

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 <sup>re</sup> éd. 2011	<b>Mise à jour</b> Andreas Bucher 16.4.2019
--	---

## Chapitre 4 Filiation

**Art. 66-84**

**5**

10<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : Paradiso, 27.1.2015, § 67, 69.

19<sup>e</sup> ligne : confirme l'arrêt Pini : CEDH, Negrepointis, 3.5.2011, § 54-60, 103, Clunet 2012 p. 213.

29<sup>e</sup> ligne, à la suite de l'arrêt Frette : Harroudj, 4.10.2012, § 47-52, Rev.crit. 2013 p. 146. La Cour a également nié l'existence d'une vie familiale de facto dans le cas d'un enfant né d'une gestation pour autrui, menant à une relation de courte durée entre l'enfant et ses parents d'intention, marquée par la précarité des liens du point de vue juridique (CEDH, Paradiso, 24.1.2017, § 142-158) ; dans cette affaire, le raisonnement apparaît circulaire, étant donné que la famille de fait doit être appréciée préalablement, en tant que notion autonome, avant qu'intervienne l'analyse de l'impact de la qualité juridique du lien.

33<sup>e</sup> ligne, à la suite de l'arrêt Mikulic : Il comprend également le respect du père biologique d'entrer en contact avec l'enfant vivant auprès de sa mère et de son mari, si la naissance résultait d'un projet de famille (qui ne s'est pas concrétisé), l'enfant étant devenu partie de l'identité du père réel (CEDH, Schneider, 15.9.2011, § 79-90, FamPra.ch 2011 n° 70 p. 1010), et d'établir sa paternité (CEDH, Ahrens, 22.3.2012, § 60).

**6**

13<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : Vallianatos, 7.11.2013, § 84.

**7**

8<sup>e</sup> ligne, insérer : Le père doit avoir accès à un moyen lui permettant d'établir légalement sa paternité (CEDH, Kruskovic, 21.6.2011, § 33-44). Il doit pouvoir établir sa paternité à l'égard d'un enfant déjà reconnu par un autre homme, non marié à la mère (CEDH, L.D. et P.K. c. Bulgarie, 8.12.2016, § 62-76).

22<sup>e</sup> ligne : L'ATF 14.4.2011, 5A\_640/2010, c. 3.4.2, est publié *in* ATF 137 I 154 ss, 159. Puis insérer : Il n'y a pas un consensus législatif suffisant pour permettre au père biologique de contester la paternité légale du mari de la mère eu égard à l'art. 8 CEDH, qui pourrait tout au plus fonder un droit de visite et de contact (cf. CEDH, Ahrens, 22.3.2012, § 63-75 ; ATF 144 III 1 ss, 6-9).

24<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 9.6.2017, 5A\_780/2016, c. 6.3, FamPra 2017 n° 60 p. 1131.

In fine : En revanche, même si le père biologique n'a pas pu établir un lien avec l'enfant, vivant dans la famille du mari de la mère, la demande d'entrer en contact avec l'enfant ne peut être refusée d'emblée, sans qu'elle soit examinée sous l'angle de l'intérêt supérieur de l'enfant (CEDH, Schneider, 15.9.2011, § 91-102, FamPra.ch 2011 n° 70 p. 1010).

**7a**

Un nouveau domaine d'intérêt pour l'art. 8 est apparu au sujet de la protection des enfants nés à l'étranger d'une *gestation pour autrui*. Au regard d'une prohibition de contrats de mère porteuse, érigée au rang de principe d'ordre public, comme en France et en Italie, la Cour a relevé qu'il s'impose néanmoins de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité au respect d'un tel choix du législateur et l'intérêt des parties, dont notamment l'intérêt supérieur des enfants au respect de leur vie privée et familiale (CEDH, *Menesson*, 26.6.2014, § 84, et *Labassée*, 26.6.2014, § 63, Clunet 2014 p. 1265). Cet examen porte sur les obstacles concrets rencontrés par les intéressés du fait de la non reconnaissance de la filiation créée du fait d'être né d'une mère porteuse aux Etats-Unis. Lorsque les parents ont pu s'établir et vivre ensemble avec les enfants en France, dans leur pays de domicile, sans courir le risque que les autorités en viennent à vouloir les séparer en raison de leur situation juridique, les difficultés pratiques auxquelles il y a lieu de faire face ne dépassent pas les limites qu'impose le respect de l'art. 8 (*Menesson*, § 87-94). La situation de l'enfant, en revanche, se présente différemment, dès lors qu'elle doit être examinée au regard du droit de l'enfant à établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation ; en l'espèce, le fait que la France refuse de reconnaître une filiation valablement établie en droit californien place l'enfant devant une contradiction juridique portant atteinte à son identité au sein de la société française (§ 96). Le choix par les parents de procéder à une gestation pour autrui, prohibé en droit français, ne peut être opposé à l'enfant. La Cour adopte cependant une position

