, il est indispensable qu'au moins un parent d'intention soit génétiquement lié à l'enfant ; dans d'autres, tout lien génétique entre l'enfant et la mère porteuse est interdit. En outre,

---

<sup>65</sup> Cass. Fr., arrêt n° 370 du 6 avril 2011, <http://www.courdecassation.fr>.

<sup>66</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 514.

<sup>67</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, pp. 9 et 10.

<sup>68</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *ibidem*, pp. 11 à 15 ; S. BEKKERS, *Draagmoederschap : naar een civielrechtelijke regeling ?*, thèse dactyl., Tilburg University, 2011, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=114818> (consulté le 30 septembre 2012), p. 56.

certaines Etats permettent l'exécution forcée des conventions de GPA alors que d'autres ne la prévoient pas.

Ensuite, le moment de la vérification du respect des conditions peut différer. Dans certains Etats, cette vérification intervient en amont de la procédure, car la convention de maternité de substitution doit être approuvée par un comité avant tout traitement médical. Toutes les conditions doivent alors être remplies pour que la mère porteuse soit inséminée. Dans d'autres Etats, elle intervient en aval, après la naissance de l'enfant, au moment de conférer à celui-ci un lien de filiation envers ses parents d'intention.

De plus, le mode et le moment de l'établissement du lien de parenté peuvent différer. Dans certains Etats, une fois la convention homologuée, le nom des parents d'intention est automatiquement inscrit, de plein droit, sur l'acte de naissance de l'enfant. Au contraire, dans d'autres Etats, les règles générales de la filiation sont d'application. Les parents doivent alors passer, après la naissance de l'enfant, par une certaine procédure afin que sa parenté leur soit transférée : une procédure d'adoption ou un jugement<sup>69</sup>. Il est intéressant de noter que les propositions de lois sur la table en Belgique retiennent comme méthodes pour établir la filiation entre l'enfant et ses parents d'intention l'adoption (adaptée ou non aux circonstances particulières de la GPA) –ce qui implique un contrôle judiciaire - et la mention de plein droit, dans l'acte de naissance de l'enfant, des parents d'intention repris dans la convention de GPA– ce qui a pour effet d'exclure le contrôle judiciaire<sup>70</sup>.

#### Section 4. Modes de détermination de la filiation suite à une gestation pour autrui

Dans une situation de GPA, les Etats - qu'ils acceptent ou non cette pratique - peuvent, par leur loi et leur jurisprudence, déterminer le lien de parenté sur base de trois critères<sup>71</sup>. Le premier critère est celui de la gestation ou de la naissance, en vertu duquel la mère légale est la femme ayant donné naissance à l'enfant. Le second, celui de la génétique, détermine que les parents biologiques/génétiques de l'enfant sont ses parents légaux. Dans ce cas, les parents d'intention sont les parents légaux de l'enfant lorsque la mère porteuse a été inséminée avec leurs gamètes, la mère porteuse n'est la mère légale que dans le cas d'une GPA traditionnelle, et les dons anonymes de gamètes soulèvent des questions importantes de filiation. Le troisième critère est celui de l'intention, en vertu duquel les parents légaux sont ceux dont le désir est à l'origine de la naissance

---

<sup>69</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, pp. 11 à 15 ; S. BEKKERS, *op. cit.*, p. 56.

<sup>70</sup> J. SOSSON et G. MATHIEU, "L'enfant : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ?" in *Actes du colloque : La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous dir. G. Schamps et J. Sosson, [à paraître], pp. 3 à 5.

<sup>71</sup> S. MORTAZAVI, *op. cit.*, pp. 2277 à 2280 ; K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *op. cit.*, p. 630.

de l'enfant. Le premier critère est utilisé par un grand nombre de pays d'Europe, dans lesquels l'adage « *mater semper certa est* » est en vigueur<sup>72</sup>, comme en Belgique, en Grande-Bretagne, aux Pays-Bas, en Allemagne, ou encore en Suisse. Le second critère est utilisé dans certains Etats, où au moins l'un des parents d'intention doit être génétiquement lié à l'enfant pour que le couple puisse en devenir les parents légaux. C'est notamment le cas de la Floride<sup>73</sup> et de l'Utah<sup>74</sup>. Dans certains Etats ne réglementant pas la GPA, une tendance jurisprudentielle tend également à faciliter l'établissement de la filiation des enfants génétiquement liés à leur mère d'intention<sup>75</sup>. Le dernier critère est souvent utilisé par la jurisprudence, mais est parfois prévu par la législation : c'est le cas en Grèce, où le nom des parents d'intention est inscrit directement sur l'acte de naissance de l'enfant, même s'ils ne lui sont pas biologiquement liés<sup>76</sup>.

### Section 5. Tourisme procréatif – problèmes lors de l'établissement de la filiation en Belgique

Cette disparité dans la législation applicable entraîne les parents d'intention à réaliser une GPA à l'étranger, dans un pays dont la législation leur semble plus favorable à leur situation – en d'autres mots, à recourir au forum shopping. Ils espèrent ainsi échapper à leur législation nationale, qui interdit la GPA ou ne l'autorise que sous certaines conditions qu'ils ne remplissent pas, ou encore obtenir une mère porteuse à un moindre coût (pour les ressortissants des Etats ne faisant pas partie de l'Union européenne)<sup>77</sup>. Le phénomène de gestation pour autrui transfrontière est réellement global : des parents d'intention de tous les Etats du monde y recourent et se dirigent principalement vers l'Europe de l'Est, l'Asie, et certains Etats des Etats-Unis<sup>78</sup>. En vertu de la loi en vigueur dans le pays où la maternité de substitution est réalisée, le lien de filiation peut généralement y être établi entre l'enfant et ses parents d'intention. Cela n'est cependant pas toujours vrai<sup>79</sup>. A titre d'exemple, il ne peut toujours être établi en Belgique ni en Grèce, car l'établissement de la filiation dépend du droit désigné par la règle de rattachement de droit international privé<sup>80</sup>. En

---

<sup>72</sup> S. BEKKERS, *op. cit.*, p. 48.

<sup>73</sup> En Floride, la loi prévoit que la mère porteuse doit s'engager dans la convention de GPA à abandonner tous les droits parentaux aux parents d'intention dès la naissance de l'enfant, sauf si aucun de ceux-ci n'est génétiquement lié à l'enfant, auquel cas elle doit assurer la responsabilité parentale (2010 Florida statutes, Ch. 742, art. 15).

<sup>74</sup> D. HOFMAN, « "Mama's baby, daddy's maybe" : A state-by-state survey of surrogacy laws and their disparate gender impact », *William Mitchell Law Review*, 2009, pp. 462 et 465.

<sup>75</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>76</sup> Code civil grec, art. 1458, <http://www.ciecl.org> ; D. PAPADOPOULOU-KLAMARIS, "Medical assisted reproduction in Greek law", <http://www.greekconference.com.au/papers/2007/KLAMARIS.pdf> (consulté le 30 septembre 2012), p. 5.

<sup>77</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 6 ; K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *op. cit.*, p. 629.

<sup>78</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>79</sup> R. STORROW, "The Phantom Children of the Republic": International Surrogacy and the New Illegitimacy", *op. cit.*, p. 598.

<sup>80</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 13.

outre, dans les Etats qui ont opté pour une vérification du respect des conditions opérant après la naissance de l'enfant, la filiation pourrait ne pas être établie si celles-ci n'ont pas été respectées.

Nous percevons donc que, si la Belgique se dote d'une loi autorisant la GPA, il est fort probable que des ressortissants de pays ne disposant pas d'une telle loi viennent y avoir recours à cette technique ou y proposer leurs services en tant que mère porteuse. En effet, le fait de savoir qu'il est actuellement difficile - voire impossible (du moins pour la mère d'intention) - d'établir la filiation envers leur enfant n'empêche pas des couples français de recourir à une GPA en Belgique, car leur désir d'enfant est réellement vif et ils ont l'espoir que la loi française change. Le risque que des ressortissants d'Etats ignorant la GPA viennent réaliser une telle procédure en Belgique se voit en outre accru par le fait que l'Ukraine<sup>81</sup> est en train de se doter d'une loi interdisant l'accès à la GPA aux ressortissants de pays qui ne l'autorisent pas (*infra*, p. 58)<sup>82</sup>.

L'article 62 du Code de droit international privé faisant dépendre de la loi nationale des parents d'intention (après un passage par celle de la mère porteuse) l'établissement de la filiation, celle-ci pourrait - en l'absence de modification de ce facteur de rattachement- ne pas être établie envers ces derniers. Ce serait le cas si leur loi nationale le prohibe ou ne le prévoit pas, ou encore si ses conditions ne sont pas similaires à celles de la loi belge. Des enfants pourraient dès lors se trouver orphelins, si le lien de filiation ne pouvait être établi ni envers la mère porteuse ni envers les parents d'intention en vertu de leur loi nationale. Il est donc nécessaire d'encadrer spécifiquement les cas transfrontières dans la loi, afin d'éviter de permettre la naissance de tels enfants. Il s'agira également d'éviter, par une prise en compte adéquate des cas transfrontières, la survenance de différents problèmes au moment de la réception du lien de filiation dans le pays d'origine des parents d'intention.

## ***Chapitre II. Problèmes pouvant survenir au moment de la réception du lien de filiation dans le pays de nationalité (ou de résidence) des parents d'intention***

Une fois la procédure de GPA réalisée dans un Etat l'encadrant, la partie n'est pas gagnée pour les parents d'intention, que le lien de filiation envers l'enfant ait pu y être créé ou non. Il reste encore à ces derniers à faire face à différents écueils potentiels lors de leur retour dans leur pays de nationalité (ou de résidence, s'ils sont différents) et de la réception par ceux-ci du lien de filiation.

---

<sup>81</sup> L'Ukraine est un pays qui encourageait préalablement fortement le tourisme procréatif, et est réputé pour son absence de législation.

<sup>82</sup> Entretien téléphonique du 12 novembre 2012 avec Nicole Gallus, spécialiste en droit de la famille, en droit de l'enfant et en droit international privé, conseil des personnes faisant une procédure de gestation pour autrui au CHU Saint-Pierre.

## Section 1. Présentation de cas de jurisprudence

Nous allons tout d'abord nous concentrer sur deux affaires jurisprudentielles qui permettent de percevoir les problèmes susceptibles de se poser lors du retour des parents d'intention dans leur pays d'origine.

Le premier cas est celui, assez connu, de l'affaire *Menesson*. Cette affaire a lieu en France, pays dont de nombreux ressortissants tentent une maternité de substitution en Belgique, ce qui la rend très pertinente.

Le couple Mennesson avait conclu, en 2000, une convention de GPA avec une mère porteuse californienne. Celle-ci, qui fut inséminée avec un embryon fécondé composé des gamètes du père d'intention et d'un don d'ovule, était indemnisée mais non rémunérée. Cette GPA n'était donc pas commerciale. En vertu du droit californien, la Cour suprême de Californie avait, par un jugement précédant la naissance des jumelles, déclaré Monsieur Mennesson « père génétique » et Madame « mère légale ». Etablis après leur naissance, le 25 octobre 2000, les actes de naissance des jumelles reprenaient, conformément au jugement, les parents d'intention comme parents légaux. Ces derniers entreprirent de faire transcrire ces actes de naissance au consulat de France à Los-Angeles -afin d'obtenir un passeport pour leurs filles- ce qui leur fut refusé, car les autorités suspectaient le recours à une GPA. L'Amérique appliquant le droit du sol, les filles purent rentrer en France avec des passeports américains. Une procédure pénale fut ouverte contre les époux et se termina par un non-lieu, la GPA ayant eu lieu sur le territoire américain où elle n'est pas illégale. Les actes de naissances avaient entre-temps été retranscrits par le parquet sur les registres de l'état civil dans le but de voir cette retranscription annulée pour contrariété à l'ordre public<sup>83</sup>.

S'en suivit alors une longue procédure faite d'appels et de cassations, les différents juges n'ayant pas accepté directement d'annuler la transcription en cause. La Cour d'appel de Paris finit, le 18 mars 2010, par annuler la transcription des actes de naissance<sup>84</sup>. Le couple Mennesson se pourvut alors en cassation, en invoquant notamment l'intérêt de l'enfant (article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant), la violation de la vie privée et familiale (article 8 de la CEDH) et le fait que la transcription ne violait pas l'ordre public international français, à distinguer de l'ordre public interne. Contrairement à l'avis rendu par l'avocat général, la Cour de cassation rejeta le pourvoi le 6 avril 2011, motivant sa décision par le fait qu'« *est justifié le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions*

---

<sup>83</sup> Cour eur. D. H., 5<sup>e</sup> section, Requête n° 65192/11, Sylvie MENNESSON et autres c. France, 6 octobre 2011, p. 1, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>84</sup> Paris, 18 mars 2010, [http://fdv.univ-lyon3.fr/publication/gazette/CA\\_Paris\\_18\\_mars\\_2010\\_jumelles\\_USA.pdf](http://fdv.univ-lyon3.fr/publication/gazette/CA_Paris_18_mars_2010_jumelles_USA.pdf).

*qui heurtent des principes essentiels du droit français ; qu'en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil »*<sup>85</sup>. Suite à cet arrêt, les époux Mennesson et leurs filles ont introduit, le 6 octobre 2011, une requête à la Cour européenne des droits de l'homme. Les jumelles ont en effet une filiation boiteuse, reconnue aux Etats-Unis mais non en France. Elles ont la nationalité américaine mais pas la nationalité française, ce qui implique qu'à leur majorité elles ne bénéficieront pas des droits liés à la citoyenneté européenne, et ne pourront demeurer en France<sup>86</sup>.

Le deuxième cas que nous allons examiner est une affaire provenant de Grande-Bretagne, bien connue sous le nom de X&Y [foreign surrogacy]<sup>87</sup>. Contrairement à la première, cette affaire se termine bien pour la famille en cause, suite à l'application par le juge d'un « remède », nécessaire car la GPA en question était commerciale - ce qui est en principe interdit par le droit anglais. Le jugement a été rendu en audience publique, aux fins d'avertir ceux qui veulent se lancer dans une GPA transfrontière que cela peut donner lieu à d'importants problèmes.

Un couple anglais avait conclu une convention de GPA avec une mère porteuse de nationalité ukrainienne mariée, selon laquelle celle-ci devait être implantée d'un embryon composé d'un ovule d'une donneuse fécondé par le sperme du père d'intention. La mère porteuse donna naissance à des jumeaux. En droit anglais, la mère porteuse était la seule mère des enfants. La paternité légale pouvait, elle, selon la lecture du droit, être attribuée au mari de la mère porteuse ou au père d'intention. En droit ukrainien, au contraire, la délivrance des bébés aux parents d'intention libérait la mère porteuse et son mari de toute obligation envers les bébés, qui n'avaient ni droit de résidence en Ukraine, ni la nationalité ukrainienne. En effet, selon le droit ukrainien, les parents d'intention étaient les parents légaux repris sur l'acte de naissance des enfants à qui ils conféraient leur nationalité. Arrivés en Ukraine avec un visa provisoire, les parents ne pouvaient y rester après son expiration. « *L'effet était que les enfants étaient coincés, apatrides et orphelins, tandis que les demandeurs ne pouvaient ni rester en Ukraine, ni ramener les enfants à la maison* »<sup>88</sup>. Finalement, le père d'intention étant leur père biologique, ils purent rentrer en Grande-Bretagne en contournant les règles, afin que leurs parents puissent y faire établir leur filiation au moyen d'un *parental order* prévu par le droit anglais. Cinq des six conditions<sup>89</sup> prévues pour l'obtention du *parental order*

---

<sup>85</sup> Cass. Fr., arrêt n° 370 du 6 avril 2011, <http://www.courdecassation.fr>.

<sup>86</sup> E. CHEVALLEREAU, "Gestation pour autrui : "Nos filles resteront toujours des fantômes au regard du droit français"", 6 avril 2011, *Le Monde.fr*, <http://www.lemonde.fr> (consulté le 20 octobre 2012).

<sup>87</sup> *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam).

<sup>88</sup> *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), § 10 (traduction libre).

<sup>89</sup> Outre le fait d'être mariés et le lien génétique de l'enfant au père et/ou à la mère d'intention.

étaient respectées. La sixième ne l'était pas, car les parents d'intention avaient donné à la mère porteuse des sommes d'argent dépassant un simple défraiement. Le juge autorisa cependant ces paiements dans l'intérêt de l'enfant et en considérant que les parents étaient de bonne foi, n'avaient pas tenté de détourner la loi et que la somme accordée n'était « *pas si disproportionnée par rapport à des 'dépenses raisonnablement encourues', que l'octroi d'un order serait un affront inacceptable à la politique publique* »<sup>90</sup>. Le *parental order* fut donc accordé et le juge termina en soulignant les nombreux pièges susceptibles d'être rencontrés lors de la réalisation d'une GPA transfrontière.

## Section 2. Détermination de la filiation et de la nationalité de l'enfant

La gestation pour autrui a comme particularité - par rapport aux autres méthodes de procréation médicalement assistée - d'être facilement repérable. Les autorités de l'Etat de nationalité ou de résidence des parents d'intention peuvent prendre connaissance du recours de ces derniers à une GPA à deux moments<sup>91</sup>. Premièrement, l'enfant naît à l'étranger puisque les parents d'intention dont l'Etat d'origine interdit cette pratique font appel à une mère porteuse dans un pays d'accueil où elle est permise. L'enfant a, de ce fait, besoin de documents pour rentrer dans le pays de ses parents d'intention, qui doivent être demandés aux autorités consulaires. Ces dernières soupçonnent alors parfois le recours à une GPA<sup>92</sup>. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Mennesson*, dans un premier temps. Deuxièmement, lorsque le pays d'accueil applique le droit du sol, l'enfant peut rentrer dans le pays de ses parents d'intention avec les documents délivrés par le pays d'accueil. Les parents d'intention cherchent alors à faire régulariser la situation de l'enfant en faisant reconnaître par les autorités de leur Etat la filiation établie à l'étranger. L'Etat d'origine des parents d'intention refuse alors dans certains cas, pour des raisons d'ordre public, de reconnaître le jugement ou l'acte de naissance étranger conférant la filiation de l'enfant aux parents d'intention<sup>93</sup>.

Les autorités des Etats prohibant la GPA peuvent dès lors interférer dans les procédures réalisées à l'étranger de différentes manières : elles peuvent refuser de donner les documents nécessaires à l'entrée de l'enfant sur leur territoire, ne pas reconnaître le lien de filiation envers ses parents d'intention, ou encore, tout en reconnaissant ce lien, lui dénier la nationalité de l'Etat des

---

<sup>90</sup> *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), § 22 (traduction libre).

<sup>91</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 16 ; D. GRUENBAUM, "Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat", *The American Journal of Comparative Law*, 2012, p. 488 ; J. VERHELLEN, "Draagmoederschap: het internationaal privaatrecht uitgedaagd", *op. cit.*, p. 166.

<sup>92</sup> R. STORROW, "'The Phantom Children of the Republic': International Surrogacy and the New Illegitimacy", *op. cit.*, pp. 597 et 598.

<sup>93</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international*, Doc. prélim. n° 11, mars 2011, [www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf), pp. 8 à 11.

parents d'intention<sup>94</sup>. Les deux principaux problèmes résultant d'une GPA réalisée à l'étranger sont donc ceux de la détermination de la filiation et de la nationalité de l'enfant<sup>95</sup>. Ces problèmes s'ajoutent au fait, déjà évoqué, que la parenté légale n'est pas toujours octroyée aux parents d'intention dans le pays de naissance de l'enfant.

En raison des différents critères utilisés par les législations étatiques pour déterminer la parenté, l'enfant issu d'une GPA peut se retrouver, dans certains cas de conflit de lois, sans filiation légale et apatride, comme cela a notamment été le cas de Baby Manji<sup>96</sup>, dans une affaire indienne. Il peut également avoir une filiation boiteuse, c'est à dire valide dans un Etat, mais pas dans un autre, ou encore reconnue dans les deux Etats, mais avec des effets légaux qui diffèrent<sup>97</sup>, comme c'est le cas des jumelles Mennesson.

De nombreux droits et obligations (tels que la responsabilité parentale ou les obligations alimentaires) étant conférés à l'enfant par le biais de la filiation, ce dernier se trouvera dans une situation critique si sa filiation n'est pas établie dans l'Etat d'origine. Certains Etats font dès lors appel à des remèdes partiels, appliqués au cas par cas, qui laissent fréquemment l'enfant avec une filiation établie seulement vis-à-vis d'un seul parent<sup>98</sup>.

Soulignons que les parents sont souvent inconscients des problèmes potentiels lorsqu'ils se lancent dans une procédure de GPA transfrontière. En effet, il y a souvent un manque d'informations, voire une désinformation<sup>99</sup> : les agences (assurant l'intermédiaire entre les parents d'intention et la mère porteuse), notamment, induisent en erreur, assurant la légalité d'une convention alors que ce n'est pas le cas<sup>100</sup>. La Belgique a, pour cette raison, mis des avertissements sur les sites des ambassades de certains pays dans lesquels des Belges pourraient recourir à une GPA. Ces derniers sont ainsi informés du vide législatif existant actuellement en Belgique, du fait que la filiation établie à l'étranger ne sera pas forcément reconnue dans notre pays et qu'aucun document de voyage ne sera fourni à l'enfant, ainsi que de l'alternative possible de l'adoption<sup>101</sup>.

Le législateur belge devra ainsi également tenir compte du fait que le lien de filiation entre

---

<sup>94</sup> R. STORROW, "Travel into the future of reproductive technology", *UMKC Law Review*, 2010, p. 305.

<sup>95</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 17 ; K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *op. cit.*, pp. 630 et 631.

<sup>96</sup> E. DAVIS, "The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation", *Minnesota Journal of Int'l Law*, 2012/21, pp. 126.

