

Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 15 février 2019

Compétence internationale – Droit applicable – Adoption – Couple homosexuel pas marié – Article 66 DIP – Article 67 DIPR – Adoptant français domicilié et résidant habituel en Belgique – Adoption impossible en droit français – Examen de la violation manifeste de l'intérêt supérieur de l'adopté

Internationale bevoegdheid – Toepasselijk recht – Adoptie – Ongehuwd homokoppel – Artikel 66 WIPR – Artikel 67 WIPR – Franse adoptant met woonplaats en gewone verblijfplaats in België – Adoptie naar Frans recht niet mogelijk – Onderzoek kennelijke schending hoger belang van de geadopteerde

En cause de :

I.N., domiciliée à 1190 Bruxelles, [...],

appelante,

qui comparaît assistée de Maître Sauvage Jim loco Maître Gallus Nicole, avocat à 1180 Brussel, Brugmannlaan 482 et Maître Pfeiff Silvia, avocat à 1000 Bruxelles, Avenue Miche-Ange, 86;

et de :

F.M., domiciliée à 1190 Bruxelles, [...],

intimée,

qui comparaît assistée de Maître Mareschal Maya, avocat à 1000 Bruxelles, allée du Cloître 7.

La cour a entendu les parties à l'audience et a vu:

- le jugement entrepris, prononcé par le tribunal de la famille francophone de Bruxelles le 6 avril 2018, dont il n'est pas produit d'acte de signification et contre lequel appel fut interjeté par voie de requête déposée au greffe le 18 mai 2018,
- les conclusions de l'intimée, déposées au greffe le 11 septembre 2018,
- les conclusions de l'appelante déposées au greffe le 10 août 2018,

I. Antécédents et objet de l'appel

1. L'appelante est de nationalité belge. L'intimée est française mais est domiciliée en Belgique où elle réside habituellement sans interruption depuis 2003.

Les parties ont entretenu une relation amoureuse entre septembre 2011 et mars 2016.

Il résulte des extraits de résidences [...] qu'elles ont cohabité à [...] à partir du 20 janvier 2012 puis à [...] à partir du 22 octobre 2014.

L.N. née à Bruxelles, le [...] 2015, étant la fille de l'appelante, conçue par procréation médicalement assistée, procédure suivie à l'hôpital [...] à Bruxelles.

Seule la filiation maternelle de L.N. établie.

Il n'est pas contestable que cette procréation a été réalisée dans le cadre d'un projet parental commun des parties. Les documents médicaux du service de l'hôpital ont été signés par les deux parties en qualité «auteurs du projet parental» et l'intimée était présente aux consultations de suivi de grossesse, à l'accouchement et lors d'une visite *post-partum*. Le faire-part de naissance est rédigé comme une annonce faite par le couple, l'enfant se voyant en outre confié à un parrain et une marraine, issus respectivement des deux familles.

La séparation des parties, intervenue en mars 2016, s'est organisée à l'amiable dans un premier temps. L.N. avait un an à cette époque et les parties s'étaient accordées pour que l'intimée prenne en charge L.N. une semaine sur deux du jeudi au lundi retour à la crèche (alternance 5/9) et pour se partager certaines périodes de vacances. [...]

La relation entre les parties s'est envenimée autour des conséquences patrimoniales de leur séparation, en particulier en ce qui concerne l'immeuble acquis en commun en 2014 dans lequel l'intimée avait installé son cabinet de kinésithérapeute.

Le conflit a dégénéré et le point de rupture est intervenu le 2 avril 2017. A partir de cette date, l'appelante, seule mère légale, a refusé tout contact entre L.N. et l'intimée.

L'intimée a alors saisi le juge de la famille par requête du 30 mai 2017 sur la base de l'article 375*bis* du Code civil en vue de s'entendre accorder un droit aux relations personnelles à l'égard de l'enfant.

Avec l'aide du juge, des avocats, et d'une médiation interrompue par la suite, des périodes de contact ont été progressivement restaurées et à partir de novembre 2017, un droit aux relations personnelles avait été convenu d'un week-end sur deux et un demi-jour l'autre semaine. [...]

Les parties ont ensuite consulté un pédopsychiatre et la procédure s'est achevée sur le jugement du juge de la famille du 29 juin 2018 [...] aux termes duquel, sauf meilleur accord des parties, le droit aux relations personnelles de l'intimée avec L.N. s'exerce :

- en période scolaire, un week-end sur deux et un mercredi après-midi sur deux,
- durant les congés scolaires : une quinzaine en été, une semaine à Noël et à Pâques avec autorisation donnée à l'intimée à se rendre à l'étranger avec L.N.

2. Par requête du 20 novembre 2017, l'intimée, demanderesse originaire, poursuit l'adoption plénière de L.N. et la transmission de son nom patronymique.

L'appelante, défenderesse originaire, s'y oppose et invoque l'application de la loi française, loi nationale de l'intimée, qui ne permet pas cette adoption dans les circonstances de l'espèce.