modérée, étant donné que la méconnaissance de la vie privée de l'enfant n'est constatée qu'au sujet du refus de reconnaître en droit français le lien de filiation à l'égard du père, soit l'un des parents d'intention qui est également le géniteur de l'enfant, en rappelant par ailleurs que le droit français refusait toute solution de substitution, par le biais d'une reconnaissance de paternité, d'une adoption ou par l'effet de la possession d'état (§ 98-101 ; jurisprudence confirmée dans l'arrêt Foulon et Bouvet, 21.7.2016, § 55-58). Sans nier que la relation de l'enfant avec la mère d'intention était également affectée, la Cour ne conclut pas, sur ce point, à une violation de l'art. 8 ; de ce fait, la portée de l'arrêt apparaît relativement limitée. Il aurait paru préférable de faire un pas de plus et de reconnaître que l'art. 8 impose la reconnaissance du statut de l'enfant dans sa cellule familiale complète, comprenant le lien avec celle qui est, selon l'acte d'état civil californien, sa mère. Le Tribunal fédéral s'est aligné sur cette jurisprudence en acceptant la paternité du père génétique d'un enfant né en Californie d'une mère porteuse, mais en refusant le lien de filiation créé en Californie et constaté par un jugement par rapport à son partenaire n'ayant aucun lien génétique avec l'enfant (cf. ATF 141 III 312 ss, 323-327).

#### **7b**

Dans l'affaire *Paradiso*, la Cour, constituée en Grande Chambre, a renversé un arrêt de chambre et refusé de protéger un rapport de parenté de pur fait, l'enfant étant né d'une gestation pour autrui et sa filiation constatée faussement, tant pour la mère que pour le père (à la suite d'une confusion des spermés), dans un certificat de naissance délivré par les autorités russes, certificat non reconnu par les autorités italiennes qui ont décidé d'éloigner l'enfant de ses prétendus père et mère et de le remettre à la charge des services sociaux (arrêt du 24.1.2017). En l'espèce, les autorités italiennes avaient conclu à l'incapacité des requérants d'éduquer l'enfant au motif qu'ils avaient contourné la loi sur l'adoption ; elles ont laissé l'enfant sans citoyenneté et sans nouvelle identité pendant plus de deux ans. L'arrêt de chambre, du 27.1.2015, avait estimé que l'ordre public ne doit pas passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, « car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'Etat indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre » (§ 80). La Grande Chambre a jugé, par contre, que l'intérêt général en jeu devait peser lourdement, car laisser les requérants prendre soin de l'enfant durablement reviendrait à légaliser une situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien (§ 185-215). Il n'empêche qu'en définitive, l'enfant, dont la qualité des relations avec ses parents de fait n'était pas mise en doute, devait subir la sanction du comportement de ceux-ci et la mise en œuvre d'un intérêt général qui ne l'affecte aucunement, ni à présent ni dans le futur.

#### **7c**

L'affaire *Mennesson* a donné à la Cour l'occasion de développer sa position, à travers le nouvel instrument (fondé sur le Protocole n° 16, non ratifié par la Suisse) d'une demande d'avis consultatif formulée par la Cour de cassation française. Etant rappelé qu'en l'espèce, le père d'intention était reconnu comme le père de l'enfant du fait de son lien biologique, la question portait cette fois sur la possibilité pour la mère d'intention de faire reconnaître en France le lien de filiation constaté dans l'acte étranger (californien) alors que l'enfant n'était pas issu de ses gamètes, mais d'une tiers donneuse. Constatant que l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention (la mère « légale ») entraînait des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l'enfant au respect de la vie privée (§ 40), la Cour considère que l'impossibilité générale et absolue d'obtenir une telle reconnaissance n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 46). Le droit national doit offrir une telle possibilité de reconnaissance, comme il doit d'ailleurs le faire, *a fortiori*, lorsque l'enfant a été conçu avec les gamètes de la mère d'intention (§ 47). Toutefois, ce droit de l'enfant ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription à l'état civil de l'acte légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que celle-ci ait lieu dans des conditions garantissant l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre (§ 48-58).