<sup>97</sup> D. GRUENBAUM, *op. cit.*, p. 500.

<sup>98</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>99</sup> X & Y (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 (Fam), § 27.

<sup>100</sup> S. MOHAPATRA, "Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy", *Berkeley Journal of Int'l Law*, 2012/2, pp. 449.

<sup>101</sup> Voir Embassy of Belgium, Washington, DC – "Surrogate Mother", <http://www.diplobel.us/BelgianCitizens/Nationality/surrogatemother.asp> ; Ambassade de Belgique à Kiev- "Enfants nés d'une mère porteuse", <http://www.diplomatie.be/kievfr/default.asp?id=1&ACT=5&content=4&mnu=1>.

les parents d'intention et l'enfant créé en Belgique ne sera pas assurément reconnu dans le pays de nationalité (ou de résidence) des parents d'intention, et que l'enfant pourrait se trouver dans une situation boiteuse. Dans le cas d'une GPA réalisée en Belgique, le problème d'éviter que les enfants ne soient apatrides ne se pose, lui, pas réellement, car en vertu de l'article 10 du Code de la nationalité<sup>102</sup>, l'enfant peut obtenir la nationalité belge lorsqu'il est né en Belgique et qu'il serait apatride sans celle-ci. L'enfant risque cependant de se voir refuser la nationalité de ses parents d'intention.

### ***Chapitre III. Forme et place de la prise en considération des aspects transfrontières et établissement de la filiation***

Les situations présentant des éléments d'extranéité pourraient être appréhendées unilatéralement, par l'insertion d'une règle d'applicabilité dans la loi sur la GPA ou de manière bilatérale, par une règle de rattachement du Code de droit international privé - générale en matière de filiation ou spécifique à la GPA - à laquelle la loi sur la GPA renverrait. Quelle que soit la méthode choisie, il est nécessaire que la filiation puisse être établie entre l'enfant et ses parents d'intention chaque fois que la GPA leur est ouverte.

#### Section 1. Règle unilatérale ou règle bilatérale ?

Le législateur pourrait injecter différentes conditions d'accès - par exemple, de résidence ou de nationalité - immédiatement dans les règles matérielles de la loi sur la GPA, sans référence au Code de droit international privé<sup>103</sup>. C'est ce qui est actuellement prévu par les propositions de loi pendantes, et c'est sur ce type de critères que nous nous concentrerons dans le titre IV. La loi sur la GPA comporterait dans ce cas une règle d'applicabilité. Cette technique législative est liée à une approche unilatérale<sup>104</sup> : le législateur détermine, par un critère personnel (la nationalité) ou territorial (le domicile/la résidence) inséré dans une règle matérielle, les cas dans lesquels la loi belge sera applicable<sup>105</sup>. Précisons que les Etats ayant légiféré en matière de GPA ont fréquemment opté pour un critère unilatéral : c'est notamment le cas de la Grèce, de l'Afrique du Sud et du Royaume-Uni.

Cette méthode unilatérale, ou « loi de police » s'oppose à la méthode bilatérale, « conflictualiste », qui « permet de désigner tant le droit belge – le « droit du for » – qu'un droit

---

<sup>102</sup> Loi du 28 juin 1984 portant le Code de la nationalité belge, *M.B.*, 12 juillet 1984, art. 10.

<sup>103</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 6 ; P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, p. 10.

<sup>104</sup> P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, p. 10.

<sup>105</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 16 et note infrapaginale n° 61.

*étranger grâce au critère retenu* »<sup>106</sup>.

Le recours à la méthode unilatérale peut s'expliquer par le fait qu'une loi autorisant le recours à la GPA soit encore isolée, et par la crainte en découlant que le droit étranger désigné ne puisse éventuellement apporter de réponse à la situation. Cette justification ne convainc pas certains auteurs qui estiment qu'il existe dans tous les pays des règles en matière de filiation susceptibles d'être appliquées à une GPA, la question se posant de fait en terme de filiation<sup>107</sup>. Nous estimons cependant que, ces règles ne permettant pas toujours la création du lien de filiation escompté, une approche unilatérale reste justifiable.

La méthode bilatérale est largement préférée par les spécialistes<sup>108</sup> du droit international privé à la méthode unilatérale qui présente selon eux différents inconvénients. Ainsi, selon P. Wautelet, le législateur ayant préféré la méthode bilatérale lors de la rédaction du Code de droit international privé, il serait plus cohérent de continuer dans cette voie. La méthode unilatérale ne permet pas, de plus, d'appréhender les situations qui n'entrent pas dans son champ d'application. Finalement, la méthode unilatérale s'avérera problématique lors de la reconnaissance de la filiation établie à l'étranger suite à une GPA: il ne sera pas aisé de déterminer l'intensité du lien entre la situation et l'Etat étranger ayant autorisé la GPA, s'il y a une différence entre les critères d'accès de l'Etat étranger et ceux de la loi belge<sup>109</sup>. Les conditions de reconnaissance en Belgique de la filiation acquise à l'étranger « *à d'autres conditions et par d'autres modes* » devraient alors être précisées, pour éviter que les juges ne soient saisis de demandes malaisées de reconnaissance d'une filiation établie suite à une GPA réalisée hors du respect des règles belges<sup>110</sup>.

Les spécialistes préconisent d'avoir recours à une règle bilatérale, qui prendrait la forme d'un « *renvoi explicite ou implicite à l'article 62 du Code de droit international privé* »<sup>111</sup>. Un tel renvoi aurait pour effet, en l'absence de modification de l'article 62, de permettre l'accès à la GPA à tous les ressortissants d'un Etat qui autorise cette procédure<sup>112</sup> dans les mêmes conditions que nous. L'exception d'ordre public - ou même la clause d'ordre public positif – (*infra*, pp. 50 et s.) pourrait ensuite être utilisée dans certaines conditions, pour étendre l'accès à la GPA à des personnes dont la loi nationale ne l'autorise pas<sup>113</sup> - en tenant compte des différentes

---

<sup>106</sup> C. HENRICOT, *ibidem*, p. 16 et note infrapaginale n° 62.

<sup>107</sup> P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, pp. 11 et 12.

<sup>108</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 16 ; P. WAUTELET, *ibidem*, p. 12.

<sup>109</sup> P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, pp. 11 et 12.

<sup>110</sup> C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, *op. cit.*, pp. 1162 et 1163.

<sup>111</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 16.

<sup>112</sup> P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, p. 17.

<sup>113</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, pp. 16 et 17.

réerves/critiques que nous évoquerons. Précisons que l'article 62 du Code pourrait également faire l'objet d'une modification et contenir un facteur de rattachement spécifique pour les GPA.

Certains auteurs considèrent en outre qu'un renvoi aux règles du Code concernant l'établissement de la filiation permettrait de combattre le tourisme procréatif, les ressortissants d'un Etat dont la loi n'autorise pas la GPA se voyant dissuadés d'y avoir recours en Belgique par le fait que leur filiation envers l'enfant ne pourrait y être établie, tout comme elle ne serait pas reconnue dans leur pays<sup>114</sup>. C. Henricot exprime cependant un doute à ce sujet, que nous rejoignons - du moins si le renvoi n'est qu'implicite. En effet, actuellement, les ressortissants français qui font appel à une mère porteuse en Belgique sont avertis du fait que leur filiation ne pourra être établie ni en Belgique ni en France mais cela ne les empêche aucunement de poursuivre la procédure. Un seul renvoi implicite au Code nous paraît dès lors risqué car, sans condition d'accès dans la loi sur la GPA, le risque est grand que les parents d'intention dont la loi nationale ignore la GPA aient accès cette procédure en Belgique, mais ne puissent voir le lien de filiation établi. Et s'il l'est en application de l'ordre public, il risque fort de ne pas être reconnu dans leur Etat, ce qui implique de nombreuses situations boiteuses. Un tel renvoi pourrait alors être accompagné de conditions d'accès (*infra*, pp. 42 et s).

Un renvoi explicite, par exemple exprimé par la condition d'accès que le lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant puisse être établi en vertu de l'article 62 du Code, nous semble également une bonne solution. Un tel renvoi permettrait de décourager le tourisme procréatif, puisque seuls les ressortissants d'un Etat autorisant la GPA dans les mêmes conditions que la Belgique y auraient accès – et ce, sans qu'une discrimination sur base de la nationalité ne puisse être invoquée<sup>115</sup>.

Il reviendra dès lors au législateur d'examiner également l'opportunité d'opter pour une méthode bilatérale.

## Section 2. Accès à la GPA et établissement de la filiation

Que la méthode choisie soit unilatérale ou bilatérale, il s'avère nécessaire de faire coïncider l'accès à la GPA et l'établissement de la filiation en Belgique entre l'enfant et ses parents d'intention. Il est en effet primordial d'éviter qu'un enfant se voie refuser après sa naissance toute filiation envers ses parents d'intention. Cela semble d'ailleurs s'imposer à la Belgique en vertu de la Convention relative aux droits de l'enfant (*infra*, pp. 40 et s.).

---

<sup>114</sup> C. HENRICOT, *ibidem*, p. 8 ; P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, pp. 14 et 15.

<sup>115</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 7.

Il paraît alors pertinent de faire intervenir les critères d'accès en amont de la procédure de GPA, comme condition à sa mise en œuvre, plutôt qu'en aval de celle-ci, au moment de l'établissement de la filiation, afin d'éviter la survenance de situations dans lesquelles la filiation ne pourrait être établie. C'est d'ailleurs l'option que le législateur semble avoir choisie dans les différents projets de loi. Utiliser un critère de rattachement pour déterminer la compétence de l'officier de l'état civil qui doit enregistrer la naissance<sup>116</sup>, et permettre à ce dernier de le faire uniquement si les parents remplissent certaines conditions ne s'avère dès lors pas adéquat. P. Wautelet souligne d'ailleurs qu'aucune autorité publique ne devant intervenir avant la naissance de l'enfant, il ne semble pas possible de conditionner l'accès à la GPA à une règle de compétence<sup>117</sup>.

Les critères d'accès à la GPA ne devront en outre n'ouvrir celle-ci – au maximum- qu'aux parents dont la filiation envers l'enfant pourra être établie en vertu du droit désigné par le Code de droit international privé ou, à la rigueur, l'établissement de la filiation devra être rendu possible par le jeu de l'ordre public ou de la clause d'exception. Le législateur dispose bien sûr également de la possibilité de restreindre plus fortement l'accès en fonction de ses objectifs.

Concernant l'établissement de la filiation, le législateur pourrait décider de ne pas modifier l'article 62 du Code de droit international privé, ou opter pour quelques modifications de celui-ci que nous examinerons *infra*, pp. 50 et s. Il pourrait également faire le choix d'une règle de rattachement concernant spécifiquement l'établissement de la filiation dans les GPA<sup>118</sup> : le facteur utilisé pour déterminer le droit applicable à la filiation pourrait être différent de celui de la nationalité. Un tel facteur permettrait d'ouvrir l'accès à des personnes dont le droit national ignore la GPA, car l'établissement de la filiation dépendrait d'un autre droit. Rappelons qu'en l'absence de modification de l'article 62 du Code, les règles relatives à la filiation contenues dans la future loi sur la GPA ne concerneront que les Belges, le droit applicable à la filiation étant le droit national de la personne dont on veut établir la filiation. Cela implique que, dans cette hypothèse, l'accès ne devrait être ouvert, au maximum, outre aux belges, qu'aux personnes dont la loi nationale permet la GPA dans les mêmes conditions que la loi belge, afin que la filiation puisse être établie. Le législateur devra en outre, lors de la définition des conditions d'accès à la GPA, avoir égard au fait – déjà évoqué - que l'établissement de la filiation de l'enfant peut se montrer problématique si tant la loi de la nationalité des parents d'intention que celle de la mère porteuse ignore la GPA ou si ces deux lois n'entendent pas l'établissement de la filiation selon des modalités semblables<sup>119</sup>. P. Wautelet s'interroge sur la nécessité de prévoir des critères aussi contraignants pour la mère

---

<sup>116</sup> C. HENRICOT, *ibidem*, pp. 9 et 17.

<sup>117</sup> P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, p. 14.

<sup>118</sup> P. WAUTELET, *ibidem*, p. 14.

<sup>119</sup> P. WAUTELET, *ibidem*, p. 14.

porteuse que pour les parents d'intention, estimant que celle-ci ne sera vraisemblablement pas demanderesse de faire établir sa filiation envers l'enfant et qu'il faut dès lors surtout « *prévenir l'apparition de phénomènes de migration de candidates mères porteuses* » - objectif qui pourrait être réalisé en leur imposant une durée de séjour minimum en Belgique<sup>120</sup>. Il nous paraît cependant problématique en terme de sécurité juridique de requérir des critères moins exigeants dans le chef des mères porteuses, car elles décident parfois, après la naissance de l'enfant, de faire établir leur filiation - que ce soit par amour maternel<sup>121</sup> ou à titre de sanction d'une dégradation des rapports avec les parents d'intention<sup>122</sup>.

### **Titre III. Implications des obligations internationales de la Belgique**

La Belgique étant partie à différentes conventions internationales qui promeuvent des droit fondamentaux, le législateur belge se verra lors de la rédaction d'une loi sur la GPA confronté à différentes obligations tenant au respect des droits protégés. Le titre IV concernera le choix, par le législateur belge, de différents critères conditionnant l'accès en Belgique à une procédure de GPA. Des critères potentiels sont, comme nous le verrons, de posséder la nationalité belge, ou de résider habituellement en Belgique depuis une certaine durée. Il s'agira dans ce titre-ci de déterminer si ces critères sont conformes et justifiables par rapport aux droits fondamentaux protégés par le droit international. Ce titre investiguera tout d'abord la question du mécanisme d'intégration des droits fondamentaux en droit international privé (Chapitre 1). Il s'intéressera ensuite aux conventions contenant, à notre estime, les obligations les plus importantes en matière de GPA : le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (Chapitre 2), la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) (Chapitre 3) et la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) (Chapitre 4).

#### ***Chapitre I. Introduction : l'intégration des droits fondamentaux en droit international privé***

Une nette progression de l'intervention des droits fondamentaux en droit international privé s'est récemment fait sentir, à tel point que la majorité des auteurs de doctrine parlent d'absolutisme des droits de l'homme, et craignent leur impérialisme<sup>123</sup>. Les internationalistes craignent que ces

---

<sup>120</sup> P. WAUTELET, *ibidem*, p. 17.

<sup>121</sup> *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988).

<sup>122</sup> *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. Rep 4th 84 (California Supreme Court), 851 P.2nd 776 (1993).

<sup>123</sup> L. GANNAGE, "A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux", *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 265.

droits fondamentaux mettent à mal l'essence même des règles de conflit de lois, qui visent à appliquer à une situation la loi dont elle est la plus proche sans grande considération de son contenu matériel, afin d'éviter la survenance de décisions contradictoire entre Etats<sup>124</sup>.

Les droits de l'homme ont un champ d'application qui s'élargit : ils ne sont aujourd'hui plus confinés dans l'ordre public mais ont un rôle à jouer lors de la détermination de la loi applicable à une situation<sup>125</sup>. Cette pénétration du droit international privé par les droits fondamentaux a commencé progressivement, par une réforme des règles de conflit de lois les faisant correspondre aux droits fondamentaux garantis par la Constitution<sup>126</sup>. Les droits fondamentaux se retrouvent maintenant dans différentes conventions internationales, font partie du droit communautaire et se confrontent dès lors régulièrement au droit international privé du fait de leur place élevée dans la hiérarchie des normes<sup>127</sup>. Le droit international ne peut toutefois primer sur le droit interne que si - outre le fait d'occuper une place élevée - il est d'application directe et entre en contradiction avec le droit interne<sup>128</sup>.

Les « modalités d'application dans l'espace des droits fondamentaux » sont controversées : peuvent-ils s'appliquer directement aux situations comportant des éléments d'extranéité ou sont-ils protégés par l'exception d'ordre public?<sup>129</sup> La plupart des internationalistes français prônent pour un contrôle de conformité opérant par l'ordre public. Ce dernier est en effet relatif : il peut être défini différemment par chaque Etat et permet de faire varier l'application des droits de l'homme<sup>130</sup> en fonction du degré de proximité de la situation avec le for. L'exception d'ordre public international permet donc de préserver la continuité des situations acquises par des personnes, ainsi que de respecter leurs prévisions<sup>131</sup>. Le passage par l'exception d'ordre public présente dès lors l'avantage d'offrir plus de souplesse que la méthode de l'application directe.

## ***Chapitre II. Le TFUE et la libre circulation***

Dans son avis du 14 février 2006, le Conseil d'Etat belge a précisé, concernant l'existence d'une condition de nationalité ou de résidence fixe en Belgique pour avoir accès à la GPA, qu' « il

---

<sup>124</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, "Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux", *Revue internationale de droit comparé*, 2000/4, pp. 801 à 803.

<sup>125</sup> L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé: étude de droit international privé de la famille*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001, p. 32.

<sup>126</sup> L. GANNAGE, *ibidem*, pp. 32 et 33.

<sup>127</sup> L. GANNAGE, *ibidem*, p. 48.

<sup>128</sup> L. GANNAGE, *ibidem*, p. 74.

<sup>129</sup> L. GANNAGE, "A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux", *op. cit.*, pp. 275 ; Y. LEQUETTE, "Le droit international privé et les droits fondamentaux", *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, Paris, Dalloz, 2005, p. 112.

<sup>130</sup> L. GANNAGÉ, "A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux", *op. cit.*, pp. 276 et 277.

<sup>131</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, pp. 811 et 812.

*appartient au législateur de justifier, au regard du droit européen, pour quelle raison un citoyen d'un État membre de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou d'un État lié avec l'Union européenne par un traité de libre circulation des personnes ne pourrait recourir à la maternité de substitution en Belgique »<sup>132</sup>. Le mode d'intégration dans le droit international privé des droits fondamentaux contenus par le TFUE sera d'abord étudié dans ce chapitre. Les principes de libre circulation et de non-discrimination et leurs implications sur la reconnaissance du lien de filiation ainsi que lors de la détermination de critères d'accès à la GPA feront ensuite l'objet d'un examen, afin de déterminer si ces critères sont justifiables.*

### Section 1. Application directe des droits fondamentaux contenus par le TFUE

Le droit communautaire ayant un objectif économique, il semblait à la base peu susceptible de s'appliquer en droit de la famille. Les exigences du marché commun expliquent cependant que celui-ci ait une influence de plus en plus marquée en matière de statut personnel ainsi que dans le droit international privé de la famille. Une règle juridique, quelle qu'elle soit, risquant d'entraver les libertés du droit communautaire doit actuellement être écartée par les juges des États membres<sup>133</sup>. Le raisonnement de droit international privé est oublié par la Cour de justice de l'Union européenne, le conflit de lois devant donner lieu à l'application de la loi qui ne cause pas d'entrave à la libre circulation ou à l'une des libertés fondamentales du droit de l'Union. La loi applicable à une situation est celle qui permet le mieux de remplir les objectifs du droit communautaire - qui a primauté - et non forcément celle qui présente les liens les plus intenses avec cette situation<sup>134</sup>.

Il semble dès lors que l'on appliquera directement à une situation présentant des éléments d'extranéité les droits fondamentaux protégés par le TFUE, celui-ci définissant son champ d'application et étant d'application directe. Précisons que la situation doit, pour que la Cour de justice de l'Union européenne puisse déterminer si les principes de non-discrimination et de libre circulation sont respectés par un État membre, évidemment provenir d'un autre État membre.

### Section 2. Respect de la libre circulation et du principe de non-discrimination

La deuxième partie du TFUE porte sur la non-discrimination entre citoyens de l'Union. Plus particulièrement, l'article 18 interdit, dans le domaine d'application des traités, toute discrimination sur base de la nationalité et les articles 20, 2, a) et 21 prévoient pour tous les citoyens de l'Union, « *le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve des*

---

<sup>132</sup> Proposition de loi relative aux mères porteuses (et autres), avis du Conseil d'État du 14 février 2006, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2005-2006, n° 3 - 417/3, p. 74.

<sup>133</sup> L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé: étude de droit international privé de la famille*, op. cit., pp. 102 à 104.

<sup>134</sup> L. GANNAGE, *ibidem*, pp. 108 à 112.

*limitations et conditions prévues par les traités et par les dispositions prises pour leur application* »<sup>135</sup>.

Le TFUE trouve à s'appliquer tant à la phase de reconnaissance par un Etat membre du lien de filiation établi suite à une GPA dans un autre Etat membre qu'à la détermination du droit d'accès à la GPA et ses restrictions éventuelles - tel qu'il sera prévu dans la loi belge. Nous évoquerons dès lors d'abord brièvement l'aspect de la reconnaissance, afin de percevoir la suite que les Etats membres pourront, conformément au droit européen, donner à une GPA réalisée en Belgique. Les principes établis dans ce cadre permettront également de déterminer des balises que la loi belge devra respecter : nous verrons dans quelles limites l'accès à la GPA peut être conditionné.

La Cour de justice de l'Union européenne a tout d'abord considéré dans deux arrêts en matière de nom, *Grunkin Paul*<sup>136</sup> et *Garcia Avello*<sup>137</sup>, que la libre circulation était entravée sans que cela ne soit justifié dans le cas d'un Etat qui refusait, en raison de l'application de ses règles de conflit de lois, de conférer ou de reconnaître à un enfant le nom dont il était titulaire dans un autre Etat membre<sup>138</sup>, contraignant l'enfant à porter un nom différent lorsqu'il changeait d'Etat membre. Dans l'arrêt *Garcia Avello*, ce refus a également été considéré comme contraire au principe de non-discrimination.