Par le jugement dont appel, le premier juge décide d'écarter la loi nationale de l'intimée et d'appliquer la loi belge à cette procédure d'adoption. Il déclare la demande recevable et

- avant-dire droit, ordonne la réalisation de l'enquête sociale visée à l'article 1231-29 du Code judiciaire à effectuer par l'Autorité Centrale Communautaire auprès du Ministère de la Communauté française de Belgique ou par la personne ou le service désigné à cette fin par l'Autorité Centrale Communautaire,
- dit que cette enquête sociale doit être déposée au greffe du tribunal de la famille francophone de Bruxelles dans les deux mois du prononcé du jugement,
- réserve à statuer sur le surplus et sur les dépens.

3. Par requête du 18 mai 2018, l'appelante relève appel de ce jugement dont elle poursuit la réformation.

Aux termes de ses conclusions, elle demande

- de dire pour droit que le droit français devra être appliqué à la présente cause conformément à l'article 67 du Code de droit international privé et, par conséquent, de dire la demande de l'intimée « *nonfondée, pour autant que recevable* », de condamner l'intimée aux entiers dépens des deux instances.

Aux termes de ses conclusions de synthèse, l'intimée conclut au non-fondement de l'appel et demande:

- à titre principal : de confirmer le jugement dont appel en toutes ses dispositions et de renvoyer la cause au premier juge,
- à titre subsidiaire : de poser la question préjudicielle suivante à la Cour constitutionnelle : « *l'article 67, alinéa 3 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé viole-t-il l'article 22bis, alinéa 4 de la Constitution en ce que cette disposition prévoit que le tribunal ne peut écarter le droit étranger et faire application du droit belge que s'il considère que le droit étranger nuit « manifestement » à l'intérêt de l'enfant, interprété en ce sens qu'il n'autorise le tribunal qu'à opérer un contrôle marginal et limité de l'intérêt de l'enfant ?* ».

L'appel en forme régulière a été interjeté dans les délais et est recevable

II. Discussion

1. La procédure concerne l'établissement d'un lien de filiation adoptive entre l'intimée et L.N., née le [...] 2015, à ce jour âgée de 4 ans, dont la filiation légale n'est établie qu'à l'égard de l'appelante.

Dès lors que l'intimée est de nationalité française, il existe un élément d'extranéité qui requiert de vérifier les questions de droit international privé, à savoir la compétence de la juridiction belge et le droit applicable.

Ajuste titre, le premier juge a admis sa compétence internationale en se référant à l'article 66 du Code de droit international privé qui instaure au choix quatre facteurs alternatifs de rattachement à la juridiction belge, à savoir la nationalité belge de l'adoptant ou de l'adopté ou la résidence habituelle de l'adoptant ou de l'adopté.

En l'espèce, L.N. est belge et à sa résidence habituelle en Belgique. L'intimée a également sa résidence habituelle en Belgique. Ceci concentre donc trois facteurs de rattachement justifiant la compétence de la juridiction belge.

2. En ce qui concerne le droit applicable, l'article 67 du Code de droit international privé dispose que

« *Sans préjudice de l'application de l'article 357 du Code civil, l'établissement de la filiation adoptive est régi par le droit de l'Etat dont l'adoptant ou l'un et l'autre adoptants ont la nationalité à ce moment.*

Lorsque les adoptants n'ont pas la nationalité d'un même Etat, l'établissement de la filiation adoptive est régi par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre ont leur résidence habituelle à ce moment ou, à défaut de résidence habituelle dans le même Etat, par le droit belge.

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. »

Le premier alinéa de cette disposition conduit donc en l'espèce à l'application du droit français, droit national de l'intimée, candidate à l'adoption.

Selon le droit français, si l'adoption a été rendue accessible aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013, l'adoption plénière intrafamiliale qui ne rompt pas les liens de filiation d'origine n'est possible que dans un couple marié lorsque l'adopté est l'enfant du conjoint de l'adoptant (article 345-1 et article 356 al.2 du Code civil français).

En outre, cette adoption requiert le consentement du conjoint, parent d'origine de l'enfant (article 348 du Code civil français) sans qu'il ne soit possible d'écarter un refus abusif du conjoint sauf si, comme pour toutes les autres adoptions plénières qui ont pour effet de substituer la filiation adoptive à la filiation d'origine, le parent se désintéressait de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité (article 348-6 du Code civil français).

Il n'est pas contesté qu'en droit français l'intimée ne peut donc accéder à l'adoption plénière intrafamiliale pour créer un lien de filiation avec L.N., sans rompre les liens de filiation d'origine, et ce pour deux motifs insurmontables, à savoir:

- elle n'est pas mariée avec la mère de l'enfant,
- celle-ci refuse de donner son consentement à une telle adoption.

3. En droit belge, depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} avril 2017 de la loi du 20 février 2017¹, l'adoption plénière intrafamiliale qui ne rompt pas les liens de la famille d'origine est légalement possible à l'égard de l'enfant du conjoint, du cohabitant ou de l'ancien partenaire de l'adoptant, à l'égard duquel un engagement parental commun existe (art. 344-3 juncto 356-1 al.3 du Code civil belge).