#### **9**

15<sup>e</sup> ligne, insérer : Avant d'ouvrir une procédure d'adoptabilité, les autorités doivent prendre des mesures concrètes pour permettre à l'enfant de renouer des liens avec son père, incarcéré à tort, puis acquitté, qui ne s'en est jamais désintéressé (CEDH, *Akinnibosun*, 16.7.2015, § 74-85).

#### **10**

14<sup>e</sup> ligne, ajouter à la phrase relative à l'arrêt *Zaunegger* : cette situation étant différente de celle d'un père divorcé qui prétend que l'autorité parentale lui soit attribuée, en étant placé, en vertu de l'art. 138 CCS, sur pied d'égalité avec la mère (ATF 30.3.2012, 5A\_540/2011, c. 3, non publié in ATF 138 III 348 ss ; CEDH, *Buchs*, 27.5.2014, § 52-56 ; ATF 23.7.2014, 5A\_92/2014, c. 2.4).

27<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : *Nowakowski*, 10.1.2017, § 80-97.

29<sup>e</sup> ligne, insérer ; Le risque que le père voudra transmettre ses convictions religieuses n'est pas suffisant

(CEDH, Vojnity, 12.2.2013, § 31-41).

In fine, ajouter : L'autorité viole l'art. 8 CEDH si, suite à l'expulsion de la mère, elle procède à une adoption sans déployer des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit du père au regroupement avec son enfant (CEDH, K.A.B., 10.4.2012, § 103-117). Le droit de vivre ensemble peut empêcher l'expulsion du père dans son pays d'origine, le Nigéria, s'il n'existe pas d'autre solution pour conserver le contact avec ses enfants en Suisse (CEDH, Udeh, 16.4.2013, § 46-55, critiqué bien maladroitement dans l'ATF 139 I 325 ss, 328 ; sur les conditions de l'octroi de l'autorisation de séjour au regard de l'art. 8 CEDH : ATF 144 I 91 ss, 96-99).

## 11

4<sup>e</sup> ligne, insérer : Laisser la mère étrangère, disposant de l'autorité parentale, batailler pendant six ans devant les tribunaux suisses pour obtenir un droit de contact autre que téléphonique avec son enfant enlevé par son père en Suisse, suivi de l'octroi d'un droit de visite alors qu'on lui refuse une autorisation de séjour pendant encore deux ans, viole l'art. 8 CEDH (CEDH, Polidario, 30.7.2013, § 68-78).

7<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : N.TS. c. Georgia, 2.2.2016, § 72.

18<sup>e</sup> ligne, insérer : L'Etat a l'obligation de prendre toutes les mesures pratiques que l'on peut raisonnablement exiger de lui compte tenu des circonstances ; dans ce contexte, la médiation civile constitue une aide utile à une coopération de l'ensemble des personnes concernées (CEDH, Cengiz Kilic, 6.12.2011, § 126-135).

In fine, ajouter : Raw, 7.3.2013, § 51 s.

## 12

4<sup>e</sup> ligne, ajouter aux arrêts cités : Mitzinger, 9.2.2017, § 32.

6<sup>e</sup> ligne : L'art. 1 du Protocole n° 1 (non ratifié par la Suisse) relatif au respect des biens peut également jouer un rôle (cf. CEDH, Östürk, 13.10.2009, § 45-56, Rev.crit. 2010 p. 498 ; Négrépontis, 3.5.2011, § 96, 101-105, Rev.crit. 2011 p. 889, Clunet 2012 p. 213 ; Fabris, 7.2.2013, § 48-55 ; Wolter et Sarfert, 23.3.2017, § 57-65).

13<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'arrêt Camp et Burini : Mannesson, 26.6.2014, § 98.

15<sup>e</sup> ligne, ajouter : Fabris, § 56-75, sous l'angle du Protocole n° 1.

In fine, ajouter : Cela ne s'applique pas, cependant, à l'hypothèse d'un couple homosexuel lié par un pacs dont l'un des partenaires souhaite adopter l'enfant biologique de l'autre sans que celui-ci ne perde l'autorité parentale, étant donné que cette situation n'est pas, pour la Cour, comparable à celle des couples mariés auxquels le mariage confère un statut particulier (CEDH, Gas et Dubois, 15.3.2012, § 64-73). En revanche, l'art. 14, combiné avec l'art. 8, est violé si une adoption coparentale est frappée d'une interdiction absolue pour un couple homosexuel (sans que l'intérêt de l'enfant et le bien-fondé de la demande d'adoption soient vérifiés), tandis qu'elle est accessible à un couple hétérosexuel non marié, la différence de traitement étant fondée uniquement sur l'orientation sexuelle des partenaires (CEDH, X. c. Autriche, 19.2.2013, n° 111-153, ILM 2014 p. 623).