Certains auteurs étendent la jurisprudence des arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin Paul* à la situation d'enfants issus d'une GPA dans un Etat membre, dont un autre Etat membre refuserait de reconnaître la filiation. Ils considèrent que la non reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention pourrait constituer une entrave sérieuse à la libre circulation, car l'enfant se verrait reconnaître deux mères différentes dans des Etats différents. Dépourvu de justification sérieuse et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi, ce refus pourrait dès lors se voir condamné par la Cour<sup>139</sup>. Précisons tout de même qu'à notre sens, la Cour n'est pas encore disposée à rendre une telle jurisprudence, et que, dans son avis rendu dans le cadre de l'arrêt *Grunkin Paul*, l'avocat général Madame Sharpston a précisé qu'elle considérerait la détermination du nom comme « *un aspect assez particulier au sein de ce domaine [le statut des personnes]* », et ne pensait pas « *qu'une décision portant sur les noms devrait nécessairement être étendue par extrapolation à ces autres matières [du statut ou de la capacité juridiques]* »<sup>140</sup>.

---

<sup>135</sup> TFUE, art. 21.

<sup>136</sup> C.J.U.E., C-353/06 *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul*, 14 octobre 2008, § 39, <http://curia.europa.eu>.

<sup>137</sup> C.J.U.E., C-148/02 *Carlos Garcia Avello*, 2 octobre 2003, § 45, <http://curia.europa.eu>

<sup>138</sup> L'Etat membre dans lequel il était né et résidait dans l'affaire *Grunkin Paul* et celui dont il possédait également la nationalité dans l'affaire *Garcia Avello*.

<sup>139</sup> D. GRUENBAUM, *op. cit.*, p. 493 ; P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 518.

<sup>140</sup> Avocat gén. E. SHARPSTON, concl. précédant C.J.U.E., C-353/06 *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul*, 14 octobre 2008, <http://curia.europa.eu>.

R. Baratta considère pour sa part que la libre circulation européenne pourrait contraindre un Etat membre de l'Union à reconnaître un statut personnel ou une relation familiale acquise dans un autre Etat membre, dans le but d'éviter la survenance de situations boiteuses. Il pense qu'un principe implicite de reconnaissance mutuelle du statut personnel et familial peut être déduite de trois séries de dispositions du traité<sup>141</sup>. Cette obligation de reconnaissance imposée aux Etats membres s'appliquerait uniquement, selon R. Baratta, au statut personnel et familial acquis dans l'Etat d'origine, de nationalité, et non dans un autre Etat. L'une des conséquences de ce principe est que l'Etat membre ne devrait appliquer ni la règle de conflit de lois ni le droit substantiel normalement applicables si ceux-ci conduisent à un refus de reconnaissance. En matière de droit de la famille, l'exception d'ordre public pourrait -dans certains cas bien délimités par la Cour de justice de l'Union européenne - jouer un rôle pour limiter l'application de ce principe<sup>142</sup>. Soulignons que ce principe de reconnaissance mutuelle ne s'appliquerait dès lors pas, dans l'Etat membre d'origine, à un lien de filiation acquis en Belgique suite à une GPA.

La liberté de circuler dans l'Union européenne n'est cependant pas absolue : les Etats membres peuvent limiter celle-ci, à condition que l'entrave soit fondée sur des « *considérations objectives* » et « *proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi* »<sup>143</sup>. Il en va de même concernant le principe de non-discrimination, les considérations objectives devant en outre être « *indépendantes de la nationalité des personnes concernées* »<sup>144</sup>.

Il semble dès lors correct de dire que la Belgique pourrait limiter l'accès à la GPA aux personnes y résidant habituellement depuis une certaine durée, sans que cela soit considéré comme contraire au principe de libre circulation ou discriminatoire au regard du droit européen. Cette restriction - à laquelle il pourrait être reproché d'introduire une discrimination indirecte, les nationaux étant indirectement favorisés<sup>145</sup>- peut aisément être justifiée au regard de la sécurité juridique et de l'intérêt de l'enfant. En effet, dans le cas de parents d'intention originaires d'un Etat membre qui ignore la GPA, le lien de filiation qui devrait, selon nous, nécessairement être créé en Belgique - par le jeu de l'ordre public, de la clause d'exception ou suite à une modification du facteur de rattachement (*infra*, pp. 50 et s.), la loi nationale des parents d'intention ne le permettant pas- ne serait pas assurément (ou complètement) reconnu dans le pays d'origine des parents.

---

<sup>141</sup> Ces dispositions sont les articles 17 du TCE (article 20 du TFUE, citoyenneté européenne) et 18 du TCE (article 21 du TFUE, libre circulation) qui confèreraient à une personne le droit de circuler tout en gardant son statut personnel et familial acquis conformément à la loi de son Etat membre d'origine ; les articles 12, 39(2) et 43 du TCE (article 18, 45 et 49 du TFUE, non-discrimination sur base de la nationalité) et finalement l'article 10 du TCE, (remplacé en substance par l'article 4 § 3 du TUE, principe de coopération loyale entre les Etats membres et l'Union).

<sup>142</sup> R. BARATTA, "Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC", *IPRax*, 2007, pp. 4 à 11.

<sup>143</sup> C.J.U.E., C-353/06 *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul*, 14 octobre 2008, § 29, <http://curia.europa.eu>.

<sup>144</sup> C.J.U.E., C-148/02 *Carlos Garcia Avello*, 2 octobre 2003, § 31, <http://curia.europa.eu>.

<sup>145</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 9.

L'enfant se trouverait alors dans une situation boiteuse, ce qui explique qu'il faille éviter que des personnes ne réalisent une GPA en Belgique sans avoir aucune intention de se maintenir dans ce pays. Cela serait différent si la Cour de justice de l'Union européenne obligeait les Etats membres à reconnaître le lien de filiation créé suite à une GPA dans un autre Etat membre : un critère d'accès exigeant de résider habituellement dans un Etat membre depuis une certaine durée pourrait alors être choisi.

Deux Etats membres de l'Union, le Royaume-Uni et la Grèce, ont d'ailleurs conditionné l'accès à la GPA à un critère de domicile sans que cela n'ait (encore) été contesté.

Reste la question de savoir si la possession de la nationalité belge serait un critère d'accès conforme au droit européen. La conformité d'un tel critère à l'article 18 du TFUE semble plus douteux, notamment au regard de la jurisprudence *Garcia Avello*. Précisons en outre qu'un tel critère ne fait, à notre connaissance, partie de la législation sur la GPA d'aucun Etat européen. Eu égard à la spécificité du facteur de rattachement belge en matière de filiation, basé sur la loi nationale des personnes concernées, ce critère ne semble cependant pas injustifiable -en l'absence de modification de l'article 62 du Code- pour éviter que des enfants ne soient orphelins. La conformité au droit européen du facteur de rattachement de nationalité prévu par la règle de conflit de lois de l'article 62 du Code ne semble, elle, pas devoir être remise en cause<sup>146</sup>.

### ***Chapitre III. La Convention européenne des droits de l'homme: peut-on en tirer un droit à la création du lien de filiation qui s'impose en droit international privé ?***

Ce chapitre commencera par étudier la controverse existant quant au mode d'intégration des droits fondamentaux contenus par la CEDH en droit international privé. Les principes de droit au respect de la vie privée et familiale et de non-discrimination ainsi que leurs implications sur une future loi relative à la GPA seront ensuite examinés.

#### Section 1. Controverse quant au mode d'intégration des droits fondamentaux contenus par la CEDH

La question du domaine d'application de la CEDH fait actuellement l'objet d'un débat, et cela, du fait du caractère régional de la Convention: les Etats tiers ne sont pas tenus par celle-ci. Les Etats parties doivent-ils alors, lorsque la règle de conflit de lois du for les conduit à appliquer une disposition juridique d'un Etat tiers non conforme à la Convention, écarter la disposition

---

<sup>146</sup> P. KINSCH, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et DIP", *Recueil des cours de l'Académie de droit international (La Haye)*, 2005, t. 318, pp. 130 à 134.

étrangère?<sup>147</sup> Cela semble être le cas au vu de l'article 1 de la Convention, qui déclare que « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* »<sup>148</sup>. Cela implique qu'un ressortissant d'un Etat tiers pourrait exiger, devant le juge d'un Etat partie valablement saisi, qu'il écarte une disposition légale étrangère pour contrariété aux droits fondamentaux protégés par la Convention<sup>149</sup>. Cela signifierait que, lorsqu'un droit garanti par la CEDH est en jeu, le juge valablement saisi ne pourrait se contenter, lors de la vérification de la conformité à la Convention d'une disposition du droit étranger visée par la règle de conflit de lois du for, d'utiliser l'ordre public atténué, en l'absence d'un lien de proximité suffisant de la situation avec l'ordre juridique du for. Il devrait accorder la protection des droits fondamentaux de la Convention sans vérifier préalablement l'intensité des liens<sup>150</sup>.

Tant la méthode de l'application directe que celle du passage par l'ordre public peuvent être valablement utilisées pour protéger les droits fondamentaux, le résultat obtenu devant bien entendu être comparable. Les juridictions ayant recours au mécanisme de l'ordre public ne pourront dès lors - en invoquant le manque de proximité de la situation avec l'ordre du for- atténuer les exigences des droits fondamentaux et faire preuve de plus de tolérance vis-à-vis des lois étrangères en conflit avec ces derniers. L'exception d'ordre public doit donc être aménagée, le cas échéant, afin que ses conditions de déclenchement respectent les exigences de la Convention<sup>151</sup>. Si les juges nationaux semblent utiliser ces deux méthodes indifféremment<sup>152</sup>, la majorité de la doctrine prône pour un contrôle de la conformité d'une loi ou d'un jugement étranger à la Convention par le biais de l'ordre public international<sup>153</sup>. Le relativisme de l'ordre public pourrait cependant poser problème, puisqu'il faudra s'assurer que les droits de l'homme visés soient suffisamment protégés par ce mécanisme, qu'ils restent effectifs afin de respecter les obligations internationales<sup>154</sup>. Une partie de la doctrine considère que l'exception d'ordre public peut être mise en œuvre de manière traditionnelle même lorsque les droits fondamentaux de sources internationales sont en jeu, car rien n'enjoint à considérer différemment ces derniers de ceux du for<sup>155</sup>. Cela peut, comme nous l'avons

---

<sup>147</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3e éd., Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 318.

<sup>148</sup> CEDH, art. 1.

<sup>149</sup> L. GANNAGÉ, "A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux", *op. cit.*, 2008, p. 268.

<sup>150</sup> L. GANNAGÉ, "Les droits fondamentaux face aux droits étrangers (l'exemple du droit international privé français)", <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/drtsfond/lgannage.pdf> (consulté le 26 mars 2013), pp. 3 et 4.

<sup>151</sup> L. GANNAGÉ, "A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux", *op. cit.*, pp. 277 à 279 ; P. KINSCH, *op. cit.*, pp. 206 et 207.

<sup>152</sup> P. KINSCH, *op. cit.*, p. 212. Précisons cependant que pour d'autres auteurs, les juges semblent favoriser la méthode de l'application directe : voir B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, pp. 810 et 811.

<sup>153</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 811.

<sup>154</sup> L. GANNAGÉ, "A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux", *op. cit.*, pp. 277 et 278.

<sup>155</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, p. 811 ; P. MAYER, "La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères", *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1991, p. 661.

compris, s'avérer problématique. Une autre partie de la doctrine propose d'opter pour une « *adaptation des conditions de déclenchement de l'ordre public* », qui passerait par une appréciation de la proximité de la situation avec le for en fonction du contenu des droits fondamentaux visés<sup>156</sup>. L. Gannagé est, elle, partisane de l'application directe des dispositions de la Convention, du moins dans l'objectif de contrer des conventions bilatérales conclues avec les Etats musulmans<sup>157, 158</sup>.

En matière d'ordre public procédural, si la Cour européenne des droits de l'homme se satisfaisait dans les années 1990, concernant l'exequatur d'un jugement étranger, d'un contrôle du principe de procès équitable limité à la doctrine de « *l'effet atténué* », au « *déni de justice flagrant* »<sup>159</sup>, elle a dans l'arrêt *Pellegrini*<sup>160</sup> nettement décidé que lorsqu'une décision dont l'exequatur est demandé émane d'un Etat tiers, le juge de l'exequatur d'un Etat partie doit vérifier la conformité à l'article 6 de la Convention de la procédure ayant donné lieu à la décision. Un Etat partie ayant accordé l'exequatur à un jugement d'un Etat étranger qui ne respecte pas les garanties du procès équitable engage dès lors sa responsabilité conventionnelle<sup>161</sup>. Cette jurisprudence, qui pourrait bien laisser présager la vision future de la Cour, a été qualifiée de « *profondément perturbatrice de l'ordonnement actuel de l'exception de l'ordre public international* »<sup>162</sup>. L'arrêt *Pellegrini* remet en question l'opposition entre un ordre public international de « *proximité* » et un ordre public international « *d'éloignement* », les garanties de la Convention en matières de procès équitables devant être respectées entièrement et de manière uniforme<sup>163</sup>. En effet, « *l'arrêt ne semble pas souffrir d'exceptions; il est rédigé en termes généraux; il pose un impératif catégorique* »<sup>164</sup>.

L'influence des droits fondamentaux est finalement élargie par l'imposition par la Cour de Strasbourg d'obligations positives - outre les obligations négatives- aux Etats, notamment en matière de droit au respect de la vie privée et familiale. Ainsi, la Cour contrôle l'utilisation des

---

<sup>156</sup> P. HAMMJE, "Droits fondamentaux et ordre public", *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1997, pp. 14 et s. Dans le cadre de la Convention, cela pourrait conduire à apprécier la proximité de la situation avec l' « *ordre juridique européen* ».

<sup>157</sup> L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé: étude de droit international privé de la famille*, *op. cit.*, p. 227.

<sup>158</sup> Cet auteur écarte cependant une application directe des droits fondamentaux à une situation présentant des éléments d'extranéité qui supposeraient qu'on n'appliquerait plus le raisonnement conflictualiste, par analogie à la méthode des lois de police. La question de l'application directe des droits fondamentaux se pose dès lors, selon elle, lorsque la règle de conflit a déterminé la loi applicable, afin de vérifier sa conformité aux droits fondamentaux - L. GANNAGÉ, "A propos de l'« absolutisme » des droits fondamentaux", *op. cit.*, p. 276.

<sup>159</sup> J.-F. FLAUSS, "L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg", *Petites affiches*, 2002/78, p. 12.

<sup>160</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Pellegrini c. Italie* du 20 juillet 2001, § 40 et 47, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>161</sup> J.-P. COSTA, "Le Tribunal de la Rote et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme", obs. sous Cour eur. D. H., arrêt *Pellegrini c. Italie* du 20 juillet 2001, *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 473 à 476.

<sup>162</sup> J.-F. FLAUSS, *op. cit.*, p. 19.

<sup>163</sup> J.-F. FLAUSS, *ibidem*, pp. 19 et 20.

<sup>164</sup> J.-P. COSTA, *op. cit.*, p. 474.

mécanismes de droit international privé et la conformité des résultats obtenus à la Convention et n'hésite pas, en cas de constat de non-conformité, à censurer l'utilisation d'une règle de droit international privé<sup>165</sup>. Dans l'arrêt Wagner<sup>166</sup>, la Cour a en effet considéré que le refus du Luxembourg, suite à l'application de ses règles de droit international privé, d'accorder l'exequatur d'un jugement d'adoption prononcé à l'étranger n'était pas conforme à l'article 8 de la Convention.

## Section 2. Respect du droit à la vie privée et familiale et du principe de non-discrimination

Le Conseil d'Etat rappelle dans son avis que, si le législateur belge décide d'autoriser la GPA, il devra régler ses conséquences de manière conforme aux « *droits fondamentaux en matière de protection de la vie privée et familiale des intéressés* »<sup>167</sup>. La CEDH protège en effet, tout comme le TFUE, des libertés fondamentales qui doivent être prise en compte lors de la création du lien de filiation suite à une GPA : l'article 8 de la Convention prévoit le droit au respect de la vie privée et familiale et son article 14 interdit toute discrimination, notamment sur base de l' « *origine nationale* ». Le droit au respect de la vie privée et familiale n'est cependant pas absolu, et peut faire l'objet d'ingérences lorsque trois conditions sont remplies : la mesure doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime, et être nécessaire dans une société démocratique<sup>168</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a une jurisprudence assez étendue concernant l'article 8 de la Convention, ayant été saisie à de nombreuses reprises de violations alléguées du droit à la vie privée et familiale. Précisons immédiatement que, si la jurisprudence actuelle de cette Cour semble pouvoir s'appliquer davantage à la réception du lien de filiation créé à l'étranger dans un Etat autorisant la GPA, elle doit également jouer un rôle de balise lors de la rédaction de la loi sur la GPA et du choix des critères d'accès.

La Cour de Strasbourg a une vision extensive de ce qui peut être considéré comme une vie familiale, et bénéficier de la protection de l'article 8. En effet, loin de se restreindre aux liens créés par le mariage (et aux enfants qui en sont issus), la vie familiale peut également être étendue à d'autres situations dites *de facto*<sup>169</sup>. La Cour tient alors compte du temps qu'un adulte a passé avec un enfant, du rôle qu'il a joué envers lui et des relations ayant pu se nouer<sup>170</sup>. La Cour, en grande chambre, a affirmé que l'article 8 s'appliquait au « *droit au respect des décisions de devenir ou de*

---

<sup>165</sup> M.-L. NIBOYET, "Le droit à une vie familiale au service de la reconnaissance des situations juridiques créées à l'étranger", *Gazette du Palais*, 22 mars 2008, n° 82, pp. 33 et 34.

<sup>166</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007, § 40, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>167</sup> Proposition de loi relative aux mères porteuses (et autres), avis du Conseil d'Etat du 14 février 2006, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2005-2006, n° 3 - 417/3, p. 53.

<sup>168</sup> CEDH, art. 8.

<sup>169</sup> Voir, notamment, Cour eur. D. H., arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, § 30, <http://www.echr.coe.int> et Cour eur. D. H., arrêt *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, §44, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>170</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie* du 27 avril 2010, § 48, <http://www.echr.coe.int>.

ne pas devenir parent »<sup>171</sup>. Elle a plus tard également reconnu que « le droit des couples à concevoir un enfant et à recourir pour ce faire à la procréation médicalement assistée relève également de la protection de l'article 8, pareil choix constituant une forme d'expression de la vie privée et familiale »<sup>172</sup>. Dans une situation relativement proche de celle qui nous concerne, la Cour a encore estimé que l'article 8 pouvait s'appliquer à une *vie familiale projetée*, dans le cas de parents ayant adopté légalement, mais n'ayant pas encore pu établir, de facto, des liens avec les enfants adoptés, car ils n'avaient pas encore eu de contacts avec ces derniers du fait de la procédure d'adoption<sup>173</sup>. Les liens affectifs créés entre l'enfant et les parents sont identiquement sous la protection de l'article 8 de la Convention<sup>174</sup>.

Nous pouvons dès lors conclure que le droit de concevoir un enfant par la voie d'une GPA, tout comme les liens qui en sont issus entre les parents d'intention et leur(s) enfant(s) peuvent bénéficier de la protection de l'article 8.

En ce qui concerne la réception du lien de filiation, lorsque l'on considère que les liens entre l'enfant et ses parents d'intention sont protégés par l'article 8, la question consécutive est de déterminer si le refus de donner effet au projet parental peut-être considéré comme une ingérence conforme à l'article 8, § 2<sup>175</sup>. Plusieurs arrêts de la Cour de Strasbourg peuvent nous guider dans cette appréciation :

Tout d'abord, la Cour a maintes fois précisé que le respect de la vie privée et familiale n'implique pas uniquement un devoir d'abstention de la part des Etats, mais également des obligations positives, visant au respect effectif de ce droit<sup>176</sup>. Dans l'arrêt *Keegan*, la Cour a rappelé dès 1994 que « selon les principes qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour, là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'Etat doit agir de manière à permettre à ce lien de se développer et il faut accorder une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille »<sup>177</sup>. La Cour a réaffirmé ce principe dans l'arrêt *Wagner*<sup>178</sup>. De même, dans l'affaire *Kroon*, la Cour a affirmé que, dès lors que la situation relevait de la vie familiale, les autorités avaient l'« obligation positive d'autoriser aussi rapidement que

---

<sup>171</sup> Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, §§ 58 et 71, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>172</sup> Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 82, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>173</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, §§ 143 et 146 à 148, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>174</sup> C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, *op. cit.*, p. 1157.

<sup>175</sup> C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, *op. cit.*, p. 1159.

<sup>176</sup> Notamment Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 87, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 75, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>177</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, § 50, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>178</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007, § 119, <http://www.echr.coe.int>.

*possible la formation de liens familiaux légaux complets »<sup>179</sup>.*

Dans l'arrêt *Wagner*, la Cour a dû se prononcer sur le refus de reconnaissance par le Luxembourg d'une décision péruvienne prononçant une adoption plénière. Le Luxembourg appliquait ses règles de conflit de lois qui désignaient le droit luxembourgeois comme applicable, et celui-ci ne permettant l'adoption plénière que pour des époux, la refusait à Madame Wagner, célibataire. La Cour a décidé, « *rappelant que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires* », « *que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention* »<sup>180</sup>. L'Etat ne pouvait dès lors faire prévaloir les règles de conflit de lois du for sur la réalité sociale.

Ensuite, la Cour a plusieurs fois défendu que « *le "respect" de la "vie familiale" exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne* »<sup>181</sup>. Cette dernière phrase est réellement importante : lorsque les parents d'intention ont fourni leurs gamètes à la mère porteuse, ils sont les parents génétiques de l'enfant et la réalité biologique et sociale - conforme aux vœux des intéressés- est bien qu'ils soient les parents légaux de l'enfant. Seule la présomption que la femme qui accouche est la mère de l'enfant et le mari de cette dernière, leur père, les empêche - dans les pays n'admettant pas la GPA- de voir établie la filiation désirée.