En outre, si cette adoption requiert le consentement du parent avec lequel la filiation est établie, le juge peut passer outre le refus de consentement s'il estime celui-ci abusif, étant entendu que le caractère abusif est apprécié au regard de l'intérêt de l'enfant (article 348-11 du Code civil belge).²

Le débat se porte donc sur l'application du dernier alinéa de l'article 67, cité ci-dessus, lequel permet à la juridiction belge d'écarter le droit français et d'appliquer le droit belge, s'il est constaté que le droit étranger nuit manifestement à l'intérêt supérieur de l'adopté.

Il n'est pas contesté que l'intimée a des liens étroits avec la Belgique puisqu'elle y réside sans discontinuer depuis 15 ans, y a fait ses études, y exerce sa profession de kinésithérapeute et ne manifeste aucune intention de retourner vivre dans son pays d'origine et que, dans ces conditions, le juge est autorisé à envisager l'application de cette clause d'exception.

Par conséquent, le débat porte sur deux obstacles mis à l'adoption dans le cas d'espèce, qui sont:

¹ Loi du 20 février 2017, modifiant le Code civil, en ce qui concerne l'adoption, *M.B.*, 22 mars 2017, entrée en vigueur le 1er avril 2017.

² Au passage, la cour s'interroge sur la compatibilité du second alinéa de l'article 358 du Code civil (« *Il ne peut être établi d'adoption plénière en Belgique que si le consentement de l'enfant et ceux de sa mère, de son père ou de son représentant légal, lorsqu'ils sont requis, ont été donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et ses père et mère* ») avec les nouvelles dispositions qui autorisent l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, du cohabitant ou de l'ancien partenaire sans rupture du lien d'origine.

- en premier ordre, le droit français qui ne permet pas l'adoption plénière intrafamiliale de l'enfant d'un ancien partenaire, obstacle que le juge pourrait écarter s'il estime son application manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant,
- en second ordre, le refus de la mère qui, en droit belge, pourrait être écarté s'il est jugé abusif, étant entendu que le caractère abusif est apprécié au regard de l'intérêt de l'enfant.

4. L'intimée fait valoir que le premier obstacle, étant le contrôle du juge dans le cadre de l'article 67 al. 3 du CODIP, ne pourrait se limiter à un seul contrôle marginal, estimant que cela serait contraire au prescrit de l'article 22*bis* de la Constitution et à l'article 3.1. de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant qui disposent que « *dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale* ». L'intimée forme donc, à titre subsidiaire, une demande tendant à poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

Le fait que l'appréciation mentionne l'adverbe « *manifestement* » pour le premier et non pour le second des deux obstacles identifiés ci-dessus, n'empêche pas qu'il s'agisse dans les deux cas d'appréciations « *en négatif* » de non-contrariété à l'intérêt de l'enfant (tantôt de l'application du droit étranger, tantôt du refus du parent).

Dans les deux cas, la considération de l'intérêt de l'enfant est bel et bien présente et la mission du juge n'est pas en opposition aux exigences de la Constitution et de son article 22*bis*.

Dans l'examen « *en négatif* » de la non-contrariété à l'intérêt supérieur de l'enfant, l'adverbe « *manifestement* » apparaît à divers endroits dans le droit belge (par exemple dans les articles 1253*ter*/2, al.5 et 1253*ter*/3, § 3 du Code judiciaire, pour l'homologation d'un accord des parties). Il s'agit là simplement d'admettre que la notion d'intérêt de l'enfant n'est pas une norme précise, peut recouvrir différentes réalités, présente un caractère évolutif et culturel, voire une part de subjectivité, contient sa part d'incertitude qui n'est pas compatible avec des positions catégoriques et des affirmations péremptoires et que, pas plus que le législateur dans son travail normatif collectif (qui doit appréhender toutes les complexités diverses des vies familiales contemporaines), le juge chargé d'apprécier cette notion dans les causes particulières ne détient la vérité absolue et la connaissance de l'avenir. La systémique relationnelle humaine et les aléas des vies particulières ne sont pas des sciences exactes.

L'intimée invoque deux arrêts de la Cour constitutionnelle dans lesquels il est dit qu'en limitant le contrôle du juge à ce qui est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, l'article 329*bis*, § 2 du Code civil violait l'article 22*bis*, al. 4 de la Constitution.³

La disposition incriminée dans ces arrêts concerne le contrôle judiciaire du refus de la mère de donner son consentement à la reconnaissance de l'enfant par son père biologique. Devant l'incertitude du critère de l'intérêt de l'enfant, l'on peut voir, dans cette disposition qui ne laisse au juge qu'un pouvoir de contrôle marginal, un crédit/avantage particulier laissé à l'appréciation de la mère, ce qui rompt l'égalité des armes dans un débat contradictoire entre les deux parents biologiques.

La situation est différente dans les articles 1253*ter*/2, al.5 et 1253*ter*/3, § 3 du Code judiciaire qui contiennent également le concept de contrôle marginal « *en négatif* ». Le crédit laissé par le législateur se porte ici sur l'appréciation commune des parties lorsqu'elles ont conclu un accord et nul ne douterait, dans cette hypothèse, de ce que le législateur a respecté la Constitution en ne prévoyant un contrôle judiciaire de l'intérêt de l'enfant qu'« *à la marge* » sans obliger le juge à procéder à un examen approfondi de l'espèce en vue de substituer sa propre appréciation à celle des parents.