## Bibliographie

### LDIP :

EVA MARIA BELSER/ALEXANDRA JUNGO, Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit, Das Recht auf Achtung des Kinderwunsches und seine Schranken, RDS 135 (2016) I p. 175-224 ; NORA BERTSCHI, Leihmutterschaft, Berne 2014 ; ANDREA BÜCHLER/NORA BERTSCHI, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, FamPra.ch 14 (2013) p. 33-56 ; ANDREA BÜCHLER/LUCA MARANTA, Leihmutterschaft im internationalen Verhältnis : Der aktuelle Stand in der Schweiz, FamPra.ch 16 (2015) p. 354-369 ; THOMAS GEISER, Leihmutterschaft und Ordre public, in Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 807-815 ; SUSANNE LILIAN GÖSSL, Materialprivatrechtliche Angleichung der personalrechtlichen Eintragung bei hinkenden Statusverhältnissen, IPRax 35 (2015) p. 273-277 ; MARYSE JAVAUX VENA/JOËLLE SCHICKEL-KÜNG, Liens de filiation étrangers et leur réception en droit suisse, in La famille dans les relations transfrontalières, Symposium Fribourg 2013, Genève 2013, p. 131-152 ; PHILIPPE MEIER, L'enfant en droit suisse: quelques aspects de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, FamPra.ch 14 (2013) p. 255-310 ; TIFFAINE STEGMÜLLER, Tourisme procréatif et reconnaissance des liens de filiation : la jurisprudence embryonnaire de la CourEDH et du TF, in L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, Genève 2016, p. 133-156 ; CHRIS THOMALE, Anerkennung kalifornischer Leihmutterschaftsdekrete in der Schweiz, IPRax 36 (2016) p. 177-181 ; LISA TUROLLA, Die Anerkennung ausländischer Kindesverhältnisse in Leihmutterschaftsfällen, SJZ 112 (2016) p. 393-399.

### Droit international privé étranger et comparé :

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por substitución, in Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegria Borrás, Madrid 2013, p. 77-90 ; BERTRAND ANCEL, L'épreuve de vérité, Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestion pour autrui délocalisée, Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Paris 2012, p. 1-9 ; MATHIAS AUDIT, Bioéthique et droit international privé, RCADI 373 (2014) p. 217-447 ; CHRISTOPH BENICKE, Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft, StAZ 66 (2013) p. 101-114 ; KATHARINA BOELE-WOELKI, (Cross Border) Surrogate Motherhood : We Need to Take Action Now !, in Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 47-58 ; CRISTINA CAMPIGLIO, Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali : il ruolo creativo della giurisprudenza, RDIPP 50 (2014) p. 483-516 ; DAGMAR COESTER-WALTJEN, Justizielle Zusammenarbeit, ein Allheilmittel gegen « Justizkonflikte » - auch bei der Abstammung ?, in Festschrift für Rolf Stürner, t.