Finalement, dans l'arrêt *S.H.*<sup>182</sup>, développé *infra* p. 38, la Cour a conclu à la non violation de l'article 8 de la Convention bien que l'Autriche interdise certaines techniques de procréation médicalement assistée, en argumentant que cet Etat n'empêchait pas les parents désireux d'y avoir recours à l'étranger et que des dispositions spécifiques permettaient, dans ce cas, d'établir la filiation envers l'enfant selon le désir des parents.

Il nous semble dès lors pensable que la Cour européenne des droits de l'homme puisse bientôt considérer que les Etats membres du Conseil de l'Europe sont dans l'obligation de reconnaître le lien de filiation établi à l'étranger suite à une GPA. Ne pas le reconnaître pourrait être vu comme une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, non justifiée selon les conditions de l'article 8, § 2 de la Convention. Du reste, l'avocat général français Marc Domingo considérait dans son avis devant la Cour de cassation lors de l'arrêt *Mennesson*, que « *si, en l'état de la jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme, il n'apparaît pas*

<sup>179</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, § 36, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>180</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007, § 133, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>181</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, § 40, <http://www.echr.coe.int> ; mutatis mutandis Cour eur. D. H., arrêt *Phinikaridou c. Chypre* du 20 décembre 2007, § 55, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D. H., arrêt *Znamenskaya c. Russie* du 2 juin 2005, §31, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>182</sup> Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 114, <http://www.echr.coe.int>.

concevable que la législation interne des Etats signataires doive au nom du droit au respect de la vie familiale, sinon adopter une réglementation de la gestation pour autrui, au moins lever, au regard de la situation des enfants les obstacles à l'établissement de leur état civil il paraît pouvoir être admis qu'une solution différente doit prévaloir lorsque la situation en cause, même intentionnellement recherchée et créée par les parents génétiques s'est constituée en conformité avec la loi étrangère »<sup>183</sup>. Il invoqua en outre que « l'ordre public international, fut-il de « proximité », ne saurait être opposé pour refuser à un droit régulièrement acquis à l'étranger [...] de produire en France les effets juridiques qui en dérivent [...] lorsqu'un tel refus a pour conséquence de porter atteinte à un principe, une liberté ou un droit garanti par une convention internationale ratifiée par notre pays »<sup>184</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme se prononcera d'ailleurs prochainement sur la question : suite au rejet de leur pourvoi par la Cour de cassation, les époux Mennesson ont introduit une requête contre la France, dans laquelle ils contestent le refus de ce pays de reconnaître le lien de filiation légalement établi en Californie envers leurs enfants<sup>185</sup>.

Pour déterminer les options du législateur belge lorsqu'il définira les critères d'accès à la GPA, l'arrêt *S.H.* s'avère être un bon guide car il concerne une situation assez proche de celle qui nous occupe. Cet arrêt concerne différents couples, qui, en vertu de la loi autrichienne, se voyaient refuser l'accès à une certaine technique de procréation médicalement assistée (la fécondation in vitro avec donneur), et alléguaient de ce fait une violation des articles 8 et 14 de la Convention. Comme nous l'avons vu, la Cour a considéré que ce droit relevait de l'article 8. La chambre avait, le 1<sup>er</sup> avril 2010<sup>186</sup>, considéré qu'il y avait violation de ces articles combinés, mais la Grande chambre infirma cette jurisprudence le 3 novembre 2011<sup>187</sup>. Cette dernière décida qu'il s'agissait d'une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale, qui, sans conteste, était considérée comme prévue par la loi, et visant un but légitime. Concernant la condition de nécessité dans une société démocratique, la Cour a rappelé dans cet arrêt que « lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'Etat est d'ordinaire restreinte »<sup>188</sup>. Par contre, lorsqu'il s'agit d'une question qui ne fait l'objet d'aucun consensus entre les Etats membres, et qui, en outre, est sensible du point de vue

---

<sup>183</sup> Av. Gén. M. DOMINGO, avis précédant Cass. Fr., arrêt n° 370 du 6 avril 2011, *Gazette du Palais*, 12 mai 2011, n° 132, p. 21.

<sup>184</sup> Av. Gén. M. DOMINGO, *ibidem*, p. 22.

<sup>185</sup> Cour eur. D. H., 5<sup>e</sup> section, *Requête n° 65192/11, Sylvie MENNESSON et autres c. France*, 6 octobre 2011, Exposé des faits et questions, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>186</sup> Cour eur. D. H., arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 1<sup>er</sup> avril 2010, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>187</sup> Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, §§ 115, 166 et 120, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>188</sup> Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 94, <http://www.echr.coe.int> ; voir aussi Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 77, <http://www.echr.coe.int>.

moral, la marge de manœuvre de l'Etat se voit élargie. C'est également le cas lorsque l'Etat « *doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et des intérêts publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention* »<sup>189</sup>. La Cour a considéré que la marge d'appréciation laissée à l'Autriche dans ce cas était étendue, les pratiques en cause ne faisant l'objet d'aucune commune vision des Etats membres lorsque le législateur avait légiféré, et étant particulièrement délicates du point de vue moral, et qu'il n'y avait dès lors pas violation de l'article 8<sup>190</sup>.

Notons cependant que la Cour a précisé que « *les liens familiaux atypiques au sens large, qui ne s'inscrivent pas dans le schéma classique parent-enfant reposant sur un lien biologique direct, ne sont pas inconnus des ordres juridiques des Etats contractants* »<sup>191</sup>, en réponse à l'argument invoqué par le Gouvernement de vouloir éviter une discordance entre réalité biologique et réalité sociale.

Il peut être déduit de cette jurisprudence que le droit de concevoir un enfant par la technique de maternité de substitution rentre dans le champ de l'article 8 de la Convention. La GPA étant une pratique qui ne repose sur aucun consensus entre les Etats membres du Conseil de l'Europe, et étant de surcroît extrêmement sensible sur le plan éthique, la Belgique dispose d'une large marge de manœuvre lorsqu'elle légifère dans cette matière. La Cour aura cependant un certain pouvoir de contrôle sur les choix effectués et les arguments qui y ont conduit. Elle pourra « *rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'Etat et ceux des individus directement touchés par les solutions en question* »<sup>192</sup>. Cela n'empêche toutefois aucunement la loi d'avoir un *caractère absolu*, qui ne tient pas compte de tous les intérêts présents, même « *lorsque des aspects importants de la vie privée sont en jeu* »<sup>193</sup>.

La Belgique pourrait dès lors, à notre sens, opter lorsqu'elle légifère en matière de GPA pour des critères d'accès basés sur la nationalité belge et/ou la possession d'une résidence habituelle en Belgique depuis une certaine durée, en justifiant ceux-ci au regard de la sécurité juridique et de l'intérêt de l'enfant, comme cela a été expliqué dans le cadre du TFUE. La Cour accorde en effet, lorsqu'elle évalue l'ingérence étatique dans les relations familiales, une extrême importance à l'intérêt de l'enfant, qui peut primer celui des parents<sup>194</sup>.

---

<sup>189</sup> Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 94, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 77, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>190</sup> Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 97, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>191</sup> Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 105, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>192</sup> Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 97, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>193</sup> Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, § 110, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, § 89, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>194</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012, § 63, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D. H. ; arrêt *Kautzor c. Allemagne* du 22 mars 2012, § 64, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D. H., arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, § 155, <http://www.echr.coe.int>.

Il faut également vérifier que ces critères ne soient pas discriminatoires au regard de l'article 14 de la Convention, qui introduit un principe de non-discrimination limité aux droits et libertés protégés par la Convention. Le droit d'accéder à la GPA et de voir le lien de filiation créé étant protégé par l'article 8 de la Convention, s'il n'incombe manifestement pas encore aux Etats d'autoriser une telle procédure, ils doivent, s'ils décident de le faire, respecter le principe de non-discrimination. Les critères de nationalité ou de résidence habituelle ne nous semblent cependant pas violer l'article 14. Il est en effet de jurisprudence constante que, « *dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différente, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables* »<sup>195</sup>. Une différence de traitement peut dès lors exister sans être considérée comme discriminatoire, à condition qu'elle vise un « *but légitime* », et qu'il y ait un « *rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »<sup>196</sup>. Il nous semble dès lors possible de considérer que des personnes non belges ou ne résidant pas habituellement en Belgique depuis une certaine durée ne se trouvent pas dans une situation comparable à des personnes belges ou résidant habituellement en Belgique depuis cette durée au regard du droit d'accès à la GPA. Cela, concernant le critère de nationalité, notamment en raison du contenu des règles de droit international privé relatives à la filiation - en l'absence d'une modification. Si la Cour considérait que ces situations étaient comparables, la différence de traitement viserait un but légitime : éviter que des enfants issus d'une GPA soient orphelins et/ou se voient refuser la nationalité de leurs parents (en l'absence d'une modification de l'article 62 du Code de droit international privé), ou encore se trouvent dans une situation boiteuse, si leur lien de filiation était créé en Belgique mais non reconnu dans leur pays d'origine. Le moyen peut en outre être considéré comme proportionné au but visé.

#### ***Chapitre IV. La Convention relative aux droits de l'enfant***

La Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) doit également servir de balise à la rédaction d'une loi sur la maternité de substitution. Celle-ci reconnaît en effet dans son préambule que « *l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension* »<sup>197</sup>. Cela implique que sa filiation doive pouvoir être déterminée de manière certaine lors de sa naissance, afin de définir sur

---

<sup>195</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007, § 150, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D. H., arrêt *Mazurek c. France*, du 1<sup>er</sup> février 2000, § 46, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>196</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007, § 152, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D. H., arrêt *Mazurek c. France*, du 1<sup>er</sup> février 2000, § 48, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>197</sup> Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvé par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992, préambule.

qui repose la responsabilité parentale, la charge de l'éduquer. Il est primordial d'éviter que l'enfant, privé de parents légaux, se voie abandonné au moment de sa naissance, les parents d'intention ayant renoncé à leur projet - ou pris dans un conflit, la mère porteuse refusant de le remettre aux parents d'intention<sup>198</sup>. Cela implique selon nous qu'il soit nécessaire de permettre la création du lien de filiation envers leur enfant de tous les parents d'intention auxquels l'accès à la GPA est ouvert dans notre pays.

La Cour européenne des droits de l'homme fait couramment référence à l'intérêt de l'enfant, et même, dans certains arrêts<sup>199</sup>, à la CDE, car, lorsqu'un enfant est concerné par la décision, son intérêt doit primer lors de l'étude des ingérences potentielles dans le droit à la vie privée et familiale. Selon l'étude de la jurisprudence de cette Cour par le Conseil d'Etat, « *la protection de la vie familiale a pour principale portée, en ce qui concerne les enfants, de consacrer les droits de ces derniers de voir leur filiation établie dès la naissance, de mener une vie familiale normale et d'être élevés par leurs parents d'origine* »<sup>200</sup>.

La CDE peut être considérée comme incitant fortement les Etats à reconnaître un lien de filiation créé à l'étranger. En effet, l'article 3 de cette Convention oblige les tribunaux à faire primer l'intérêt de l'enfant dans leurs décisions. Lorsqu'il est né, il va de l'intérêt de l'enfant de ne pas le laisser dans une situation boiteuse, et de reconnaître le lien de filiation envers ses parents d'intention - bien qu'il soit aussi important de ne pas laisser passer l'idée qu'il suffit de réaliser la GPA, même illégalement, pour obtenir la reconnaissance du lien de filiation<sup>201</sup>. En effet, on ne peut priver l'enfant de filiation – avec toutes les conséquences que cela implique- à titre de sanction de la transgression des règles par ses parents, car il ne peut être tenu responsable de leur conduite<sup>202</sup>. Chez nous, les tribunaux peuvent décider reconnaître partiellement un acte de naissance étranger - en tant qu'il établit la filiation de l'enfant envers le père d'intention, lorsqu'il est le père biologique - sur base de l'intérêt supérieur de l'enfant conjugué avec le fait que cette filiation peut-être établie en Belgique par la reconnaissance de paternité<sup>203</sup>.

La CDE peut, à notre estime, en tant qu'elle protège l'intérêt supérieur de l'enfant, permettre de justifier l'utilisation par le législateur belge de critères conditionnant l'accès à la GPA à la possession de la nationalité belge ou au fait de résider habituellement en Belgique depuis une certaine durée, en vue d'éviter que des enfants ne soient orphelins (en l'absence de modification des

---

<sup>198</sup> E. DAVIS, *op. cit.*, p. 135.

<sup>199</sup> Cour eur. D. H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007, § 120, <http://www.echr.coe.int> ; Cour eur. D. H., arrêt *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, § 50, <http://www.echr.coe.int>.

<sup>200</sup> Proposition de loi relative aux mères porteuses (et autres), avis du Conseil d'Etat du 14 février 2006, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2005-2006, n° 3 - 417/3, p. 40, § 53.

<sup>201</sup> C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, *op. cit.*, pp. 1161 et 1162.

<sup>202</sup> N. GALLUS, *op. cit.*, p. 424.

<sup>203</sup> C. HENRICOT, S. SAROLÉA et J. SOSSON, *op. cit.*, p. 1153.

règles de droit international privé) ou dans une situation boiteuse (si le lien de filiation est établi en Belgique). En effet, en vertu de l'article 3 de cette Convention, « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* »<sup>204</sup> dans toute décision prise par le législateur le concernant. L'article 7 garantit en outre à l'enfant un droit au nom et à la nationalité dès sa naissance ainsi que « *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* »<sup>205</sup>. Reste cependant à déterminer, dans le cadre d'une GPA, quels sont les parents visés par la CDE, entre la mère porteuse (et éventuellement son conjoint) et les parents d'intention, qui peuvent par ailleurs être ou non les parents biologiques. Une certitude est que le législateur doit toujours donner priorité à l'intérêt supérieur de l'enfant, lorsque celui-ci est en conflit avec d'autres intérêts<sup>206</sup> et lui permettre d'avoir une filiation certaine. Nous avons d'ailleurs vu que, selon la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'intérêt supérieur de l'enfant pouvait primer sur celui des parents. Les articles 3 et 7 combinés pourraient dès lors justifier que le législateur, prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et se voyant, en l'absence de modification des règles de droit international privé, dans l'impossibilité de garantir qu'il ait le droit de porter le nom et d'obtenir la nationalité de ses parents d'intention (ni d'ailleurs, de la mère porteuse) lorsque les parents d'intention n'ont pas la nationalité belge, restreigne l'accès à la GPA aux Belges. Ces mêmes articles pourraient également justifier une condition d'accès exigeant de résider habituellement en Belgique depuis une certaine durée, si le lien de filiation pouvait - par le jeu de l'ordre public, de la clause d'exception ou suite à une modification du facteur de rattachement – être créé en Belgique, car il ne serait pas assurément reconnu à l'étranger.

#### **Titre IV. Loi belge relative à la GPA : critères d'accès de droit international privé et établissement de la filiation**

Ce titre investiguera différents critères de rattachement pouvant être insérés dans la loi sur la GPA afin de régler les aspects internationaux, après avoir évoqué l'hypothèse d'une loi ne prévoyant aucun critère de droit international privé. L'examen sera fait de critères repris – à tout le moins de manière comparable - par les projets de loi belges ou par certaines législations étrangères ainsi que des modifications du droit international privé qui doivent, le cas échéant, suivre leur choix

---

<sup>204</sup> Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvé par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992, art. 3.

<sup>205</sup> Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvé par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992, art. 7 - Le paragraphe 2 fait reposer sur les Etats parties une obligation de mise en œuvre, surtout afin d'éviter que des enfants ne soient apatrides.

<sup>206</sup> Proposition de loi relative aux mères porteuses (et autres), avis du Conseil d'Etat du 14 février 2006, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2005-2006, n° 3 - 417/3, pp. 40 et 41, §§ 54 et 55.

afin de permettre la création du lien de filiation.

La loi pourrait limiter l'accès à la GPA aux parents d'intention et à la mère porteuse de nationalité belge (chapitre I), le conditionner au fait de résider habituellement en Belgique depuis une certaine durée (chapitre II), faire un usage cumulatif ou alternatif de ces deux critères (chapitre III) ou encore conditionner l'accès à la GPA de ces personnes à l'autorisation de leur pays de résidence/nationalité (chapitre IV).

### ***Préalable : Aucun critère de droit international privé requis***

Le législateur pourrait décider de n'imposer aucun critère de droit international privé, aucun critère concernant la nationalité ou le domicile/la résidence des parents d'intention et/ou de la mère porteuse. C'est d'ailleurs le cas de la proposition de Madame C. Defraigne<sup>207</sup>, qui ne prévoit aucun critère de rattachement concernant ni les parents d'intention ni la mère porteuse, et celui de la proposition de loi de Monsieur P. Mahoux<sup>208</sup>, qui ne prévoit aucun critère de rattachement concernant la mère porteuse. Il est cependant évident que cette option doit être rejetée compte tenu des difficultés que les GPA transfrontières peuvent engendrer. P. Wautelet estime d'ailleurs qu'il est fort peu probable que le législateur ne s'intéresse pas aux aspects transfrontières<sup>209</sup>.

Précisons du reste que l'Inde et l'Ukraine, deux Etats connus pour leur législation laxiste relative à la GPA et qui ne prévoyaient aucun critère de droit international privé, ont décidé de revoir cette position. Différents projets de loi y ont été déposés (*infra*, pp. 56 et s.), visant notamment à régler la situation des maternités de substitution internationales.

## ***Chapitre I. Nationalité belge requise pour les parents d'intention et la mère porteuse***

Le législateur pourrait opter pour un critère d'accès exigeant la possession de la nationalité belge dans le chef des personnes souhaitant recourir à une GPA. Ce critère est d'ailleurs repris par certaines propositions de lois belges.

### Section 1. Introduction et analyse des propositions de loi

La proposition de loi déposée par Monsieur Bart Tommelein et consorts prévoit le critère de

---

<sup>207</sup> Proposition de loi relative aux mères porteuses, du 23 septembre 2010, déposée par Mme Christine Defraigne, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraord. 2010, n° 5-160/1.

<sup>208</sup> Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, du 6 octobre 2010, déposée par M. Philippe Mahoux, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraord. 2010, n° 5-236/1.

<sup>209</sup> P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, p. 10, note infrapaginale n° 34.

nationalité de manière alternative avec celui de résidence : « *les parents demandeurs et les parents porteurs sont de nationalité belge ou ont une résidence fixe en Belgique* »<sup>210</sup>. La proposition de Madame M. Temmerman et Monsieur G. Swennen prévoit que les parents d'intention et la mère porteuse devront « *posséder la nationalité belge ou être soumis au droit belge des personnes* », l'un des parents d'intention devant en outre « *être domicilié depuis au moins deux ans en Belgique* »<sup>211</sup>.

Ce critère de nationalité n'avait cependant la faveur ni des politiques ni des spécialistes de la question présents lors de la table ronde relative au don de gestation organisée par l'asbl Homoparentalités<sup>212</sup>. Ce critère présente selon ces intervenants une incohérence par rapport à la loi sur la procréation médicalement assistée<sup>213</sup>, qui ne le prévoit pas dans le chef des parents d'intention<sup>214</sup>. Ces personnes ont conscience de la nécessité de limiter le tourisme procréatif, mais considèrent qu'un critère de résidence suffit à cette fin<sup>215</sup>. Précisons toutefois qu'en vue d'éviter de donner lieu à des situations problématiques, l'Hôpital Universitaire de Gand utilise actuellement le critère de nationalité : il accepte uniquement les demandes de GPA émanant de couples belges ou dont au moins l'une des personnes est Belge.

## Section 2. Objectif potentiel

L'objectif poursuivi par ce critère est évidemment d'éviter le tourisme procréatif -ou forum shopping- et ses effets pervers. Il s'agit de prévenir la naissance d'enfants qui, lorsque le pays d'origine de leurs parents d'intention ignore la GPA, pourraient être orphelins - en l'absence de modification de l'article 62 du Code de droit international privé- ou se trouver dans une situation boiteuse -si leur filiation pouvait être établie en Belgique (*infra*, pp. 50 et s.).

## Section 3. Etablissement de la filiation

L'établissement de la filiation ne devrait, dans cette hypothèse, pas être problématique, tant

---

<sup>210</sup> Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, du 9 septembre 2010, déposée par M. Bart Tommelein et al., *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraord. 2010, n° 5-130/1, art. 4, § 2, C.

<sup>211</sup> Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, du 5 avril 2011, déposée par Mme Marleen Temmerman et M. Guy Swennen, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-929/1, art. 9 et 10.

<sup>212</sup> Table ronde relative au don de gestation organisée par l'asbl Homoparentalités (<http://homoparentalite.be>) le 30 novembre 2012. Intervenants : Mr A. DU BUS DE WARNAFFE, Sénateur et député Bruxellois du CDH ; Mme Z. GENOT, Députée fédérale d'Ecolo ; Mr P. DE MUELENAERE, Président de l'Association des Jeunes FDF ; Mme V. DEFRANG, Secrétaire politique au Groupe MR Sénat ; Mme S. DEBUNNE (PS) ; Mr S. LEONARD, délégué général aux droits de l'enfant, Juriste expert ; Mme C. HERBRAND, Sociologue et chercheuse à l'ULB et à King's College London ; Mme N. GALLUS, Avocate, chargée de cours et chercheuse à la Faculté de Droit et de Criminologie / Unité de droit familial du Centre de droit privé ; Mme N. PETERS, médecin en fertilité à l'UZGent.

<sup>213</sup> Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007.

<sup>214</sup> Des problèmes concernant la filiation de l'enfant sont pourtant également susceptibles de survenir lorsque des personnes non belges ont recours à une procréation médicalement assistée en Belgique car tous les Etats n'acceptent pas toutes les techniques offertes en Belgique.