³ C.Const., 2 juillet 2015, n°101/2015 et n° 102/2015.

Il en est de même dans l'article 67 al.3 du CODIP, le crédit accordé par le législateur belge étant, cette fois, adressé au législateur étranger. L'essence même des règles de conflit de lois invite à donner ce crédit au droit étranger et appelle à regarder les règles de droit matériel avec les lunettes du juge de l'autre Etat sans considérer d'emblée son propre droit matériel comme étant l'échelle de mesure de l'admissibilité d'une norme, que ce soit sous le vocable de l'intérêt de l'enfant ou celui de l'ordre public international.

La cour estime par conséquent qu'il n'y a pas lieu de poser de question préjudicielle à la Cour constitutionnelle avant d'entamer l'examen marginal prévu par l'article 67 al. 3 du CODIP.

5. Le premier juge a estimé devoir faire application de la clause d'exclusion du droit étranger. En effet, il a considéré que dans les circonstances de l'espèce, l'application du droit français nuirait manifestement à l'intérêt supérieur de l'enfant L.N. puisqu'il créerait à l'égard de l'enfant une situation déséquilibrée entre la mère biologique, seule titulaire des prérogatives découlant de l'autorité parentale, et la seconde partie prenante au projet parental, fragilisée dans son rôle éducatif.

Le premier juge considère que « *L.N. a intérêt à bénéficier d'un second lien de filiation lui conférant des droits qu'elle ne pourrait revendiquer autrement mais qu'elle peut aussi légitimement prétendre à occuper une place dépourvue de toute ambiguïté entre les adultes qui l'entourent et qui revendiquent un rôle à jouer auprès d'elle* ».

Le premier juge relève la confusion qui pourrait naître dans la configuration actuelle dans la mesure où L.N. évolue dans le foyer recomposé de l'appelante et sa nouvelle compagne et constate que la filiation adoptive est la seule option pour créer un lien juridique entre l'intimée et l'enfant « *puisque le mariage avec sa mère est à l'évidence exclue et que l'intimée n'est pas dans les conditions légales pour obtenir rapidement la nationalité belge* ».

Le ministère public, dans son avis oral à l'audience de la cour, a constaté que la problématique est controversée et a appuyé la thèse de l'intimée tendant à la confirmation du jugement, estimant que la question identitaire, à savoir le projet parental commun, est préalable à la question du rapport conflictuel des parties.

6. La cour estime que la problématique posée appelle une analyse plus approfondie.

A titre préliminaire, elle entend relever que l'article 357 du Code civil dispose que « *Quel que soit le droit applicable à l'établissement de l'adoption, les conditions visées à l'article 344-1 doivent être remplies et l'adoptant ou les adoptants doivent être qualifiés et aptes à adopter.* » et garder à l'esprit que l'article 344-1 rappelle que « *Toute adoption doit se fonder sur de justes motifs et, si elle porte sur un enfant, ne peut avoir lieu que dans son intérêt supérieur et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international.* »

L'on remarquera que ces dispositions concernent la décision d'accorder l'adoption pour un juste motif et dans l'intérêt de l'enfant mais ne sont pas déterminantes pour savoir si une norme qui fait obstacle à une adoption et donc le refus de l'accorder est pour autant contraire à cet intérêt.

L'article 22 de la Constitution belge et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantissent à chacun le droit au respect de sa vie privée et familiale. La cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt « *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* » a déclaré que : « *là où l'existence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, l'État doit agir de manière à*

permettre à ce lien de se développer et accorder une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille».⁴

Il a été maintes fois admis néanmoins que ces dispositions ne garantissent pas le droit d'adopter.

Envisager l'application de l'alinéa 3 de l'article 67 du CODIP n'implique pas pour le juge de comparer la valeur du droit belge au droit français ni de considérer que, dès lors que le droit français est plus restrictif que le droit belge, il y a lieu de l'écartier pour contrariété à l'intérêt de l'enfant.

En revanche, le juge doit procéder à l'examen *in concreto* de l'effet de l'application de ce droit - et donc de l'absence d'établissement d'un lien de filiation adoptive entre l'enfant et l'intimée - sur l'intérêt de l'enfant dans le cas d'espèce.

Cette clause d'exception doit être interprétée strictement, sous peine de vider de sa substance la règle générale énoncée à l'article 67 al.1er du CODIP.⁵

7. L'on observera que c'est au travers de multiples étapes que la loi belge s'est frayé un chemin pour élargir les possibilités d'établir un lien de filiation dont découlerait l'exercice de l'autorité parentale dans des familles aux diverses configurations,

- par la loi réformant l'adoption (2003),⁶
- en permettant cette adoption par un couple homosexuel (2006),⁷
- en réglementant l'accès à la procréation médicalement assistée (2007),⁸
- en adoptant ensuite la loi sur la comaternité (2014),⁹
- en supprimant encore certains obstacles rencontrés dans les adoptions intrafamiliales (2017).¹⁰

Dans cette évolution, la création de l'idée d'adoption plénière intrafamiliale sans rupture du lien de filiation d'origine a été un des moyens utilisés pour inscrire un enfant dans une famille recomposée et/ou dans une famille composée par un couple homosexuel.