2, Tübingen 2013, p. 1197-1207 ; IAN CURRY-SOMMER/MACHTELD VONK, Dutch Co-Motherhood in 2014, *in* The International Survey of Family Law 2014, p. 361-376 ; ALEXANDER DIEHL, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, Frankfurt a.M. 2014 ; MARCELLA DISTEFANO, Maternità surrogata ed interesse superiore del minore : une lettura internationalprivatistica su un difficile *puzzle* da ricomporre, *GenUS* 2 (2015) n° 1 p. 160-173 ; KONRAD DUDEN, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Tübingen 2015 ; MARTIN ENGEL, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, *ZEuP* 22 (2014) p. 538-561 ; HUGUES FULCHIRON, La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?, *Clunet* 141 (2014) p. 563-588 ; DANIEL GRÜNBAUM, Foreign Surrogate Motherhood : mater semper certa erat, *AJCL* 60 (2012) p. 475-505 ; JAN VON HEIN/DIETER HENRICH, Art. 19-24 EGBGB, *ErwSÜ* (Internationales Kindschaftsrecht, Erwachsenenschutzübereinkommen), I. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 2014 ; OLIVIA LOPES PEGNA, Riforma della filiazione e diritto internazionale privato, *RDI* 47 (2014) p. 394-418 ; BRIGITTA LURGER, Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot, *IPRax* 33 (2013) p. 282-289 ; ANIL/RANJIT MALHOTRA, Surrogacy for Single and Unmarried Foreign Persons : A Challenge under Indian Law, *in* The International Survey of Family Law 2014, p. 165-179 ; NATHALIE MATHIEU, Séparation des parents et garde d'enfant, Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 24 (2013), n° 93, p. 39-63 ; CLAUDIA MAYER, Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterschaftsfällen, *RabelsZ* 78 (2014) p. 551-591 ; IDEM, Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterschaftsfällen, *IPRax* 34 (2014) p. 57-62 ; PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood, *YPIL* 12 (2010) p. 619-637 ; ILARIA PRETELLI, Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée, *Rev.crit.* 104 (2015) p. 559-578 ; TEUN STRUYCKEN, Surrogacy, a New Way to Become a Mother ?, *in* Le 90<sup>e</sup> anniversaire de Boutros Boutros-Ghali, La Haye 2012, p. 235-254 ; CHRIS THOMALE, Anerkennung ukrainischer Leihmutterschafts-basierter Geburtsurkunden in Italien, *IPRax* 36 (2016) p. 493-498 ; IDEM, Das Kindeswohl ex ante - Strassburger zeitgemässe Betrachtungen zur Leihmutterschaft, *IPRax* 37 (2017) p. 583-590 ; JOHN TOBIN, To Prohibit or Permit : What is the (Human) Right Response to the Practice of International Commercial Surrogacy ?, *ICLQ* 63 (2014) p. 317-352 ; SARA TONOLO, La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata : ordine pubblico e interesse del minore, *RDIPP* 50 (2014) p. 81-104 ; KATARINA TRIMMINGS/PAUL BEAUMONT (éd.), *International Surrogacy Arrangements*, Oxford 2013 ; IDEM, *International Surrogacy Arrangements : An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level*, *JFIL* 7 (2011) p. 627-647 ; SPYRIDON VRELLIS, La légitimation d'un enfant né hors mariage : une institution en déclin, *Regards comparatifs sur le droit matériel et les conflits de lois, Revue hellénique de droit international* 61 (2008) p. 711-733.

#### Art. 66

5

9<sup>e</sup> ligne, insérer avant les auteurs cités : ATF 14.5.2012, 5A\_609/2011, c. 4.2.1.

9

In fine, ajouter : Une hypothèse de « consorité interne » à l'occasion d'une situation internationale peut se produire lorsqu'au moment de l'introduction de l'instance, l'enfant est sans résidence du fait qu'il n'est pas encore né (cf. ATF 14.5.2012, 5A\_609/2011, c. 4.2.2).

#### Art. 68

19

In fine, ajouter : En principe, le père et mari de la mère qui tarde à contester la paternité ne peut effacer celle-ci en invoquant l'ordre public suisse (ATF 9.6.2017, 5A\_780/2016, c. 6, *FamPra.ch* 2017 n° 60 p. 1131).

20

5<sup>e</sup> ligne, ajouter : *Verwaltungsgericht ZH, FamPra.ch* 2016 n° 42 p. 750.

22

4<sup>e</sup> ligne, remplacer « art. 44 al. 2 » par : art. 44 et 45

11<sup>e</sup> ligne, à la suite de l'arrêt du 10.2.1993 : arrêt suivi d'un autre du 26.10.2011, qui ne mentionne plus cet élément de rattachement à la France (*Clunet* 2012 p. 176).

24a

On observera cependant que l'évolution récente manifeste un certain recul à l'égard d'un droit absolu de l'enfant à connaître et à établir le lien avec son père. Un arrêt a permis à un père non biologique de reconnaître l'enfant (*Obergericht AG, FamPra.ch* 2013 n° 37 p. 546). De plus, la nouvelle législation sur l'autorité parentale (FF 2013 p. 4229) a supprimé l'art. 309 CCS, qui exigeait de l'autorité depuis 35 ans d'agir d'office en paternité lorsqu'un enfant est sans père ; une telle intervention n'aura lieu plus qu'en vertu de l'art. 308 CCS, « lorsque les circonstances l'exigent ». Certes, lorsqu'en définitive, l'enfant se trouve sans père, cela viole son droit fondamental à connaître son ascendance (malgré les affirmations erronées du Conseil fédéral, FF 2011 p. 8346), mais il semble bien que l'ordre public suisse en sort affaibli. Un arrêt récent tente de redresser la situation, approuvant la nomination d'office d'un curateur afin de constater la filiation paternelle et de protéger les intérêts patrimoniaux lorsque la mère n'entend pas révéler l'identité du père (ATF 142 III 545 ss). Cependant, le Tribunal fédéral n'a pas toujours réagi avec la même rigueur (cf. l'ATF 3.12.2014, 5A\_684/2014, acceptant

le placement d'enfants auprès de tiers, alors que le père biologique étranger a été empêché de procéder à leur reconnaissance et qu'après le décès de la mère, la tutrice n'a rien fait d'utile pour soutenir le père dans ses démarches ou pour agir en paternité).