<sup>215</sup> Notons cependant que cette condition de résidence n'est pas toujours perçue comme nécessaire : certains intervenants préfèrent laisser les comités éthiques présents dans les centres organisant les GPA déterminer leurs critères.

la mère porteuse que les parents d'intention ayant la nationalité belge. En vertu de l'article 62 du Code –dont aucune modification ne serait nécessaire- le droit belge, autorisant par hypothèse la GPA, serait applicable. Les parents d'intention deviendraient dès lors les parents légaux de l'enfant selon la technique choisie par le législateur (par adoption ou de plein droit par la mention de leur nom dans l'acte de naissance).

Des questions seraient toutefois susceptibles de se poser dans l'hypothèse d'un parent ou d'une mère porteuse plurinationaux. Lorsqu'une personne plurinationale possède la nationalité belge, cette dernière est retenue en Belgique, en vertu de l'article 3 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930<sup>216</sup>, et de l'article 3 du Code de droit international privé - qui impose dans ce cas de la retenir. Ces règles pourraient entraîner une situation boiteuse dans le cas d'une personne possédant, outre la nationalité belge, celle d'un pays n'autorisant pas la GPA. Ainsi, un Belgo-Français verrait le lien de filiation vis-à-vis de son enfant créé en Belgique mais non reconnu en France. L'arrêt *Garcia Avello* de la Cour de justice de l'Union européenne pourrait cependant nuancer cette réponse : il pourrait être plaidé que la Cour permet, concernant certains droits, de retenir la seconde nationalité d'une personne et non celle de l'Etat du for. Il n'est toutefois pas certain que cette jurisprudence puisse être étendue, bien au delà du domaine de la détermination du nom, à la création du lien de filiation suite à une GPA.

#### Section 4. Inconvénients

L'utilisation d'un critère de nationalité présente le risque d'être contesté au regard de l'interdiction de toute discrimination basée sur la nationalité, inscrite dans l'article 18 du TFUE<sup>217</sup>. Les étrangers résidant en Belgique n'y auraient de fait pas accès à la GPA, même s'ils y ont résidé pendant une longue durée et y possèdent toutes leurs attaches<sup>218</sup>.

P. Wautelet relève une autre lacune : des Belges résidant dans un pays ignorant la GPA auraient accès à cette technique en Belgique sans qu'il soit certain que la filiation établie soit reconnue dans leur pays de résidence<sup>219</sup>, cela pouvant donner lieu à des situations boiteuses. Il serait intéressant, sur ce point, de connaître l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne sur la question de la reconnaissance.

---

<sup>216</sup> Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signée à La Haye le 12 avril 1930, approuvée par la loi du 20 janvier 1939, *M.B.*, 13 août 1939, art. 3 : « *Sous réserve des dispositions de la présente Convention, un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des Etats dont il a la nationalité, comme son ressortissant* ».

<sup>217</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 7.

<sup>218</sup> P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, p. 15.

<sup>219</sup> P. WAUTELET, *ibidem*, p. 17.

## Section 5. Nationalité d'un pays autorisant la GPA ?

Le législateur pourrait également permettre l'accès à la GPA aux personnes possédant la nationalité d'un pays autorisant cette technique. Une telle condition permettrait d'ouvrir la GPA à des étrangers, tout en respectant le principe de sécurité juridique : la filiation de l'enfant pourrait généralement être établie en Belgique et reconnue dans le pays d'origine des parents d'intention. Rappelons tout de même qu'en l'absence d'une modification de l'article 62 du Code de droit international privé, le droit de l'Etat dont les parents d'intention (et la mère porteuse !) ont la nationalité s'appliquerait lors de l'établissement de la filiation, ce dernier pouvant imposer à la GPA des conditions différentes du droit belge.

Il n'est pas certain qu'un tel critère soit politiquement opportun, qu'il soit souhaitable d'encourager le tourisme procréatif. En effet, il est à craindre que des ressortissants d'un pays permettant la GPA auraient recours à cette technique en Belgique dans l'objectif d'échapper à des conditions plus restrictives dans leur pays. Cela pourrait être le cas d'un couple non marié ou d'une personne seule – si la GPA leur est ouverte en Belgique - ressortissants d'un pays exigeant que les parents d'intention soient mariés. L'établissement de la filiation serait problématique si les conditions imposées par le droit national des parents d'intention n'étaient pas remplies. Si ce lien était établi, par le jeu de l'ordre public ou suite à une modification du Code (*infra*, pp. 50 et s.), il ne serait probablement pas reconnu dans le pays de nationalité des parents d'intention, ce qui donnerait lieu à des situations boiteuses.

Il nous semble dès lors préférable, si l'on fait le choix d'une approche bilatérale, d'opter pour un renvoi explicite à l'article 62 du Code, précisant que l'accès à la GPA n'est ouvert qu'aux personnes dont le lien de filiation vis-à-vis de l'enfant pourra être établi en vertu celui-ci (*supra*, pp. 24 et s.). Les ressortissants d'un pays autorisant la GPA n'y auraient alors recours en Belgique qu'en raison de la qualité de nos techniques ou de la plus grande disponibilité des mères porteuses, ce qui limiterait le tourisme procréatif. Un tel renvoi permettrait, en outre, d'éviter toute discrimination sur base de la nationalité<sup>220</sup>.

## ***Chapitre II. Résidence habituelle en Belgique depuis une certaine durée requise pour les parents d'intention et la mère porteuse***

Le législateur pourrait requérir des parents d'intention et de la mère porteuse de résider habituellement en Belgique depuis une certaine durée, qui devra être déterminée, pour y avoir accès à la GPA.

---

<sup>220</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 16.

## Section 1. Introduction et analyse des propositions de loi

Deux des propositions de loi en discussion prévoient un critère de domiciliation en Belgique pour les parents d'intention : la proposition de loi de Monsieur P. Mahoux prévoit que les parents d'intention devront « *être domicilié en Belgique depuis au moins deux ans* »<sup>221</sup>. La proposition de Madame M. Temmerman et Monsieur G. Swennen prévoit que les parents d'intention devront posséder la nationalité belge, et, qu'en outre, au moins l'un des deux devra « *être domicilié depuis au moins deux ans en Belgique* »<sup>222</sup>. La proposition de loi de Monsieur B. Tommelein et consorts prévoit, elle, un critère alternatif de nationalité ou de résidence fixe en Belgique, tant pour la mère porteuse que pour les parents d'intention<sup>223</sup>.

Il convient dès à présent de définir ce que l'on entend par la résidence et le domicile, ce dernier concept pouvant recouvrir une réalité différente dans les différents Etats<sup>224</sup>.

En droit belge, l'article 4, § 1, 1° du Code de droit international privé définit le domicile des personnes physiques comme « *le lieu où une personne physique est inscrite à titre principal, en Belgique, sur les registres de la population, sur les registres des étrangers ou sur le registre d'attente* »<sup>225</sup>. Le domicile est donc conditionné à l'accomplissement d'une formalité administrative : l'inscription dans les registres de la population. Le domicile est utilisé par le Code uniquement aux fins de déterminer la compétence judiciaire, ce qui explique l'unilatéralité de sa définition<sup>226</sup>. Dans les pays de Common Law, la notion de domicile ne vise pas l'inscription dans un registre, mais « *une fonction de proximité culturelle analogue à celle que la nationalité procure dans les premiers [pays de tradition romaniste]* »<sup>227</sup>. Le domicile est censé être permanent, son changement est soumis au respect de conditions strictes, et se fait sans intention de retour<sup>228</sup>.

La résidence habituelle est définie par l'article 4, § 2, 1° du Code comme « *le lieu où une personne physique s'est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir; pour déterminer ce lieu, il est tenu compte, en particulier, de circonstances de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des*

---

<sup>221</sup> Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, du 6 octobre 2010, déposée par M. Philippe Mahoux, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraord. 2010, n° 5-236/1, art. 10. Cette proposition ne prévoit cependant aucun critère de rattachement dans le chef de la mère porteuse.

<sup>222</sup> Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, du 5 avril 2011, déposée par Mme Marleen Temmerman et M. Guy Swennen, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-929/1, art. 9.

<sup>223</sup> Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, du 9 septembre 2010, déposée par M. Bart Tommelein et al., *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraord. 2010, n° 5-130/1, art. 4, § 2, C.

<sup>224</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 209.

<sup>225</sup> Code de droit international privé, art. 4, § 1, 1°.

<sup>226</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, pp. 210 et 211.

<sup>227</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *ibidem*, p. 210.

<sup>228</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *ibidem*, p. 210.

*liens durables avec ce lieu ou la volonté de nouer de tels liens»<sup>229</sup>.*

Le critère de résidence habituelle, propre au droit international privé, semble plus adéquat que celui de domicile dans une future loi sur la GPA. Il témoigne en effet d'un réel lien de proximité, durable, de la personne avec l'Etat du for – ce qui est exactement ce que l'on vise lorsque l'on cherche à déterminer un critère d'accès à la GPA (*infra*, p. 50). Il s'avère par ailleurs que le législateur belge n'avait, lors de la rédaction des propositions de loi, probablement pas encore porté suffisamment d'attention au problème des maternités de substitution transfrontières, ce qui peut expliquer qu'il n'ait pas fait usage des termes de résidence habituelle.

## Section 2. Droit comparé : conditions d'accès du Royaume-Uni, de la Grèce, de l'Afrique du Sud et des Etats-Unis

Au Royaume-Uni, les accords de GPA sont encadrés par le Surrogacy Arrangement Act de 1985<sup>230</sup>. Celui-ci définit la mère porteuse et la convention de maternité de substitution, et précise que ces conventions sont non exécutoires. Le principe « *mater semper certa est* », d'application au Royaume-Uni, est confirmé par l'article 33 de l'Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) de 2008 qui désigne la mère porteuse comme mère légale<sup>231</sup>. L'article 54 de ce texte prévoit alors la possibilité de transférer la parenté légale aux parents d'intention par un *parental order*<sup>232</sup>, si au moins l'un d'eux est génétiquement lié à l'enfant. Cet article prévoit comme condition d'application que l'un ou les deux demandeurs soit domicilié au Royaume-Uni, dans les Iles Anglo-Normandes ou dans l'Ile de Man, condition qui semble également être la seule base pour établir la juridiction du tribunal<sup>233</sup>. Soulignons que ce critère de rattachement intervient en aval de la procédure de GPA, au moment de l'établissement de la filiation envers les parents d'intention. En d'autres mots, des personnes non domiciliées sur le territoire visé pourront y faire appel à une mère porteuse<sup>234</sup>, mais non y voir le lien de filiation établi.

Cette condition de domicile est également utilisée par un autre pays de l'Union européenne, la Grèce. La GPA y est soumise à une autorisation judiciaire qui doit avoir lieu avant le transfert de l'embryon dans le corps de la mère porteuse (article 1458 du Code civil). La femme ayant obtenu l'autorisation judiciaire est alors présumée mère de l'enfant (article 1464 du même Code), par exception au principe généralement applicable que la mère de l'enfant est la femme qui

<sup>229</sup> Code de droit international privé, art. 4, § 2, 1<sup>o</sup>.

<sup>230</sup> Surrogacy arrangement act 1985, <http://www.legislation.gov.uk>.

<sup>231</sup> Human Fertilisation and Embryology act (HFEA) 2008, <http://www.legislation.gov.uk>, art. 33.

<sup>232</sup> Les effets du *parental order* sont les mêmes que ceux de l'adoption : il met fin au lien de parenté antérieur et à la responsabilité parentale existant vis-à-vis de la mère porteuse et transfère ceux-ci aux parents d'intention. Cet *order* a également pour effet que, si les parents sont de nationalité anglaise, l'enfant acquiert cette nationalité s'il ne l'a pas encore - D. GRUENBAUM, *op. cit.*, p. 483.

<sup>233</sup> D. GRUENBAUM, *ibidem*, p. 484.

<sup>234</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 15.

accouche<sup>235</sup>. L'article 8 de la loi sur l'assistance médicale à la reproduction humaine prévoit cependant que ces deux derniers articles « *ne sont appliqués qu'au cas où la femme demanderesse et la femme gestatrice ont leur domicile en Grèce* »<sup>236</sup>. En outre, l'article 13 de la loi n° 3305/2005<sup>237</sup> prévoit que la GPA n'est permise que dans les conditions des articles 1458 du Code civil et 8 de la loi n° 3089/2002. Le critère de rattachement intervient dès lors en amont de la procédure de GPA.

La République d'Afrique du Sud utilise aussi une condition de domicile. Pour être valide, l'accord de gestation doit être conclu dans la République, et au moins l'un des parents ainsi que la mère porteuse (comme son mari, le cas échéant) doivent y être domiciliés au moment de sa conclusion. Le tribunal peut cependant, sur présentation d'une bonne raison, dispenser la mère porteuse et son mari de cette condition. La High Court du lieu de domicile ou de résidence des parents confirme l'accord<sup>238</sup>.

Certains Etats des Etats-Unis qui autorisent la GPA utilisent un critère de résidence.

Ainsi, au New-Hampshire, l'accord de GPA doit remplir plusieurs conditions pour être légal, notamment d'avoir été pré-autorisé judiciairement, avant l'insémination, par le tribunal. La loi prévoit que la mère porteuse ou les parents d'intention auront résidé au moins 6 mois au New-Hampshire avant le dépôt de la demande de pré-autorisation<sup>239</sup>. En Utah, l'accord gestationnel doit avoir été validé pour être exécutoire, les parents ou la mère porteuse devant avoir résidé en Utah au moins 90 jours afin que le tribunal de district le valide<sup>240</sup>. D'autres Etats, comme la Californie ou la Virginie, utilisent finalement le critère de résidence sans référence à des conditions de temps<sup>241</sup>.

### Section 3. Objectifs potentiels

Nous pouvons considérer, avec D. Gruenbaum, que ce critère est réellement pertinent pour protéger le for national en décourageant les couples de recourir au forum shopping<sup>242</sup>.

Ce critère permettrait d'éviter le tourisme procréatif et ses effets pervers, tout en ouvrant

---

<sup>235</sup> D. PAPADOPOULOU-KLAMARIS, "Medical assisted reproduction in Greek law", *op. cit.*, p. 4.

<sup>236</sup> Law 3089/2002 on medically assisted human reproduction, *Official Gazette of the Hellenic Republic*, 23 December 2002, [http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law\\_3089\\_en.pdf](http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law_3089_en.pdf), art. 8.

<sup>237</sup> Law 3305/2005 on Medically assisted reproduction techniques, *Official Gazette of the Hellenic Republic*, 27 January 2005, [http://www.nurs.uoa.gr/fileadmin/nurs.uoa.gr/uploads/Nomothesia\\_Nosilefton/Nomoi/Nomos\\_3305\\_FEK\\_A\\_172005.pdf](http://www.nurs.uoa.gr/fileadmin/nurs.uoa.gr/uploads/Nomothesia_Nosilefton/Nomoi/Nomos_3305_FEK_A_172005.pdf), art. 13.

<sup>238</sup> Children's act 38 of 2005, <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf>, art. 292.

<sup>239</sup> New-Hampshire Revised statutes, Title XII, Ch. 168-B, <http://www.gencourt.state.nh.us>, art. 16, 20 et 21.

<sup>240</sup> Utah code, Title 78B, Ch. 15, section 801 à 803, <http://le.utah.gov>.

<sup>241</sup> Ainsi, en Virginie, la requête visant à obtenir l'approbation par le tribunal du contrat de GPA doit être introduite devant le tribunal de la ville où au moins l'une des parties réside (Code of Virginia, Title 20, Ch. 9, art. 160 A, <http://leg1.state.va.us>) (Des règles sont cependant prévues pour les contrats non approuvés par la Cour, sans critère de rattachement).

<sup>242</sup> D. GRUENBAUM, *op. cit.*, p. 484.

l'accès à la GPA aux couples étrangers ayant des liens étroits avec la Belgique – condition qui serait vérifiée s'ils y résident habituellement depuis un certain temps. Il semble dès lors important d'opter pour une durée minimale suffisamment longue, car le lien de filiation pourrait être créé en Belgique mais ne serait pas assurément reconnu dans l'Etat d'origine des parents d'intention. Il importe, pour cette raison, que ces derniers aient une réelle insertion culturelle en Belgique et n'y fassent pas un accord de GPA alors qu'ils prévoient quitter ce pays après la naissance de l'enfant. La durée minimale de deux ans prévue par les deux propositions de loi présentées semble une bonne estimation - qui permet l'accès à la GPA à des couples étrangers établis en Belgique, tout en décourageant ceux qui n'ont aucune intention de s'y maintenir et se retrouvaient potentiellement dans une situation problématique lors de leur retour chez eux.

#### Section 4. Etablissement de la filiation

L'utilisation d'un critère de résidence habituelle permettrait aux couples étrangers le remplissant de réaliser une GPA en Belgique. Le droit applicable à l'établissement de la filiation étant, en vertu de l'article 62 du Code de droit international privé, celui de l'Etat dont les parents ont la nationalité, la création du lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant serait, dans certains cas - notamment celui des ressortissants français- problématique. Différentes solutions permettraient cependant d'établir la filiation désirée.

##### *§ 1. Eviction de la loi étrangère par l'exception d'ordre public et création d'une clause d'ordre public positif*

L'application du droit étranger pourrait être écartée en vertu de l'exception d'ordre public prévue par l'article 21 du Code<sup>243</sup>. Cette exception vise à évincer les effets que le droit étranger déclaré applicable par la règle de conflit de lois devrait produire dans notre Etat, mais qui sont considérés comme incompatibles avec l'ordre public du for<sup>244</sup>. L'ordre public pris en considération dans ce cas est un ordre public positif, « *un ensemble de règles matérielles indispensables au fonctionnement de la société* »<sup>245</sup>. Toutes les règles de l'ordre public interne ne peuvent être intégrées dans l'ordre public international, car cela conduirait à rendre le système des règles de conflit de lois inefficace, particulièrement en matière de statut personnel<sup>246</sup>. Ainsi, selon la Cour de cassation, « *une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international que si, par les dispositions de cette loi, le législateur a entendu consacrer un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique et qui, pour ce motif, doit nécessairement*

<sup>243</sup> Code de droit international privé, art. 21, al. 1 : « *L'application d'une disposition du droit étranger désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public* ».

<sup>244</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 307.

<sup>245</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *ibidem*, p. 308.

<sup>246</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *ibidem*, p. 308.

*exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente d'un droit étranger, même lorsque celle-ci est applicable suivant les règles ordinaires des conflits de lois* »<sup>247</sup>.

L'article 21 alinéa 2 du Code détermine les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public<sup>248</sup>. Précisons cependant que, selon les travaux préparatoires du Code, si la loi désignée par la règle de conflit de lois est contraire à une norme de droit international public – et notamment les traités protégeant les droits fondamentaux de l'enfant, la CEDH et le TUE - elle sera inapplicable non par effet de l'article 21, mais bien par celui du droit international public<sup>249</sup>. Quand la disposition étrangère désignée par la règle de conflit de lois est contraire à une législation nationale, le juge dispose, lors de sa décision de l'écarter, d'un pouvoir d'appréciation encadré par les deux critères de l'article 21 alinéa 2 : l'intensité du rattachement de la situation à l'ordre juridique belge et la nature de l'effet produit<sup>250</sup>.

Dans une situation de GPA, si les parents d'intention et la mère porteuse résident habituellement en Belgique depuis plus de deux ans, il sera probablement considéré, concernant l'intensité de rattachement, qu'ils ont envers l'ordre juridique belge des liens suffisamment étroits pour écarter la disposition étrangère s'opposant à la création du lien de filiation. Concernant le critère de la gravité de l'effet produit, C. Henricot relève qu'écarter la loi étrangère ignorant la GPA pour contrariété à l'ordre public international belge reviendrait à estimer qu'il existe, en Belgique, un droit fondamental à la conception d'un enfant génétiquement lié<sup>251</sup>. Cela semble évidemment assez anticipé. Il nous paraît toutefois possible de plaider pour l'écartement de l'application du droit étranger si celle-ci conduit à priver l'enfant de filiation, une telle application s'avérant contraire aux droits fondamentaux. Nous reconnaissons néanmoins que cette situation problématique serait due au fait que les parents d'intention aient pu avoir accès à cette technique.

La question de l'opportunité de la création d'une clause d'ordre public positif visant à écarter le droit étranger ignorant la GPA mérite d'être soulevée. Une telle clause « *tend à identifier l'importance de la nature de l'effet en cause et à formaliser le critère de l'intensité du rattachement* »<sup>252</sup>, ce qui permet, dans certaines situations délicates ou donnant lieu à un important contentieux, le respect du principe de sécurité juridique<sup>253</sup>. Le législateur belge a déjà fait usage de

---

<sup>247</sup> Cass., 27 février 1986, *R.C.J.B.*, 1989, p. 56.

<sup>248</sup> Code de droit international privé, art. 21, al. 2 : « *Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger* ».

<sup>249</sup> Proposition de loi portant le Code de droit international privé, du 7 juillet 2003, déposée par Mme Jeannine Leduc, M. Philippe Mahoux, Mmes Myriam Vanlerberghe et Nathalie de T' Serclaes, développements, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extraord. 2003, n° 3 - 27/1, pp. 49 et 50.

<sup>250</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 322.

<sup>251</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 10.

<sup>252</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 325.

<sup>253</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *ibidem*, p. 325.

telles clauses : l'article 67, alinéa 3 du Code de droit international privé prévoit une possibilité d'écarter le droit normalement applicable aux conditions de l'établissement de la filiation adoptive afin d'utiliser le droit belge<sup>254</sup>. Une clause d'ordre public positif est également prévue à l'article 46, alinéa 2 du Code, concernant les mariages de personnes de même sexe.