La cour relève dans ce cadre que ce n'est qu'en s'appuyant sur la dernière évolution législative qui était intervenue sous l'impulsion de la Cour constitutionnelle¹¹, qui, à l'époque, n'était en vigueur que depuis 7 mois, que l'intimée a déposé sa requête en novembre 2017 pour revendiquer, en droit belge, un accès à l'adoption plénière de L.N. en sa qualité d'ancienne partenaire de la mère et partie prenante au projet parental.

Les auteurs de la loi du 27 février 2017 estimaient qu'il n'est pas justifié de permettre à la mère ou au père légal de l'enfant de s'opposer, sans motif légitime, à l'adoption par son partenaire avec qui le projet de parentalité homosexuelle avait été prévu au départ, ce qui a amené le législateur à modifier l'article 348-11 du Code civil.

⁴ C.E.D.H., 28 juin 2007, n° requête 76240/01.

⁵ Brux., 21 avril 2010, *R.T.D.F.* 2012/2, p. 375 et s.

⁶ Loi du 24 avril 2003, réformant l'adoption, *M.B.* 16 mai 2003.

⁷ Loi du 18 mai 2006, modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.* 20 juin 2006.

⁸ 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.

⁹ Loi du 5 mai 2014, portant établissement de la filiation de la coparente, *M.B.* 7 juillet 2014.

¹⁰ Loi du 20 février 2017, déjà citée.

¹¹ C.const., 12 juillet 2012, n° 93/2012.

Considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant « est toujours de bénéficier d'un nouveau lien de filiation à l'égard d'une personne qui, malgré la séparation entre les conjoints ou cohabitants, fait tout autant partie de sa vie affective et familiale que sa mère ou son père légal. », ¹² la proposition élargit en outre à l'ancien(ne) partenaire la possibilité d'une adoption plénière intrafamiliale sans rupture de lien avec la famille d'origine.

Cependant, dans l'exposé des auteurs, il est précisé que dans ce cas, malgré tout, le juge devrait, contrairement aux autres cas d'adoption intrafamiliale, être éclairé par une enquête sociale afin de mieux comprendre les motivations du candidat adoptant. Cette distinction n'a certes pas été retenue dans le texte adopté par le Parlement, mais elle démontre qu'il n'est pas déraisonnable de considérer que la situation de l'ancien partenaire n'est pas totalement la même que celle du partenaire, voire que la situation d'un couple qui forme une seule et même famille n'est pas la même que celle du couple éclaté et qu'il peut être nécessaire de nuancer l'affirmation catégorique des auteurs citée ci-dessus selon laquelle il serait « toujours » dans l'intérêt supérieur de l'enfant de bénéficier du nouveau lien de filiation.

8. L'on observera en outre que, si par la loi du 20 février 2017 le législateur belge a déplacé les limites posées à l'accès à l'adoption, il ne les a pas supprimées puisque toute une série de conditions sont maintenues dans la loi. ¹³

Ainsi, dans tous les systèmes de droit, qu'ils soient plus ou moins progressistes, des limites sont posées à l'institution de l'adoption, ce qui implique qu'il y aura toujours des situations situées hors des limites pour lesquelles il n'est pourtant pas exclu que l'intérêt de l'enfant et de justes motifs commandent de créer un cadre légal pour protéger une relation particulière avec un tiers.

Or, l'institution de l'adoption n'est pas destinée à régler tous les problèmes qui peuvent se poser dans le domaine de la protection des liens privilégiés entre un adulte et un enfant.

« Il convient de distinguer; ou sein des constellations familiales nouvelles, les relations qui supposent la consécration d'un lien juridique de filiation et celles dans lesquelles la protection par le droit d'une relation personnelle privilégiée est ou devrait être organisée. » ¹⁴

Dans la doctrine, il est question de protections conférées par l'article 375bis du Code civil, l'article 287bis du Code civil, et les évolutions prétoriennees données à ces dispositions, ¹⁵ les fonctions de beau-parentalité et les réflexions *de lege ferenda*. ¹⁶ Ainsi la doctrine distingue le concept de « parenté » et de « parentalité » et relève que les liens de parentalité, qui ne cessent d'augmenter et de se diversifier, ne font l'objet d'aucun encadrement légal à ce jour en Belgique, si ce n'est via l'adoption, procédure qui modifie la filiation. ¹⁷ La question de la parentalité pose la question de la dissociation entre filiation et autorité parentale.

« Il existe une réelle difficulté pour le droit belge actuel à définir les effets juridiques que pourraient ou devraient avoir d'autres liens familiaux que ceux qui sont issus de la filiation. Par voie de conséquence,

¹² Proposition de loi, exposé des motifs, Doc. 54 -1152/006, p 5.

¹³ outre les justes motifs et l'aptitude, il y a des conditions objectives relatives à l'enfant (art. 344-3, 1° et 2°, art. 355 du Code civil), à l'adoptant (art. 345 du Code civil), au parent légal (art.356-1 du Code civil) au lien entre les deux, au consentement (art. 348-2, 348-3, 348-4 du Code civil).

¹⁴ S. Cap et J. Sosson, « La place juridique du tiers au lien de filiation », *Filiation et parentalité*, Actes du XIIIème colloque de l'association « Famille et Droit », Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, Bruylant, 2014, p. 267.

¹⁵ *Ibid.*, p. 294-295.

¹⁶ *Ibid.*, p. 308.

¹⁷ C. Herbrand et N. Gallus, « La parentalité sous l'angle du droit et de la sociologie : évolution, enjeux et régulations », *Filiation et parentalité*, actes du XIIIème colloque de l'association « Famille et Droit », Louvain-la-Neuve, 29 novembre 2013, Bruylant, 2014, p. 214.

parce qu'elle est la seule « notion » ou « catégorie » connue du droit et clairement organisée dans ces conditions et dans ses effets, la filiation a tendance à être mobilisée aussi là où il faudrait sans doute que notre droit parvienne à faire une place à part à des liens et à des rôles qui justement, ne relèvent pas de ce statut. »¹⁸

De même, l'on a pu lire que la question identitaire et le droit de l'enfant à son histoire, qui recouvrent d'une part le fait biologique et d'autre part les circonstances de sa conception, n'entraînent pas nécessairement un droit au lien juridique de parenté.¹⁹

En conclusion de cette analyse, la cour estime devoir partir du postulat que, si l'enfant a des droits qu'il convient de protéger, il n'existe pas pour l'enfant un droit ni à la bi-parenté, ni au double lien de filiation mais qu'il appartient au législateur de veiller à organiser ces protections, dans les formes qu'il estime adéquates en posant les choix éthiques qu'il estime corrects, choisissant les moyens qu'il entend mettre en place pour atteindre les objectifs qu'il vise, et non au juge de déplacer au cas par cas, de façon prétorienne, les limites de l'institution légale de la filiation (que ce soit par reconnaissance ou par adoption) au nom de l'intérêt de l'enfant, au motif qu'il n'existe pas d'autres solutions protectrices légales.

9. Quant à la règle de conflit des lois, l'intimée critique d'une part le critère retenu de la nationalité comme facteur de rattachement, ce à quoi la cour répond qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur.

D'autre part, l'intimée relève que l'intention du législateur de 2004, en rédigeant l'article 67 du Code de droit international privé, était de favoriser l'adoption. Ce faisant, elle oublie qu'il s'agissait à l'époque de l'institution de l'adoption dans son sens historique, entendu comme un moyen de donner une famille à un enfant qui n'en a pas et non pas conçu pour donner un enfant à une famille, dans le sens de l'utilisation faite de cette institution dans les situations familiales multiples visées par les évolutions législatives postérieures.

Avec pertinence, la doctrine a posé la question de savoir si le refus de l'adoption par la législation étrangère alors que l'adoption serait autorisée en droit belge constitue nécessairement une violation manifeste de l'intérêt de l'adopté.²⁰

La cour relève que dans les causes commentées par cette doctrine, dans lesquelles le juge a écarté l'application du droit étranger au profit du droit belge, contrairement au cas d'espèce, l'adoption envisagée ne se heurtait à aucun obstacle en droit belge puisque, outre les conditions du juste motif et de l'intérêt de l'enfant, les consentements requis étaient donnés et l'adoption consacrait l'existence d'une vie familiale, alors que la famille d'origine de l'adopté était inexistante, voire défailante.

Or, il y a une différence fondamentale entre les adoptions établies dans le cadre d'un projet parental par un couple qui recourt à la procréation médicalement assistée et les adoptions qui concernent les enfants déclarés adoptables dans le respect du principe de subsidiarité.

10. Pour vérifier si l'absence de lien de filiation adoptive entre L.N. et l'intimée violerait manifestement l'intérêt de l'enfant, il convient de relever les particularités objectives de l'espèce, comme suit.

¹⁸ S. Cap et J. Sosson, *o.c.*, p. 311.

¹⁹ S. Cap et J. Sosson, *o.c.*, p. 311.

²⁰ S. Pfeiff, « L'écartement de la loi étrangère au profit du droit belge en matière d'adoption », observation sous Civ. Liège, jeun., 30 novembre 2007, et Civ. Bruxelles, jeun., 20 novembre 2008, *Rev.dr.étr.* 2009, n°151, p. 709.