Opter pour la création d'une clause d'ordre public positif dans le cadre de la GPA pourrait revenir à rajouter un alinéa à l'article 62, § 1 du Code prévoyant, dans le cas d'une GPA, l'éviction - au profit du droit belge - du droit visé par l'alinéa 1<sup>er</sup> si celui-ci ne permet pas d'établir la filiation des parents d'intention vis-à-vis de l'enfant et que la situation a des liens manifestement étroits avec la Belgique. Le fait pour les parents d'intention et la mère porteuse de résider habituellement en Belgique depuis au moins deux ans permettrait de considérer que la situation a des liens manifestement étroits avec notre pays. Une référence à l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait également être faite, comme en matière d'adoption, pour justifier l'application du droit belge.

La création d'une telle clause n'est cependant pas indispensable lorsque l'on ouvre la GPA aux personnes résidant habituellement en Belgique, étant donné l'existence de la clause générale de l'article 21 du Code. Notons déjà que cela pourrait être nécessaire si l'accès à la GPA était ouvert aux personnes résidant dans un Etat étranger qui autorise cette technique (*infra*, pp. 54 et s.). Opter pour une clause d'ordre public positif reviendrait également à considérer qu'il y a, en Belgique, un droit fondamental à la réalisation d'une GPA, qui légitimerait d'écarter un droit étranger ne permettant pas la création du lien de filiation suite à une maternité de substitution<sup>255</sup>.

## § 2. Utilisation de la clause générale d'exception et création d'une clause spéciale d'exception.

Les parents d'intention pourraient également exciper la clause d'exception de l'article 19 du Code et demander que soit écarté leur droit national au profit de la loi belge, si « *la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits* »<sup>256</sup> avec la Belgique<sup>257</sup>. Le fait pour les parents d'intention et la mère porteuse de résider habituellement en Belgique depuis au moins deux ans pourrait permettre de conclure à l'intensité du lien avec cet Etat. En outre, une clause spéciale d'exception - prévoyant que l'on applique, en matière de GPA, la loi de l'Etat avec lequel la situation présente les liens les plus étroits- pourrait être ajoutée à l'article 62 du Code. Une telle clause, dérogoire au § 1, agirait « *au moment du*

---

<sup>254</sup> Code de droit international privé, art. 67, al. 3 : « *Toutefois, si le juge considère que l'application du droit étranger nuirait manifestement à l'intérêt supérieur de l'adopté et que l'adoptant ou les adoptants ont des liens manifestement étroits avec la Belgique, il applique le droit belge* ».

<sup>255</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 11.

<sup>256</sup> Code de droit international privé, art. 19.

<sup>257</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, pp. 5 et 7 (note infrapaginale 27).

*choix de la règle primaire* », donc en amont de l'exception d'ordre public - qui pourrait d'ailleurs s'appliquer par la suite<sup>258</sup>.

### § 3. Modification, en matière de GPA, du facteur de rattachement de l'article 62 du Code

Finally, le législateur pourrait opter pour une « *règle de rattachement spécifique* » concernant la filiation suite à une maternité de substitution<sup>259</sup> : le droit applicable à l'établissement de la filiation pourrait être désigné par un autre facteur de rattachement que la nationalité. Ainsi, en matière de GPA, le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant (ou des parents d'intention) pourrait régir l'établissement de maternité et de paternité. Une règle de rattachement alternative prévoyant un choix entre le droit de l'Etat (ou de l'un des Etats) dont les parents d'intention ont la nationalité et celui de leur résidence habituelle pourrait également être adoptée. Relevons que P. Kinsch considère que la jurisprudence *Garcia Avello* pourrait laisser penser qu'une règle de conflit en matière de statut personnel laissant le choix aux ressortissants européens binationaux - voir à tous les ressortissants de l'Union- entre ces facteurs de rattachement serait particulièrement opportune<sup>260</sup>. Une échelle de Kegel pourrait encore être choisie : une telle disposition prévoirait par exemple qu'en matière de GPA, l'établissement de la filiation est régi : 1° par le droit de l'Etat dont les parents d'intention ont la nationalité - 2° à défaut de voir la filiation des parents d'intention établie par ce droit, par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant - 3° à défaut de voir la filiation établie par ce droit, par le droit belge. Notons que, si l'on opte pour de telles modifications du facteur de rattachement, il ne serait plus nécessaire de prévoir des conditions d'accès dans le chef de la mère porteuse.

### Section 5. Inconvénients

L'éviction du droit étranger par l'exception d'ordre public, par une clause d'ordre public positif, ou par la clause d'exception comporte le risque d'aboutir à la création de situations boiteuses : la filiation de l'enfant sera établie en Belgique, mais non (assurément) reconnue à l'étranger, dans le pays de nationalité des parents. Ce risque est évidemment le même lorsque la filiation de l'enfant est établie suite à l'adoption d'une modification du facteur de rattachement prévu par le Code. C'est pour cette raison qu'il est important que le lien des parents d'intention avec la Belgique soit suffisamment étroit, la situation pouvant être problématique si ces derniers décident de rentrer chez eux.

---

<sup>258</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 315.

<sup>259</sup> P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, p. 14.

<sup>260</sup> P. KINSCH, *op. cit.*, pp. 136 et 137, n° 101.

P. Wautelet considère qu'une protection des enfants contre le risque de filiation boiteuse est nécessaire, et peut passer par une limitation de l'accès à la GPA. La situation des enfants diffère en effet, sous deux aspects, de celle des adultes désirant, par exemple, conclure un mariage homosexuel. Tout d'abord, l'enfant ne peut, à la différence des adultes, décider consciemment d'accepter le risque lié à une telle situation, n'étant même pas conçu lorsque ses parents prennent la décision. Ensuite, les inconvénients résultant de la non reconnaissance par un Etat de la situation créée valablement dans un autre Etat sont bien plus considérables et plus dangereux lorsqu'il s'agit de la filiation d'un enfant que dans le cas d'une union matrimoniale. S'il est vrai qu'un Etat qui ignore la GPA pourrait décider de reconnaître le lien de filiation créé suite à une telle procédure en Belgique, par exemple dans l'intérêt de l'enfant ou par application de la théorie de l'ordre public atténué, le risque de voir un enfant dépourvu de filiation dans un Etat ne peut être couru<sup>261</sup>.

Il pourrait également être reproché au critère de résidence habituelle d'introduire une discrimination indirecte, en favorisant indirectement les nationaux<sup>262</sup>. Une telle discrimination semble néanmoins justifiable au regard du droit européen, étant motivée par des considérations objectives tenant à l'intérêt de l'enfant et la sécurité juridique (*supra*, pp. 31 et s.).

Ce critère présente finalement l'inconvénient de priver les belges résidant à l'étranger de la possibilité d'avoir accès à la GPA en Belgique – inconvénient néanmoins compensé par l'avantage d'éviter les situations boiteuses liées à la non reconnaissance éventuelle par leur pays de résidence du lien de filiation créé en Belgique (*supra*, p. 45).

#### Section 6. Résidence habituelle dans un pays autorisant la GPA ?

Précisons que le législateur pourrait également décider d'ouvrir la GPA aux parents d'intention et aux mères porteuses résidant habituellement dans un pays qui autorise la GPA depuis au moins deux ans. Il serait, dans ce cas, possible que le droit national des parents d'intention ignore la GPA et ne permette pas l'établissement de la filiation. L'exception d'ordre public pourrait alors être invoquée afin d'appliquer le droit belge, la situation pouvant éventuellement être rattachée à l'ordre juridique belge par la naissance de l'enfant en Belgique. L'intensité d'un tel lien pouvant être considérée comme insuffisante, il pourrait être nécessaire de créer une clause d'ordre public positif<sup>263</sup>. Les parents d'intention pourraient également invoquer la clause d'exception de l'article 19 du Code afin d'obtenir l'application du droit de l'Etat de leur résidence habituelle. Les

---

<sup>261</sup> P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, pp. 15 à 17.

<sup>262</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 9.

<sup>263</sup> Cette clause prévoirait l'éviction - au profit du droit de la résidence habituelle des parents d'intention- du droit visé par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 62 du Code s'il ne permet pas d'établir la filiation des parents d'intention vis-à-vis de l'enfant et que ceux-ci résident habituellement sur le territoire d'un Etat dont le droit permet la GPA depuis au moins deux ans.

autres modifications évoquées du Code (*supra*, p. 53) permettraient aussi, en principe, l'établissement de la filiation de l'enfant.

Il n'est cependant pas certain que ce critère plus large soit opportun, car le risque existerait que des personnes résidant dans un pays autorisant la GPA y aient recours en Belgique afin d'échapper à des conditions plus contraignantes que les nôtres. Cela implique que l'établissement de la filiation en Belgique serait problématique, et sa reconnaissance par le pays de résidence non assurée. Un renvoi explicite aux règles de rattachement du Code de droit international privé nous paraît dès lors à nouveau plus opportun si l'on décide d'opter pour une règle bilatérale.

### ***Chapitre III. Critères cumulatifs ou alternatifs : nationalité belge et/ou résidence habituelle en Belgique requise pour les parents d'intention et la mère porteuse***

Des critères alternatifs – exigeant de posséder la nationalité belge ou une résidence fixe en Belgique- sont prévus par la proposition de loi de Monsieur B. Tommelein et consorts dans le chef des parents d'intention et de la mère porteuse (*supra*, pp. 43 et s.).

L'alternative entre les deux critères permet d'éviter certains désavantages des critères pris isolément. En effet, lorsque ces critères sont prévus alternativement, la discrimination sur base de la nationalité est écartée, les étrangers résidant habituellement en Belgique pouvant y accéder à une GPA<sup>264</sup>. Une discrimination indirecte peut cependant encore être invoquée - le critère de résidence habituelle pouvant être considéré comme favorisant les nationaux- une telle discrimination éventuelle étant aisément justifiable au regard du droit européen. L'alternative entre les critères permet également aux Belges résidant à l'étranger d'accéder à la maternité de substitution en Belgique, ce qui peut être considéré comme un avantage – ou comme un inconvénient, du au risque éventuel de situations boiteuses. Une telle alternative devrait être combinée avec le jeu de l'ordre public, d'une clause d'exception ou l'une des modifications du facteur de rattachement évoquées (*supra*, pp. 50 et s.), afin de permettre l'établissement de la filiation entre l'enfant et ses parents d'intention même lorsque ceux-ci ont la nationalité d'un Etat qui n'autorise ou ne réglemente pas la GPA. Soulignons quand même le risque, dans ce cas, d'aboutir éventuellement à la création de situations boiteuses.

Des critères cumulatifs sont prévus par la proposition de loi de Madame M. Temmerman et Monsieur G. Swennen dans le chef des parents d'intention : tous deux doivent « *posséder la nationalité belge ou être soumis au droit belge des personnes* », et au moins l'un d'entre eux doit

---

<sup>264</sup> C. HENRICOT, "La gestation pour autrui transfrontière", *op. cit.*, p. 9.

être domicilié en Belgique depuis minimum deux ans<sup>265</sup>.

Le cumul de ces critères permet d'éviter la création de situations boiteuses - sous réserve de l'hypothèse du déménagement du couple, postérieurement à la naissance de l'enfant, dans un pays qui ne reconnaîtrait pas le lien de filiation. Il présente néanmoins l'inconvénient de comporter potentiellement une discrimination sur base de la nationalité.

Précisons que, dans le cas de l'alternative comme dans celui du cumul, l'accès pourrait être ouvert aux personnes ayant la nationalité et/ou une résidence habituelle dans un pays autorisant la GPA. Il n'est cependant pas sûr que cela soit souhaitable, comme cela a été discuté (supra pp. 46 et 54).

#### ***Chapitre IV. Autorisation du pays de résidence/nationalité requise pour les parents d'intention et la mère porteuse***

Le législateur belge pourrait également décider de conditionner l'accès à la GPA à l'autorisation du pays de résidence et/ou de nationalité des parents d'intention et de la mère porteuse.

##### Section 1. Droit comparé : pays appliquant ce type de critère d'accès

L'Inde est un pays connu comme étant favorable au tourisme procréatif. La GPA s'y est rapidement développée pour plusieurs raisons : il n'y a pas de législation contraignante la concernant<sup>266</sup>, la technologie médicale y est moderne, et les coûts d'une GPA y sont bien inférieurs à ce qu'ils sont aux Etats-Unis<sup>267</sup>. Ce tourisme procréatif a, en raison du manque de législation, donné lieu à de nombreux cas controversés, comme celui de *Baby Manji*, qui s'est retrouvé sans parents légaux suite à un conflit des lois concernant la filiation<sup>268</sup>. Cette situation a d'ailleurs conduit huit pays européens –dont la Belgique– à envoyer à dix cliniques indiennes pratiquant la fécondation in-vitro une lettre les exhortant de ne plus laisser leurs ressortissants entamer une GPA avant d'avoir consulté leur consulat - ce qui était d'ailleurs recommandé par le Conseil indien de la recherche médicale. Le but de cet avertissement était de faire en sorte que les ressortissants de ces pays soient conscients des lois qui y sont en vigueur ainsi que des difficultés possibles lors du

---

<sup>265</sup> Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, du 5 avril 2011, déposée par Mme Marleen Temmerman et M. Guy Swennen, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-929/1, art. 9.

<sup>266</sup> Les cliniques sont néanmoins encouragées à appliquer des lignes directrices édictées par le Conseil indien de la recherche médicale.

<sup>267</sup> E. DAVIS, *op. cit.*, p. 125 ; Government of India, Law commission, report n° 228, "Need for legislation to regulate assisted reproductive technology clinics as well as rights and obligations of parties to a surrogacy", août 2009, <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report228.pdf> (consulté le 14 novembre 2012), p. 11.

<sup>268</sup> E. DAVIS, *op. cit.*, p. 126.

retour de l'enfant<sup>269</sup>.

Ce vide législatif et ses conséquences problématiques sont cependant en passe d'être résolus. L'Inde est en effet en voie de se doter d'une nouvelle législation concernant la GPA : un projet de règlement concernant les technologies de procréation médicalement assistée y est en discussion<sup>270</sup>. Ce projet prévoit, dans son article 34, un critère d'accès intéressant en vue d'éviter les risques (en matière de filiation et de nationalité) causés par les GPA transfrontières, tout en ouvrant cette technique aux ressortissants de pays qui l'autorisent. L'article 34 (19) décide que « *l'étranger ou couple étranger non résidant en Inde, ou l'Indien ou couple indien non résidant [...], cherchant à avoir recours à une GPA dans ce pays, doit s'assurer et prouver à la clinique de reproduction médicalement assistée qu'il sera capable d'emmener l'enfant/les enfants nés de la GPA (même lorsque l'embryon a été créé par donation d'ovocyte ou de sperme) hors d'Inde, dans le pays dont il est originaire ou résident, par un document approprié (une lettre de l'ambassade du pays en Inde, ou du ministère des affaires étrangères, affirmant clairement et sans ambiguïté que (a) le pays permet la GPA et (b) l'enfant né de cette procédure en Inde pourra entrer dans le pays des parents d'intention comme leur enfant biologique* »<sup>271</sup>. L'article 34 (22) prévoit, lui, que seules les citoyennes indiennes pourront jouer le rôle de mère porteuse, et qu'elles ne pourront être envoyées à l'étranger faire une procédure de GPA.

L'Inde prévoit donc dans cette réforme une forme de coopération multilatérale avec les autres Etats<sup>272</sup>. Soulignons que cette nécessité d'avoir une autorisation est prévue non seulement pour les étrangers, mais également pour les Indiens résidant à l'étranger. La survenance de toute situation boiteuse serait alors évitée, y compris celle, déjà soulignée, du lien de filiation pouvant être créé dans le pays de nationalité mais non reconnu par le pays de résidence des parents. En outre, seules les citoyennes indiennes sont admises comme mères porteuses, ce qui permet d'éviter que des conflits de filiation puissent survenir, si un lien de filiation pouvait être établi tant envers la mère porteuse qu'envers la mère d'intention.

Précisons que, dans l'attente de l'entrée en vigueur de cette réglementation, les étrangers cherchant à faire une GPA en Inde doivent depuis peu obtenir un visa médical, le visa touristique n'étant plus suffisant. Les conditions d'obtention d'un visa permettant la GPA comprennent notamment la nécessité, pour les parents d'intention, de prouver que l'Etat dont ils sont les

---

<sup>269</sup> E. DAVIS, *ibidem*, p. 129 ; S. DEB ROY, "Bar Our Nationals, European Countries Tell Surrogacy Clinics", 14 juillet 2010, *The Times of India*, <http://timesofindia.indiatimes.com> (consulté le 6 octobre 2012).

<sup>270</sup> Ministry of health & family welfare, Govt. of India, New Delhi, Indian Council of medical research, New Delhi, The assisted reproductive technologies (regulation) bill – 2010, <http://icmr.nic.in>.

<sup>271</sup> Ministry of health & family welfare, Govt. of India, New Delhi, Indian Council of medical research, New Delhi, The assisted reproductive technologies (regulation) bill – 2010, <http://icmr.nic.in>, art. 34.

<sup>272</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 23, § 45.

ressortissants autorise cette technique et permettra le retour de l'enfant comme leur enfant biologique<sup>273</sup>.

L'Ukraine est également un pays réputé pour son tourisme procréatif, car les coûts y sont relativement bas, et la législation y est tolérante. De plus, les parents d'intention sont les parents légaux de l'enfant à condition que la mère porteuse donne son consentement<sup>274</sup>. Ce pays tente apparemment actuellement de modifier sa législation : un projet de loi visant à restreindre l'utilisation des technologies de reproduction assistée avait été adopté par le Verkhovna Rada, mais fut retiré par la suite<sup>275</sup>. Celui-ci prévoyait qu' « *en vertu de la loi, le couple marié ne peut être déclaré parent d'un enfant, si l'un des époux est un citoyen d'un Etat étranger où l'utilisation de technologies de reproduction assistée est interdite* »<sup>276</sup>. Cette condition présentait cependant, selon nous, l'inconvénient d'intervenir en aval de la procédure de GPA, au moment d'établir la filiation de l'enfant, et n'empêchait dès lors apparemment pas les couples ressortissants d'un Etat n'autorisant pas l'utilisation de ces technologies d'y avoir recours en Ukraine.

## Section 2. Objectifs potentiels

Conditionner l'accès à la GPA à une autorisation du pays de nationalité/résidence permettrait d'étendre cette possibilité à certains couples étrangers ou belges résidant à l'étranger – dont le pays de nationalité/résidence permet la création du lien de filiation suite à une maternité de substitution -, tout en évitant cette fois totalement l'existence de situations boiteuses (sous la réserve éventuelle d'un couple qui déménagerait, par après, dans un Etat refusant de reconnaître le lien de filiation envers l'enfant né d'une GPA).

Pour être totalement complet sur le plan de la sécurité juridique et éviter toute situation boiteuse, le législateur devrait requérir différentes autorisations selon les cas : une autorisation émanant du pays de nationalité seulement, pour les étrangers résidant en Belgique ou dans leur pays de nationalité (voire des pays de nationalité en cas de plurinationalité); une autorisation du pays de résidence uniquement, pour les Belges résidant à l'étranger ; une autorisation de ces deux pays (ou plus en cas de plurinationalité), pour les étrangers résidant dans un autre pays que celui de leur

---

<sup>273</sup> M. RAJADHYAKSHA, "No surrogacy visa for gay foreigners", 18 janvier 2013, *The Times of India*, <http://timesofindia.indiatimes.com> (consulté le 29 mars 2013).

<sup>274</sup> Family code of Ukraine, art. 123 et Decree of the Ministry of Justice of Ukraine n° 140/5 from November 18 2003 about amendments and additions to Rules of civil registration in Ukraine, Item 2.2, <http://www.irts.com.ua/en/legislation/ukraine.html>.

<sup>275</sup> Information Department (of the The Verkhovna Rada of Ukraine), "The Verkhovna Rada of Ukraine adopted the Law "To amend several legislative acts of Ukraine (re restrictions for the use of assisted reproductive technologies)", 16 octobre 2012, <http://portal.rada.gov.ua> (consulté le 29 janvier 2013) ; Information Department (of the The Verkhovna Rada of Ukraine), "Plenary meetings on March 21, 2013", 21 mars 2013, <http://portal.rada.gov.ua> (consulté le 29 mars 2013).

<sup>276</sup> Projet de loi n° 8282 apportant des restrictions à l'usage de technologies de reproduction assistée, <http://portal.rada.gov.ua> – traduction libre.

nationalité. Les parents d'intention devraient alors fournir un document provenant, selon les différents cas de chacun des pays énumérés ci-dessus, prouvant que celui-ci autorise la GPA et que sa législation permettra la création du lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention, ou du moins reconnaîtra le lien créé en Belgique - si le législateur belge opte en outre pour une modification de l'article 62 du Code de droit international privé ou que l'ordre public ou la clause d'exception peuvent être utilisés.

## **Titre V. Réglementation de la gestation pour autrui au niveau international**

Une réglementation internationale de la GPA serait salubre, cette matière pouvant difficilement être appréhendée unilatéralement par les Etats. Une telle réglementation, qui devrait adresser différentes questions, pourrait prendre plusieurs formes (Chapitre 1), et la loi belge devrait y être adaptée (Chapitre 2).

### ***Chapitre I. Intérêt, contenu et formes potentielles d'une réglementation internationale***

De nombreux auteurs<sup>277</sup> - tant belges qu'étrangers- estiment que la GPA devrait faire l'objet de règles au niveau international. Une proposition de résolution concernant la réglementation internationale de la maternité de substitution a par ailleurs été déposée au Sénat en juin 2011, demandant « *au gouvernement de faire de la lutte contre la maternité de substitution commerciale à l'échelle internationale une priorité de la diplomatie fédérale* »<sup>278</sup>. Les auteurs de cette proposition tiennent compte du fait que la Belgique ne peut interdire efficacement de manière unilatérale de telles pratiques - pourtant contraires à la Convention de La Haye sur l'adoption. Elles considèrent dès lors qu'une telle réglementation doit avoir lieu au niveau des instances européennes et internationales.