- Le couple formé par les parties n'a pas fait les démarches requises pour inscrire leur projet parental commun dans le cadre légal de la double filiation de deux comères. En effet, à l'époque où ce projet parental a été conçu et où l'enfant est né, il eut été possible pour le couple de se marier et d'entamer la procédure d'adoption par l'intimée.²¹ Les pièces établissent que le couple avait pris conseil pour connaître les possibilités et conséquences légales qui gouvernaient, dans leur situation, le recours à la procréation médicalement assistée et n'ignorait donc pas les conséquences de leurs décisions. L'intimée ne démontre pas que ces choix (mariage suivi de l'adoption) auraient été posés ensemble pendant la vie commune afin d'aboutir à la double filiation de L.N., ni le premier ni le second.²² Si tel était certes le souhait de l'intimée, qui avait fait seule une démarche auprès de la direction de l'adoption ACC en avril 2015 pour s'inscrire au cycle de préparation à l'adoption, [...] si la question a été abordée comme en atteste des proches, [...] elle ne démontre pas son affirmation selon laquelle « *il avait toujours été entendu entre les parties qu'elle allait être reconnue officiellement en tant que comère de l'enfant* », ce qui est contesté par l'appelante. L'intimée écrit d'ailleurs que le sujet créait des tensions dans leur couple. [...]
- Pas plus que durant leur vie commune, il n'y a eu, après la séparation du couple, un accord entre la mère et celle qui a participé au projet parental, pour octroyer à L.N. cette double filiation.
- La vie commune a pris fin alors que L.N. n'avait que 14 mois.
- L'enfant vit dans le foyer familial de sa mère et de la nouvelle compagne de celle-ci au sein duquel la prise en charge de l'enfant n'est pas problématique, de sorte que

l'enfant bénéficie d'un lien de filiation qui consacre une vie familiale sécurisée et conforme à ses besoins. Ainsi, l'adoption préconisée est motivée par l'idée d'attacher l'enfant par un lien de même nature à un second foyer de manière simultanée, ce qui est différent des autres cas rencontrés dans la jurisprudence.

11. L'on a vu comment le droit de la filiation évolue vers l'idée que l'établissement d'un lien de parenté « *relève de la volonté des personnes de consacrer ab initio une maternité qui ne correspond pas nécessairement à la réalité biologique* ». ²³

Même si le législateur belge a, par l'adoption successive de la loi organisant la PMA (2007), la loi sur la comaternité (2014) et la loi récente de 2017, créé un édifice législatif aux termes duquel il suffit de concrétiser le projet parental dans une convention faite sous la responsabilité de l'équipe médicale chargée d'informer les couples postulant leur aide procréative pour que cette convention devienne le soutien de la création d'un lien de parenté qui produira des effets juridiques fondamentaux et irréversibles, dont les risques sont pointés par la doctrine,²⁴ il n'est pas manifestement contraire à l'intérêt d'un enfant de veiller à ce que cette volonté soit exprimée explicitement par les démarches du mariage et de l'adoption, comme prévu actuellement dans le droit français.

L'accroissement de la place de la volonté en matière de filiation,²⁵ amène logiquement à considérer que lorsque la volonté commune d'établir le lien de filiation est absente, tant au moment du projet

²¹ Au regard de l'article 62 du CODIP qui imposait la loi française, l'intimée ne pouvait pas bénéficier de la loi sur la comaternité.

²² Cette espèce se distingue dès lors des faits qui sont à la base des arrêts de la Cour constitutionnelle, dans lesquels les parties avaient entamé ensemble les démarches pour que le lien de filiation adoptive soit établi, avant que ne naisse le conflit : C.const., 12 juillet 2012, n° 93/2012 et n° 94/2012.

²³ M. Demaret et E. Langenaken, « La loi portant établissement de la filiation de la comparante : bien dire et laisser faire... », *R.T.D.F.* 2015, p. 464 (455).

²⁴ *Ibid.*, p. 467.

²⁵ N. Gallus, *Le droit de la filiation, Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Larcier, 2009.

parental, qu'après la naissance et après la séparation, il y a lieu également de donner du poids à cette absence de volonté.

12. Chacune des parties colore le récit des antécédents selon sa convenance et son vécu subjectif, notamment par les accents mis sur l'implication parentale plus ou moins grande de l'intimée, sur les caractères et les personnalités génératrices de conflits autour de l'enfant et d'autres points de la vie quotidienne, faisant ressembler le débat à n'importe quel autre litige relatif à l'exercice de l'autorité parentale qui forme le quotidien des tribunaux de la famille.

Il n'en demeure pas moins que l'on ne peut contester que la demande d'adoption, introduite à une époque où le couple était déjà séparé, intervient au moment où l'enfant est devenu une arme dans un conflit d'adultes qui dégénère. On observe en effet que c'est au moment où les parties essayeront de s'atteindre mutuellement à travers l'enfant que la demande en adoption va être formalisée. Ainsi, les pièces relèvent qu'à cette époque, l'intimée a fait part à la crèche d'inquiétudes de négligences au sujet de la mère [...] et que l'appelante a menacé de couper les liens entre L.N. et l'intimée, [...] cherchant à déstabiliser l'intimée pour obtenir satisfaction dans le conflit de nature patrimoniale qui les opposait.

L'intimée s'est vue obligée de saisir le tribunal de la famille pour protéger sa relation privilégiée avec L.N. (première procédure fondée sur l'article 375*bis* du Code civil) ce qui a permis de rétablir l'intérêt de l'enfant sur ce point, le lien affectif et l'existence d'une « *vie familiale* » entre les intéressées n'ayant jamais été contesté. Ils sont ainsi garantis.

L'intimée va ensuite s'appuyer sur la nouvelle règle belge en vigueur depuis quelques mois seulement, pour tenter d'obtenir, en passant outre le refus de la mère, ce qu'elle n'a pas pu faire admettre à l'appelante à l'époque de la conception et de la naissance de l'enfant, à savoir l'établissement du lien de filiation.

Elle motive sa démarche par sa volonté d'équilibrer le rapport entre les parties à l'égard de L.N. et de se voir octroyer une autorité parentale équivalente à la mère et la reconnaissance de son investissement auprès de l'enfant dans un rôle parental depuis la naissance.

13. La vie familiale née entre L.N. et l'intimée mérite protection et des figures juridiques peuvent être envisagées pour protéger la relation privilégiée née de la vie familiale entre l'enfant et l'ancienne partenaire de sa mère.

Il est permis de considérer que, si l'octroi d'une double filiation (par l'effet de la loi, par reconnaissance ou par adoption) pour un enfant né et élevé dans une famille homosexuelle a été utilisé comme véhicule juridique pour protéger l'intégration de cet enfant dans cette famille, cette solution paraît nettement moins évidente lorsqu'elle est sollicitée après la rupture familiale dans le cadre d'un conflit entre les adultes et doit servir à équilibrer les armes des antagonistes, faisant de l'enfant potentiellement l'enjeu, voire le levier dont l'on risque de se servir dans le conflit.

L'adoption plénière intrafamiliale qui visait à structurer une composition, voire une recombinaison familiale, est en l'espèce appelée à la rescousse dans une décomposition familiale, contexte qui met en tension la priorité due à l'intérêt de l'enfant et peut amener à confondre celui-ci avec l'intérêt des adultes.

Dans l'application de l'article 67 al. 3, la cour n'a pas à écarter le droit étranger pour corriger une injustice entre les adultes mais uniquement à s'interroger sur la position de l'enfant, dans sa vie actuelle et future, avec ou sans le lien litigieux de filiation adoptive.

L'application du droit français qui mène au refus d'établir un double lien de filiation dans le cas d'espèce permet d'éviter de faire de cette filiation hors lien biologique et après la rupture du couple, un objet de combat entre la mère et son ancienne partenaire.

14. Dans le cas concret de l'espèce, l'application du droit français, en ce qu'il ne permet pas l'adoption de L.N. par l'intimée, ne nuit pas manifestement à l'intérêt de l'enfant.

L'analyse ci-dessus conduit à cette conclusion sans qu'il ne soit opportun d'investiguer davantage autour de l'intérêt de L.N.

La cour se retrouve en effet dans les considérations suivantes : « Le rôle de la justice est de substituer à l'irresponsabilité des adultes l'autorité d'une décision qui ne sera pas idéale car la situation de l'enfant ne l'est pas, mais offrira au moins la sécurité d'une solution compréhensible, lisible, dépourvue d'ambiguïté. Rien ne garantit qu'une situation personnalisée, expertisée donnera une solution plus favorable qu'une autre.

(...) à trop vouloir personnaliser chaque situation, sans outillage adéquat, on produit un droit flou, un droit mou qui ne peut même pas offrir la garantie qu'il est juste. »²⁶

Puisque la cour doit donc appliquer le droit français, il n'y a pas lieu d'examiner le second obstacle qui se présente, à savoir le caractère éventuellement abusif du refus de consentement de la mère de L.N.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR, 41^{ème} chambre de la famille,

Statuant contradictoirement,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Entendu L. Detheux, substitut du Procureur Général, en son avis,

Reçoit l'appel et le déclare fondé,

Réforme le jugement dont appel,

Statuant à nouveau,

Dit pour droit qu'il n'y a pas lieu d'écarter le droit français, applicable à la présente cause conformément à l'article 67 al.1er du Code de droit international privé,

Dit la demande originaire de l'intimée, demanderesse originaire, recevable mais non fondée,

Vu la qualité des parties et eu égard à la nature familiale du litige, compense les indemnités de procédure des deux instances et condamne chacune des parties à la moitié des autres dépens, nonliquidés.

²⁶ N. Massager et J.Sosson, « Filiation et Cour constitutionnelle », *Cour constitutionnelle et droit familial*, Anthémis, 2015, p. 84.

Cet arrêt a été rendu par la 41eme chambre de la cour d'appel de Bruxelles, composée de madame M. de Hemptinne, juge d'appel de la famille et de la jeunesse qui a assisté à toutes les audiences.

Il a été prononcé par madame S. Demars, conseiller, juge d'appel de la famille f.f. désignée par le premier président pour remplacer le juge d'appel de la famille et de la jeunesse au moment du prononcé, assistée de Madame Stéphanie Spurgo, greffier, le 15 février 2019.

Madame M. de Hemptinne se trouve dans l'impossibilité de signer la décision prononcée.

S. Spurg, Greffier

Le Premier Président certifie que madame M. de Hemptinne qui a rédigé l'arrêt, se trouve dans l'impossibilité de signer la décision prononcée.

L. Maes, Premier président.