La Conférence de La Haye a également conscience de cette nécessité. Le Conseil sur les affaires générales et la politique de la Conférence a, en avril 2011, invité le Bureau Permanent à « *intensifier ses travaux dans le domaine en insistant sur la large gamme de problèmes découlant des accords internationaux de gestation pour autrui* », et à « *continuer à rassembler des*

---

<sup>277</sup> E. DAVIS, *op. cit.*, p. 138 ; S. MORTAZAVI, *op. cit.*, p. 2252 ; K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *op. cit.*, p. 633 ; J. VERHELLEN, "Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR", *op. cit.*, p. 1549 ; P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, p. 18.

<sup>278</sup> Proposition de résolution concernant la réglementation internationale de la maternité de substitution du 9 juin 2011, déposée par Mmes Elke Sleurs et Inge Faes, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5 - 1075/1, p. 3.

informations sur les besoins pratiques dans ce domaine, les développements comparatifs en droit national et en droit international privé, et les perspectives d'atteindre un consensus sur une approche globale »<sup>279</sup>. Le Bureau Permanent a constaté qu'il était difficile (voire impossible) pour les Etats de régler de manière unilatérale toutes les difficultés auxquelles les GPA transfrontières donnent lieu, et que certaines actions des Etats montraient qu'« une coopération multilatérale pourrait être requise »<sup>280</sup>.

Certains auteurs, que nous rejoignons, estiment qu'une interdiction formelle des GPA transfrontières n'est pas souhaitable car elle conduirait à la création d'un marché noir, ce qui serait plus dangereux tant pour les enfants que pour les mères porteuses, la possibilité d'exercer un recours légal disparaissant<sup>281</sup>.

Une réglementation internationale pourrait intervenir à différents niveaux et de différentes manières. Un accord sera toutefois difficile à atteindre, car les modalités de la GPA diffèrent énormément selon les Etats. Les problèmes de la filiation et de la nationalité de l'enfant sont identifiés par différents auteurs<sup>282</sup> et par la Conférence de La Haye<sup>283</sup> comme devant principalement trouver une solution. Concernant la filiation de l'enfant, une définition doit être donnée aux notions de père et de mère -de préférence selon le critère de l'intention-, le nom des personnes définies de cette manière devant figurer dans l'acte de naissance<sup>284</sup>. A défaut de pouvoir considérer, en raison des différences législatives, que la filiation confère toujours la nationalité des parents, il serait nécessaire de prévoir que les parents d'intention doivent, préalablement à la GPA, s'adresser à une autorité nationale, afin de résoudre le problème de la nationalité de l'enfant et de son accès au territoire<sup>285</sup>. Les conditions auxquelles un accord serait contraignant (le cas échéant, cela étant préférable dans l'intérêt de l'enfant) ainsi que le type de dédommagement autorisé dans le chef de la mère porteuse devraient également être définis<sup>286</sup>. Un accord sur ce dernier point représente à notre estime une difficulté majeure, certains pays étant totalement opposés à toute forme de rémunération de la mère porteuse, alors que d'autres prévoient une rétribution réellement élevée.

---

<sup>279</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 5-7 April 2011, [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_concl2011e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl2011e.pdf), p. 3 (traduction libre).

<sup>280</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 23, §§ 44 et 45 (traduction libre).

<sup>281</sup> E. DAVIS, *op. cit.*, p. 133 ; K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *op. cit.*, p. 647.

<sup>282</sup> E. DAVIS, *op. cit.*, pp. 134 et 138 à 140 ; S. MORTAZAVI, *op. cit.*, pp. 2277 et 2285.

<sup>283</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 24, §§ 48 et 49 (traduction libre).

<sup>284</sup> E. DAVIS, *op. cit.*, pp. 134 et 138 à 140 ; S. MORTAZAVI, *op. cit.*, pp. 2277 à 2282.

<sup>285</sup> S. MORTAZAVI, *op. cit.*, p. 2287.

<sup>286</sup> E. DAVIS, *op. cit.*, pp. 138 et 140-141.

Plusieurs auteurs proposent dès lors de mettre en place un système de rémunération équitable<sup>287</sup>.

Un instrument de forme similaire à la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale serait particulièrement efficace<sup>288</sup>. Précisons cependant qu'il ne suffirait pas d'introduire les situations de GPA dans la Convention de La Haye sur l'adoption, car celle-ci est - de l'avis majoritaire<sup>289</sup> que nous rejoignons - pour différentes raisons<sup>290</sup> inappropriée à la GPA. Une telle méthodologie passerait par une forme de coopération entre Etats, et non par une harmonisation, difficile, des règles internes de droit international privé. Cet instrument n'obligerait pas les Etats parties à prendre part aux GPA internationales - ils pourraient même, le cas échéant, continuer à les interdire- mais aurait pour but de fixer des règles minimales visant à protéger les parties. Il serait dès lors dans l'intérêt de tous les Etats, y compris ceux qui prohibent actuellement la GPA, son but n'étant pas de la promouvoir. Un tel instrument basé sur la coopération entre Etats pourrait prévoir, tout comme la Convention sur l'adoption internationale, que l'accord de tous les Etats concernés est nécessaire à la mise en œuvre de toute procédure. Ce mécanisme permettrait de garantir que l'enfant ait un statut conforme aux attentes et, surtout, à son intérêt. Sa mise en œuvre pourrait éventuellement passer par des organismes accrédités -ou agences centrales- dans chaque Etat partie, auxquelles certaines responsabilités seraient déléguées<sup>291</sup>. En effet, les Etats sont parfois considérés comme mieux placés, en raison des différences culturelles, pour déterminer les critères auxquels conditionner l'accès à la GPA. Ces agences centrales fonctionneraient comme des organismes de contrôle, qui vérifieraient le respect des conditions<sup>292</sup>.

Finalement, la Conférence évoque aussi la possibilité d'intégrer le problème de la GPA dans une régulation plus étendue, un « *instrument général concernant certains aspects de droit*

---

<sup>287</sup> E. DAVIS, *ibidem*, p. 141 ; C. HUMBYRD, "Fair Trade International Surrogacy", *Developing World Bioethics*, 2009, p. 116 ; S. MORTAZAVI, *op. cit.*, p. 2284.

<sup>288</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 26 ; E. DAVIS, *op. cit.*, p. 142 ; C. HUMBYRD, *op. cit.*, p. 117 ; K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *op. cit.*, pp. 635 et 636.

<sup>289</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 21, § 43 ; E. DAVIS, *op. cit.*, p. 142 ; S. MORTAZAVI, *op. cit.*, p. 2254.

<sup>290</sup> En effet, différents critères de l'adoption ne sont généralement pas rencontrés - et ne pourraient l'être- dans le cadre d'une GPA : ainsi, la mère ne doit consentir à l'adoption qu'après la naissance et ce consentement ne peut avoir été monnayé. L'adoption internationale est doublement subsidiaire : elle n'est possible que si l'enfant ne peut être accueilli dans sa famille ou dans son pays d'origine. Le respect de la procédure et des conditions doit être vérifié par les autorités centrales avant la remise de l'enfant aux parents adoptifs, et il ne peut y avoir de prise de contact entre parents génétiques et parents adoptifs avant l'adoption.

<sup>291</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, pp. 26 et 27 ; E. DAVIS, *op. cit.*, p. 142 ; C. HUMBYRD, *op. cit.*, p. 117 ; S. MORTAZAVI, *op. cit.*, p. 2287 ; K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT, *op. cit.*, pp. 641 à 643.

<sup>292</sup> S. MORTAZAVI, *op. cit.*, pp. 2287 à 2289.

*international privé de l'établissement et de la contestation de la filiation juridique* »<sup>293</sup>.

## **Chapitre II. Articulation avec la loi belge**

Si une telle réglementation était adoptée, le législateur belge devrait probablement adapter la loi. Il pourrait également décider, dans l'attente de cette réglementation, de ne pas régler les aspects de droit international privé et de s'en tenir aux aspects matériels de la GPA dans la loi belge. Cette dernière possibilité nous semble cependant inadéquate, car une réglementation internationale mettra un temps certain avant d'être conçue et prête à l'adoption. Dans l'intervalle, ce sont les règles de droit international privé belges, telles qu'elles ont été exposées, qui s'appliqueraient. Il paraît dès lors peu approprié, sur le plan de la sécurité juridique, de n'apporter aucune solution aux problèmes qui se poseront vraisemblablement et se posent déjà actuellement dans le cas des GPA transfrontières. Il paraît au contraire nécessaire de déterminer les conséquences et le rayonnement international que l'on veut donner à l'adoption d'une loi sur la GPA en droit belge<sup>294</sup>.

## **Conclusions**

Ce mémoire démontre le haut niveau de complexité de la question de la gestation pour autrui et la nécessité de légiférer, tant en Belgique qu'au niveau international, à ce propos. Une telle complexité est notamment due à la différence considérable du degré d'acceptation de cette pratique par les Etats, ainsi qu'au fait que, le recours à la GPA étant relativement nouveau et en demande croissante, de nombreux pays légifèrent actuellement à ce propos. En outre, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne ne sont, pour cette même raison, pas encore établies.

Le législateur belge se doit d'éviter que des parents d'intention aient recours à cette technique de procréation médicalement assistée en l'absence de tout encadrement légal, le lien de filiation ne pouvant être établi directement envers eux en vertu de la loi belge actuelle.

Toute nouvelle législation, si elle autorise la GPA, se doit impérativement de réglementer les situations présentant des éléments d'extranéité. En l'absence de modification législative, c'est l'article 62 du Code de droit international privé qui s'applique à l'établissement de la filiation.

---

<sup>293</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international*, *op. cit.*, p. 24, § 50.

<sup>294</sup> P. WAUTELET, "La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?", *op. cit.*, p. 18.

Celui-ci prévoit que le droit applicable est le droit national de la personne dont on cherche à établir la filiation : il s'agit donc de la loi nationale des parents d'intention, et également de celle de la mère porteuse. Cela se révèle problématique, car les législations relatives à la GPA diffèrent énormément d'un Etat à l'autre : certains Etats interdisent le recours à cette technique, d'autres ne le réglementent pas et d'autres encore l'autorisent et le réglementent. Lorsque l'Etat prohibe ou ne réglemente pas la GPA, les règles générales de la filiation, alors d'application, prévoient généralement que c'est la femme qui accouche - donc la mère porteuse - qui est la mère légale. La filiation ne peut dès lors être établie envers les parents d'intention, et l'enfant pourrait même se trouver orphelin si la loi de la mère porteuse, différente, ne la désignait pas comme mère légale. En outre, si le lien de filiation était créé en Belgique - par le jeu de l'ordre public, de la clause d'exception, ou suite à une modification du facteur de rattachement - le pays d'origine des parents d'intention n'accepterait pas assurément de le reconnaître. L'enfant risquerait alors d'avoir une filiation boiteuse.

Le législateur pourrait opter pour une approche unilatérale, et décider d'introduire dans la loi sur la GPA des conditions d'accès, tel le fait d'avoir la nationalité belge ou de résider habituellement en Belgique. Le choix d'une approche bilatérale, prenant la forme d'un renvoi à l'article 62 du Code - implicite ou explicite - pourrait également être fait. Une approche bilatérale a la préférence des spécialistes du droit international privé. Le choix d'un renvoi explicite à l'article 62 du Code, précisant que l'accès à la GPA n'est ouvert qu'aux personnes dont la filiation vis-à-vis de l'enfant pourra être établie en vertu de l'article 62 nous semble être une solution opportune. Aucune des propositions de loi actuellement sur la table en Belgique ne contient cependant une telle condition, et les législateurs étrangers ne semblent pas non plus avoir fait un tel choix.

Si le législateur s'en tient à l'insertion de conditions d'accès dans la loi sur la GPA, le choix d'un critère consistant dans le fait, pour les parents d'intention et la mère porteuse, de résider habituellement en Belgique depuis au moins deux ans nous paraît particulièrement pertinent. Ce critère serait combiné avec le jeu de l'ordre public, de la clause d'exception ou une modification du facteur de rattachement de l'article 62 du Code, afin de permettre la création du lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention même lorsque ceux-ci ont la nationalité d'un Etat qui n'autorise ou ne réglemente pas la maternité de substitution. Un tel critère nous semble respecter les obligations internationales de la Belgique en évitant une discrimination sur base de la nationalité, car il ouvre l'accès à cette technique aux étrangers résidant en Belgique depuis une certaine durée. Une éventuelle discrimination indirecte invoquée serait aisément justifiable au regard de la sécurité juridique et de l'intérêt de l'enfant : il s'agirait d'éviter que des personnes ne viennent en Belgique réaliser une GPA en prévoyant de retourner ensuite dans leur pays d'origine, où le lien de filiation

ne serait pas assurément reconnu. Ce critère ne permettrait pas aux Belges résidant à l'étranger d'avoir recours à une GPA en Belgique, ce qui contribuerait à éviter la création de situations boiteuses, contraires à l'intérêt de l'enfant.

Une réglementation de la GPA au niveau international serait également capitale - bien que certaines questions feront difficilement l'objet d'un accord - les problèmes posés par les GPA transfrontières pouvant difficilement être réglés unilatéralement par des lois nationales. Les questions de la filiation et de la nationalité des enfants ainsi que d'une éventuelle rémunération pourraient être traités dans un instrument basé sur une coopération entre Etats, requérant par exemple l'accord de tous les Etats concernés préalablement à la mise en œuvre de la GPA. Bien que le législateur belge devrait, dans l'hypothèse de l'adoption d'un instrument international, adapter notre législation, il semble opportun de régler dans l'intervalle les aspects de droit international privé dans la loi belge sur la GPA.

# Bibliographie

## *Législation*

### Internationale

- Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signée à La Haye le 12 avril 1930, approuvée par la loi du 20 janvier 1939, *M.B.*, 13 août 1939, art. 3.
- Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, signée à New York le 20 novembre 1989, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 17 janvier 1992, art. 3 et 7.

### Européenne

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, art. 1, 8 et 14.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, signé à Rome, le 25 mars 1957, art. 18, 20, 21.

### Belge

- Code civil, art. 57, 312, 314, 318, 319 et 348-4.
- Loi du 28 juin 1984 portant le Code de la nationalité belge, *M.B.*, 12 juillet 1984, art. 10.
- Code de droit international privé, art. 3, 4, 5, 19, 21, 61, 62 et 67.
- Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007.
- Proposition de loi portant le Code de droit international privé, du 7 juillet 2003, déposée par Mme Jeannine Leduc, M. Philippe Mahoux, Mmes Myriam Vanlerberghe et Nathalie de T' Serclaes, développements, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. Extraord. 2003, n° 3 - 27/1.
- Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, du 9 septembre 2010, déposée par M. Bart Tommelein et al., développements, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. Extraord. 2010, n° 5-130/1.
- Proposition de loi relative aux mères porteuses, du 23 septembre 2010, déposée par Mme Christine Defraigne, développements, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. Extraord. 2010, n° 5-160/1.
- Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, du 6 octobre 2010, déposée par M. Philippe Mahoux, développements, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. Extraord. 2010, n° 5-236/1.

- Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, du 5 avril 2011, déposée par Mme Marleen Temmerman et M. Guy Swennen, développements, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-929/1.
- Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, du 12 mai 2011, déposée par Mme Myriam Vanlerberghe, M. Renaat Landuyt, et Mme Maya Detiège, *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ord. 2010-2011, n° 53-1453/1.
- Proposition de résolution concernant la réglementation internationale de la maternité de substitution du 9 juin 2011, déposée par Mmes Elke Sleurs et Inge Faes, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5 - 1075/1.
- Proposition de loi relative aux mères porteuses (et autres), avis du Conseil d'Etat du 14 février 2006, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2005-2006, n° 3 - 417/3.
- *Bull. Q. R.*, Sénat, session ord. 2008-2009, question n° 4-2274 du 12 janvier 2009 (N. LANJRI), et Réponse du Sénat du 9 février 2009.

#### Etrangère

- Etats-Unis: - 2010 Florida statutes, Ch. 742, art. 15.  
     - New-Hampshire Revised statutes, Title XII, Ch. 168-B,  
     <http://www.gencourt.state.nh.us>, art. 16, 20 et 21.  
     - Utah code, Title 78B, Ch. 15, section 801 à 803, <http://le.utah.gov>.  
     - Code of Virginia, Title 20, Ch. 9, art. 160 A, <http://leg1.state.va.us>.
- France : Code civil français : art. 16-7, 16-9, <http://www.legifrance.gouv.fr>.
- Grèce : - Code civil grec, art. 1458 et 1464, <http://www.ciecl.org>.  
     - Law 3089/2002 on medically assisted human reproduction, *Official Gazette of the Hellenic Republic*, 23 December 2002, art. 8,  
     [http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law\\_3089\\_en.pdf](http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/human/law_3089_en.pdf).  
     - Law 3305/2005 on Medically assisted reproduction techniques, *Official Gazette of the Hellenic Republic*, 27 January 2005, art. 13,  
     [http://www.nurs.uoa.gr/fileadmin/nurs.uoa.gr/uploads/Nomothesia\\_Nosilefton/Nomoi/Nomos\\_3305\\_FEK\\_A\\_172005.pdf](http://www.nurs.uoa.gr/fileadmin/nurs.uoa.gr/uploads/Nomothesia_Nosilefton/Nomoi/Nomos_3305_FEK_A_172005.pdf).

- Inde: -Ministry of health & family welfare, Govt. of India, New Delhi, Indian Council of medical research, New Delhi, The assisted reproductive technologies (regulation) bill – 2010, art. 34, <http://icmr.nic.in>.  
-Government of India, Law commission, report n° 228, “Need for legislation to regulate assisted reproductive technology clinics as well as rights and obligations of parties to a surrogacy”, août 2009, <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report228.pdf>, consulté le 14 novembre 2012.
- Pays-Bas : Code civil, art. 198 et 209, <http://www.wetboek-online.nl>.
- République d’Afrique du Sud : Children's act 38 of 2005, art. 292, <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf>.
- Royaume-Uni : - Surrogacy arrangement act 1985, <http://www.legislation.gov.uk>.  
- Human Fertilisation and Embryology act (HFEA) 2008, art. 33, 54, <http://www.legislation.gov.uk>.
- Ukraine : -Family code of Ukraine, art 123, <http://www.irtsa.com.ua/en/legislation/ukraine.html>.  
- Decree of the Ministry of Justice of Ukraine n° 140/5 from November 18, 2003 about amendments and additions to Rules of civil registration in Ukraine, Item 2.2, <http://www.irtsa.com.ua/en/legislation/ukraine.html>.  
- Projet de loi n° 8282 apportant des restrictions à l'usage de technologies de reproduction assistée, <http://iportal.rada.gov.ua>.

## ***Doctrine***

- AUTIN (C.), GUSTIN (M. L.) et DELVIGNE (A.), “In vitro fertilization surrogacy: experience of one Belgian centre”, *Hum. Reprod.*, 2011 (suppl. 1), pp. i80 et i81.
- AVENA-ROBARDET (V.), “Gestation pour autrui : rebondissements dans l’affaire Mennesson”, 11 mars 2011, *Dalloz étudiant*, <http://actu.dalloz-etudiant.fr> (consulté le 13 février 2013).
- BARATTA (R.), “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, *IPRax*, 2007, pp. 4 à 11.
- BEKKERS (S.), *Draagmoederschap : naar een civielrechtelijke regeling ?*, thèse dactyl.,

- Tilburg University, 2011, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=114818> (consulté le 30 septembre 2012).
- BENSUSHAN (A.) et SCHENKER (J.), “Legitimizing surrogacy in Israel”, *Hum. Reprod.*, 1997/8, pp. 1832 à 1834.
  - BHAUMIK (S.), “The Legal Standpoint of Surrogacy in India”, 9 avril 2012, <http://www.ssrn.com> (consulté le 3 octobre 2012).
  - BIGG (C.) et BROOKS (C.), “Ukraine Surrogacy Boom Not Risk-Free”, 4 juin 2011, *Radio Free Europe*, <http://www.rferl.org> (consulté le 8 octobre 2011).
  - CHEVALLEREAU (E.), “Gestation pour autrui : "Nos filles resteront toujours des fantômes auegard du droit français"”, 6 avril 2011, *Le Monde.fr*, <http://www.lemonde.fr> (consulté le 20 octobre 2012).
  - CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Questions de droit international privé concernant le statut des enfants, notamment celles résultant des accords de maternité de substitution à caractère international*, Doc. préel. n° 11, mars 2011, [www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11f.pdf).
  - CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. BUREAU PERMANENT, *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international*, Doc. préel. n° 10, mars 2012, <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10e.pdf>.
  - CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 5-7 April 2011, [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_concl2011e.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl2011e.pdf).
  - COSTA (J.-P.), “Le Tribunal de la Rote et l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme”, obs. sous Cour eur. D. H., *Arrêt Pellegrini c. Italie* du 20 juillet 2001, *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 470 à 476.
  - DAVIS (E.), “The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation”, *Minnesota Journal of Int’l Law*, 2012/21, pp. 120 à 144.
  - DE ALCANTARA (M.), “Surrogacy in Japan: legal implications for parentage and citizenship”, *Family Court Review*, 2010, pp. 417 à 430.
  - DEB ROY (S.), “Bar Our Nationals, European Countries Tell Surrogacy Clinics”, 14 juillet 2010, *The Times of India*, <http://timesofindia.indiatimes.com> (consulté le 6 octobre 2012).
  - Av. Gén. M. DOMINGO, avis précédant Cass. Fr., arrêt n° 370 du 6 avril 2011, *Gazette du Palais*, 12 mai 2011 n° 132, pp. 13 à 22.
  - FAUVARQUE-COSSON (B.), “Droit comparé et droit international privé : la confrontation de

- deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux”, *Revue internationale de droit comparé*, 2000/4, pp. 797 à 818.
- FLAUSS (J.-F.), “L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg”, *Petites affiches*, 2002/78, pp. 11 à 25.
  - GALLUS (N.), “Gestation pour autrui et reconnaissance des actes de l'état civil étrangers”, observations sous Civ. Huy (4e ch.), 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, pp. 422 à 424.
  - GANNAGÉ (L.), “A propos de l' « absolutisme » des droits fondamentaux”, *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon – Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 265 à 284.
  - GANNAGÉ (L.), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé: étude de droit international privé de la famille*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2001.
  - GANNAGÉ (L.), “Les droits fondamentaux face aux droits étrangers (l'exemple du droit international privé français)”, <http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/drtsfond/lgannage.pdf> (consulté le 26 mars 2013).
  - GRUENBAUM (D.), “Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat”, *The American Journal of Comparative Law*, 2012, pp. 465 à 506.
  - HAMMJE (P.), “Droits fondamentaux et ordre public”, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1997, pp. 1 à 31.
  - HATZIS (N.), “The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece”, 10 octobre 2010, <http://www.ssrn.com> (consulté le 30 septembre 2012).
  - HATZIS (N.), “From Soft to Hard Paternalism and Back: The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece”, 4 août 2009 (révisé le 9 octobre 2009), <http://www.ssrn.com> (consulté le 30 septembre 2012).
  - HATZIS (N.), “Just the Oven!: a Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy contracts”, 24 mars 2003 (révisé le 11 décembre 2009), <http://www.ssrn.com> (consulté le 30 septembre 2012).
  - HENRICOT (C.), “La gestation pour autrui transfrontière ” in *Actes du colloque : La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous dir. G. Schamps et J. Sosson, [à paraître].
  - HENRICOT (C.), “Belgique”, in *A Comparative Study on the regime of Surrogacy in the EU Member State*, Etude pour le Parlement européen (à paraître).
  - HENRICOT (C.), “Pays-Bas”, in *A Comparative Study on the regime of Surrogacy in the EU Member State*, Etude pour le Parlement européen (à paraître).
  - HENRICOT (C.), “Contrat de gestation pour autrui : incidence de l'absence de mention du

- nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des «actes de naissance»”, note sous Civ. Nivelles (ch. du conseil), 6 avril 2011, *R.T.D.F.*, 2011, pp. 700 à 704.
- HENRICOT (C.), SAROLÉA (S.) et SOSSON (J.), “La filiation d’enfants nés d’une gestation pour autrui à l’étranger”, note sous Liège, 6 septembre 2010, *R.T.D.F.*, 2010, pp. 1139 à 1163.
  - HOFMAN (D.), “ « Mama’s baby, daddy’s maybe: » A state-by-state survey of surrogacy laws and their disparate gender impact”, *William Mitchell Law Review*, 2009, p. 449 à 468.
  - HUMBYRD (C.), “Fair Trade International Surrogacy”, *Developing World Bioethics*, 2009, pp. 111 à 118.
  - IKEMOTO (L.), “Reproductive Tourism: Equality Concerns in the Global Market for Fertility services”, *UC Davis Legal Studies Research Paper Series*, 2009, pp. 277 à 309, <http://www.ssrn.com> (consulté le 17 octobre 2012).
  - KINDREGAN, JR (C.) et SNYDER (S.), “Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology”, *Family Law Quarterly*, 2008, pp. 203 à 233.
  - KINSCH, (P.), “Droits de l’homme, droits fondamentaux et DIP”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international (La Haye)*, 2005, t. 318.
  - LAGARDE, (P.), “La gestation pour autrui : problèmes de droit interne et de droit international privé”, *Revue Hellenique de droit international*, 2009, pp. 511 à 520.
  - LEE (R.), “New Trends in Global Outsourcing in Commercial Surrogacy : a Call for Regulation”, *Hastings Women's Law Journal*, 2009, pp. 275 à 300.
  - LEQUETTE (Y.), “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, *Libertés et droits fondamentaux*, sous la direction de R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et T. Revet, Paris, Dalloz, 2005, pp. 97 à 118.
  - MAYER (P.), “La Convention européenne des droits de l’homme et l’application des normes étrangères ”, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1991, pp. 651 à 665.
  - MILLBANK (J.), “Recognition of lesbian and gay families in australian law – part 2 : children ”, *Federal Law Review*, 2006, p. 1 à 55.
  - MOHAPATRA (S.), “Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy”, *Berkeley Journal of Int’l Law*, 2012/2, pp. 412 à 450.
  - MORTAZAVI (S.), “It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy”, *The Georgetown Law Journal*, 2011-2012, pp. 2249 à 2290.
  - NIBOYET (M.-L.), “Le droit à une vie familiale au service de la reconnaissance des situations juridiques créées à l’étranger ”, *Gazette du Palais*, 22 mars 2008, n° 82, pp. 31 à 34.

- PAPADOPOULOU-KLAMARIS (D.), “Medical assisted reproduction in Greek law”, <http://www.greekconference.com.au/papers/2007/KLAMARIS.pdf> (consulté le 30 septembre 2012).
- QUINONES ESCAMES (A.), note sous “Instruction du 5 octobre 2010, de la Direction Générale des Registres et du Notariat, sur l’enregistrement de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui”, *Rev. crit. DIP*, 2011, pp. 184 à 188.
- QUINONES ESCAMES (A.), “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret*, 2009, pp. 1 à 42, [http://www.indret.com/pdf/657\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf).
- RABESANDRATANA (T.), “The middle-moms”, 27 octobre 2010, *Flanders Today*, <http://www.flanderstoday.eu> (consulté le 26 octobre 2012).
- RAJADHYAKSHA (M.), “No surrogacy visa for gay foreigners”, 18 janvier 2013, *The Times of India*, <http://timesofindia.indiatimes.com> (consulté le 29 mars 2013).
- RIGAUX (F.) et FALLON (M.), *Droit international privé*, 3e éd., Précis de la Faculté de Droit de l’Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2005.
- RYZNAR (M.), “International commercial surrogacy and its parties”, *The John Marshall Law Review*, 2010, pp. 1009 à 1040.
- SFAKIANOUDI (E.), “Laws regulating MAR issues in Greece”, <http://www.magnamater.gr/en/legal.aspx> (consulté le 30 septembre 2012).
- SHENFIELD (F.) et AL., “ESHRE’s good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners”, *Hum. Reprod.*, 2011/7, pp. 1625 à 1627.
- SMITH (C.), “Surrogacy and India”, 17 février 2011, <http://www.ssrn.com> (consulté le 1e octobre 2012).
- SOSSON (J.) et MATHIEU (G.), “L’enfant : quelle filiation ? Quels liens avec la mère porteuse ? ” in *Actes du colloque : La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous dir. G. Schamps et J. Sosson, [à paraître].
- SOSSON (J.), “La création d’un lien légal avec la mère génétique d’un enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d’adoption?”, note sous Trib. jeun. Bruxelles (12e ch.), 6 mai 2009, *R.T.D.F.*, 2011, pp. 176 à 179.
- SPIELMANN (D.), “La reconnaissance et l’exécution des décisions judiciaires étrangères et les exigences de la convention européenne des droits de l’homme – un essai de synthèse”, *Rev. trim. dr. h.*, 2011, pp. 761 à 786.
- SPIVACK (C.), “The law of surrogate motherhood in the United State”, *The American journal of Comparative Law*, 2010, pp. 97 à 114.

- STORROW (R.), ““The Phantom Children of the Republic”: International Surrogacy and the New Illegitimacy”, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2012, pp. 561 à 609.
- STORROW (R.), “Assisted reproduction on treacherous terrain: the legal hazards of cross-border reproductive travel”, *Reproductive BioMedicine Online*, 2011, pp. 538 à 545, [http://tesla.cc.umanitoba.ca/chrr/images/stories/RBMO523\\_final\\_AHR\\_article.pdf](http://tesla.cc.umanitoba.ca/chrr/images/stories/RBMO523_final_AHR_article.pdf) (consulté le 21 octobre 2012).
- STORROW (R.), “Travel into the future of reproductive technology”, *UMKC Law Review*, 2010, pp. 295 à 307.
- SWENNEN (F.), “Adoptie na draagmoederschap revisited”, note sous Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-08, pp. 1775 à 1777.
- SWENNEN (F.), “Volle adoptie na draagmoederschap: nihil obstat?” note sous Trib. jeun. Turnhout, *R.W.*, 2001-02, pp. 206 à 207.
- TRIMMINGS (K.) et BEAUMONT (P.), “International surrogacy arrangements: an urgent need for legal regulation at the international level”, *Journ. of Private Int’l Law*, 2011, pp. 627 à 647.
- VERHELLEN (J.), “Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR”, *TPR*, 2011, pp. 1511 à 1557.
- VERHELLEN (J.), “Draagmoederschap: het internationaal privaatrecht uitgedaagd”, *Tijdschrift@ipr.be*, 2010/4, pp. 164 à 172.
- VERSCHULDEN (G.), “Pleidooi voor een familierechtelijke regeling van draagmoederschap in België”, *TPR*, 2011, pp. 1421 à 1505.
- VERSCHULDEN (G.), “Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten”, *T. fam.*, 2010, pp. 69 à 70.
- WAUTELET (P.), “La filiation issue d'une gestation pour autrui - Quelles règles de droit international privé pour la Belgique?”, in *Actes du colloque : La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, sous dir. G. Schamps et J. Sosson, [à paraître].
- WAUTELET (P.), “Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontière”, *J.L.M.B.*, 2011/2, pp. 57 à 62.
- WAUTELET (P.), “Gestation pour autrui transfrontière : le désir d'enfant à l'épreuve du droit international privé”, observations sous Civ. Huy (4e ch.), 22 mars 2010, *J.L.M.B.*, pp. 1823 à 1883.
- ZHYLA (O.), “More women in Ukraine want to be surrogate mothers”, 15 décembre 2009, *The Day Weekly Digest*, <http://www.day.kiev.ua/289226> (consulté le 8 octobre 2012).

## *Jurisprudence*

### Cour européenne des droits de l'homme

- Cour eur. D. H., arrêt *Ahrens c. Allemagne* du 22 mars 2012, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Kautzor c. Allemagne* du 22 mars 2012, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Gas et Dubois c. France* du 15 mars 2012, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 3 novembre 2011, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie* du 27 avril 2010, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *S.H. et autres c. Autriche* du 1<sup>er</sup> avril 2010, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Phinikaridou c. Chypre* du 20 décembre 2007, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *Dickson c. Royaume-Uni* du 4 décembre 2007, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H. (gr. ch.), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Znamenskaya c. Russie* du 2 juin 2005, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Pellegrini c. Italie* du 20 juillet 2001, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Mazurek c. France*, du 1<sup>er</sup> février 2000, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas* du 27 octobre 1994, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., arrêt *Keegan c. Irlande* du 26 mai 1994, <http://www.echr.coe.int>.
- Cour eur. D. H., 5<sup>e</sup> section, *Requête n° 65192/11, Sylvie MENNESSON et autres c. France*, 6 octobre 2011, Exposé des faits et questions, <http://www.echr.coe.int>.

### Cour de justice de l'Union européenne

- C.J.U.E., C-353/06 *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul*, 14 octobre 2008, <http://curia.europa.eu>.
- C.J.U.E., C-148/02 *Carlos Garcia Avello*, 2 octobre 2003, <http://curia.europa.eu>.

- Avocat gén. E. SHARPSTON, concl. précédant C.J.E., C-353/06 *Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul*, 14 octobre 2008, <http://curia.europa.eu>.

### Belgique

- Cass., 27 février 1986, *R.C.J.B.*, 1989, p. 56.
- Liège, 6 septembre 2010, *R.T.D.F.*, 2010, p. 1134, note C. Henricot, S. Saroléa et J. Sosson.
- Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007-08, p. 1774, note F. Swennen.
- Gand, 5 septembre 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 432.
- Civ. Nivelles (ch. du conseil), 6 avril 2011, *R.T.D.F.*, 2011, p. 695, note C. Henricot.
- Civ. Anvers (ch. jeun.), 22 avril 2010, *T.Fam.*, 2012, p. 43, note L. Pluym.
- Civ. Gand, 24 décembre 2009, *Tijdschrijf@ipr.be*, 2010/4, p. 133.
- Trib. Jeun. Bruxelles (ch. jeun.), 6 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083 et *R.T.D.F.*, p. 172, note S. Sosson.
- Trib. jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *R.W.*, 2001-02, p. 206, note F. Swennen.

### Autres Etats

- Cass. Fr., arrêt n° 370 du 6 avril 2011, <http://www.courdecassation.fr>.
- Cass. Fr., assemblée plénière, 31 mai 1991, n° 90-20105, *Bulletin*, 1991, A.P. n° 4, p. 5.
- Paris, 18 mars 2010, RG n° 2009/11017, [http://fdv.univ-lyon3.fr/publication/gazette/CA\\_Paris\\_18\\_mars\\_2010\\_jumelles\\_USA.pdf](http://fdv.univ-lyon3.fr/publication/gazette/CA_Paris_18_mars_2010_jumelles_USA.pdf)
- *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam).
- *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. Rep 4th 84 (California Supreme Court), 851 P.2nd 776 (1993).
- *Re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 02/03/1988).

### **Entretiens**

- Entretien téléphonique du 12 novembre 2012 avec Nicole Gallus, spécialiste en droit de la famille, en droit de l'enfant et en droit international privé, conseil des personnes faisant une procédure de gestation pour autrui au CHU Saint-Pierre.
- Participation à la Table ronde relative au don de gestation organisée par l'asbl Homoparentalité le 30 novembre 2012, <http://homoparentalite.be> ; Intervenants : Mr A. DU BUS DE WARNAFFE, Sénateur et député Bruxellois du CDH ; Mme Z. GENOT, Députée fédérale d'Ecolo ; Mr P. DE MUELENAERE, Président de l'Association des Jeunes FDF ; Mme V. DEFANG, Secrétaire politique au Groupe MR Sénat ; Mme S. DEBUNNE (PS) ; Mr

S. LEONARD, délégué général aux droits de l'enfant, Juriste expert ; Mme C. HERBRAND, Sociologue et chercheuse à l'ULB et à King's College London ; Mme N. GALLUS, Avocate, chargée de cours et chercheuse à la Faculté de Droit et de Criminologie / Unité de droit familial du Centre de droit privé; Mme N. PETERS, médecin en fertilité à l'UZGent.

## ***Autres***

- Les documents de travail du Sénat (français), série législation comparée n° 182, la gestation pour autrui, janvier 2008, <http://www.senat.fr/lc/lc182/lc182.pdf> (consulté le 19 septembre 2012).
- Embassy of Belgium, Washington, DC – “Surrogate Mother”, <http://www.diplobel.us/BelgianCitizens/Nationality/surrogatemother.asp>.
- Ambassade de Belgique à Kiev- “Enfants nés d’une mere porteuse”, <http://www.diplomatie.be/kievfr/default.asp?id=1&ACT=5&content=4&mnu=1>.
- Information Department (of the The Verkhovna Rada of Ukraine), “The Verkhovna Rada of Ukraine adopted the Law “To amend several legislative acts of Ukraine (re restrictions for the use of assisted reproductive technologies)”, 16 octobre 2012, <http://iportal.rada.gov.ua> (consulté le 29 janvier 2013).
- Information Department (of the The Verkhovna Rada of Ukraine), “Plenary meetings on March 21, 2013”, 21 mars 2013, <http://iportal.rada.gov.ua> (consulté le 29 mars 2013).

## **Liste des abréviations des revues**

- *Hum. Reprod.* : Human Reproduction
- *InDret* : Revista para el Analisis del Derecho
- *IPRax* : Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
- *J.L.M.B.* : Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
- *R.C.J.B.* : Revue critique de jurisprudence belge
- *Rev. trim. dr. h.*: Revue trimestrielle des droits de l’homme
- *R.T.D.F.* : Revue trimestrielle de droit familial
- *R.W.* : Rechtskundig Weekblad
- *T.Fam.* : Tijdschrift voor Familierecht
- *TPR* : Tijdschrift voor privaatrecht

## Table des matières

<b>Introduction</b> .....	<b>2</b>
<b>Titre I. Création du lien de filiation - Cas de figures possibles en l'absence d'une modification législative</b> .....	<b>3</b>
<b>Chapitre I. Etat actuel de la pratique de la gestation pour autrui en Belgique</b> .....	<b>3</b>
Section 1. Législation belge indirectement applicable à la gestation pour autrui .....	3
Section 2. Naissance en Belgique en l'absence d'élément d'extranéité: établissement du lien de filiation envers les parents d'intention.....	4
Section 3. Naissance à l'étranger : Réception en Belgique du lien de filiation .....	6
<b>Chapitre II. Etablissement de la filiation dans le cas d'une gestation pour autrui transfrontière en Belgique</b> .....	<b>6</b>
Section 1. Présentation de cas de jurisprudence.....	6
Section 2. Droit international privé.....	8
<b>Chapitre III. Nécessité d'une réglementation relative à la gestation pour autrui en Belgique</b>	<b>11</b>
<b>Titre II. Raisons et modes de prise en considération des situations présentant des éléments d'extranéité dans la loi</b> .....	<b>13</b>
<b>Chapitre I. Diversité des législations nationales et tourisme procréatif</b> .....	<b>14</b>
Section 1. Interdiction de la gestation pour autrui.....	14
Section 2. Absence de réglementation de la gestation pour autrui.....	15
Section 3. Autorisation et réglementation de la gestation pour autrui .....	15
Section 4. Modes de détermination de la filiation suite à une gestation pour autrui.....	16
Section 5. Tourisme procréatif – problèmes lors de l'établissement de la filiation en Belgique ....	17
<b>Chapitre II. Problèmes pouvant survenir au moment de la réception du lien de filiation dans le pays de nationalité (ou de résidence) des parents d'intention</b> .....	<b>18</b>
Section 1. Présentation de cas de jurisprudence.....	19
Section 2. Détermination de la filiation et de la nationalité de l'enfant .....	21
<b>Chapitre III. Forme et place de la prise en considération des aspects transfrontières et établissement de la filiation</b> .....	<b>23</b>
Section 1. Règle unilatérale ou règle bilatérale ? .....	23
Section 2. Accès à la GPA et établissement de la filiation .....	25
<b>Titre III. Implications des obligations internationales de la Belgique</b> .....	<b>27</b>
<b>Chapitre I. Introduction : l'intégration des droits fondamentaux en droit international privé</b> .....	<b>27</b>
<b>Chapitre II. Le TFUE et la libre circulation</b> .....	<b>28</b>
Section 1. Application directe des droits fondamentaux contenus par le TFUE .....	29
Section 2. Respect de la libre circulation et du principe de non-discrimination.....	29
<b>Chapitre III. La Convention européenne des droits de l'homme: peut-on en tirer un droit à la création du lien de filiation qui s'impose en droit international privé ?</b> .....	<b>32</b>
Section 1. Controverse quant au mode d'intégration des droits fondamentaux contenus par la CEDH.....	32
Section 2. Respect du droit à la vie privée et familiale et du principe de non-discrimination.....	35
<b>Chapitre IV. La Convention relative aux droits de l'enfant</b> .....	<b>40</b>
<b>Titre IV. Loi belge relative à la GPA : critères d'accès de droit international privé et établissement de la filiation</b> .....	<b>42</b>
<b>Préalable : Aucun critère de droit international privé requis</b> .....	<b>43</b>
<b>Chapitre I. Nationalité belge requise pour les parents d'intention et la mère porteuse</b> .....	<b>43</b>
Section 1. Introduction et analyse des propositions de loi .....	43
Section 2. Objectif potentiel.....	44
Section 3. Etablissement de la filiation.....	44
Section 4. Inconvénients .....	45
Section 5. Nationalité d'un pays autorisant la GPA ? .....	46

<b>Chapitre II. Résidence habituelle en Belgique depuis une certaine durée requise pour les parents d'intention et la mère porteuse</b> .....	<b>46</b>
Section 1. Introduction et analyse des propositions de loi .....	47
Section 2. Droit comparé : conditions d'accès du Royaume-Uni, de la Grèce, de l'Afrique du Sud et des Etats-Unis .....	48
Section 3. Objectifs potentiels.....	49
Section 4. Etablissement de la filiation.....	50
§ 1. Eviction de la loi étrangère par l'exception d'ordre public et création d'une clause d'ordre public positif.....	50
§ 2. Utilisation de la clause générale d'exception et création d'une clause spéciale d'exception. ....	52
§ 3. Modification, en matière de GPA, du facteur de rattachement de l'article 62 du Code.....	53
Section 5. Inconvénients .....	53
Section 6. Résidence habituelle dans un pays autorisant la GPA ? .....	54
<b>Chapitre III. Critères cumulatifs ou alternatifs : nationalité belge et/ou résidence habituelle en Belgique requise pour les parents d'intention et la mère porteuse</b> .....	<b>55</b>
<b>Chapitre IV. Autorisation du pays de résidence/nationalité requise pour les parents d'intention et la mère porteuse</b> .....	<b>56</b>
Section 1. Droit comparé : pays appliquant ce type de critère d'accès.....	56
Section 2. Objectifs potentiels.....	58
<b>Titre V. Réglementation de la gestation pour autrui au niveau international</b> .....	<b>59</b>
<b>Chapitre I. Intérêt, contenu et formes potentielles d'une réglementation internationale</b> .....	<b>59</b>
<b>Chapitre II. Articulation avec la loi belge</b> .....	<b>62</b>
<b>Conclusions</b> .....	<b>62</b>
<b>Bibliographie</b> .....	<b>65</b>
<b>Législation</b> .....	<b>65</b>
Internationale.....	65
Européenne .....	65
Belge .....	65
Etrangère.....	66
<b>Doctrine</b> .....	<b>67</b>
<b>Jurisprudence</b> .....	<b>73</b>
Cour européenne des droits de l'homme.....	73
Cour de justice de l'Union européenne.....	73
Belgique.....	74
Autres Etats .....	74
<b>Entretiens</b> .....	<b>74</b>
<b>Autres</b> .....	<b>75</b>