#### **24b**

La rigueur du droit suisse dans l'accès à l'action au désaveu se répercute également sur l'appréciation de l'ordre public suisse s'agissant de l'intérêt manifesté par le père biologique à agir en désaveu afin de se substituer au père légal, mari de la mère, sans lien génétique avec l'enfant. Le tiers géniteur n'étant pas légitimé à constater cette paternité (ATF 144 III 1 ss), il ne trouvera aucun appui dans l'ordre public suisse si la loi étrangère ne le soutient non plus.

#### **26**

6<sup>e</sup> ligne, ajouter comme référence : Büchler/Bertschi, FamPra.ch 2013 p. 47-52. Puis insérer : L'enfant issu d'une telle naissance jouit de la protection de sa vie familiale selon l'art. 8 CEDH (cf. ATF 135 I 143 ss, 148-153).

Corriger in fine : RS 810.11 (et non 814.90), puis ajouter : L'action en paternité ne peut prospérer si l'insémination a eu lieu dans un pays étranger qui protège l'anonymat du donneur ; la désignation d'un curateur chargé de faire constater la paternité n'a alors pas de sens (cf. Tribunal cantonal VD, JdT 2011 III p. 50).

### **Art. 70**

#### **2**

In fine, ajouter : Le contenu de la décision peut porter sur un lien de filiation inconnu du droit suisse, pourvu que l'on se situe dans les limites de l'ordre public, comme c'est le cas de la paternité génétique de l'enfant né d'une mère porteuse (cf. ATF 141 III 312 ss, 316, 328 ss, 336).

#### **3**

L'art. 70 porte sur la reconnaissance de décisions et non sur celle d'actes d'état civil (contrairement à l'avis de Büchler/Bertschi, FamPra.ch 2013 p. 44). L'acte étranger de naissance doit être transcrit sans vérification d'une compétence indirecte. Il jouit d'une valeur probante en Suisse, qui ne va pas plus loin que les actes suisses analogues (cf. art. 33 n° 17-19). S'agissant de la question des effets à donner à une décision étrangère constatant la filiation de parents ayant procédé à une maternité de substitution, l'art. 70 est lacunaire. On ne saurait se contenter de la simple présence de l'enfant lors de sa naissance. Le Tribunal fédéral accepte en revanche le lien créé par la nationalité acquise par l'enfant sur le sol du pays de sa naissance (ATF 141 III 316, 336) ; cela semble artificiel et par ailleurs discriminatoire par rapport aux enfants n'ayant pas disposé de ce ius soli. On pourrait interpréter l'art. 70 au-delà de ce qui a été prévu et tenir compte de l'étroite connexité avec la décision par laquelle la maternité de la mère d'emprunt a été révoquée. Il serait également possible de fonder la reconnaissance directement sur le droit fondamental de l'enfant de disposer de un, voire de deux parents (cf. art. 15 n° 13-19, art. 25 n° 14, art. 66-84 n° 7a s. ; cf. Bertschi, p. 79-85, 88) ; en effet, dans la mesure où un tel droit est reconnu en cette qualité, on ne saurait en nier l'existence pour une seule question de compétence indirecte.

#### **4**

Les positions à l'étranger sont très contrastées, s'agissant tant de l'acceptation d'une telle procréation, notamment en cas de gestion pour autrui, que de la reconnaissance de la filiation d'enfants nés par cette voie.

#### **5**

Dans deux arrêts très attendus, le Tribunal fédéral met l'accent sur la prohibition de la maternité de substitution en droit suisse, qui pourrait être aisément contournée par des couples sachant que l'enfant en résultant sera ultérieurement reconnu en Suisse (ATF 141 III 316-323, renversant l'arrêt du Verwaltungsgericht de St-Gall, cf. Güssli, IPRax 2015 p. 274 s. ; FamPra.ch 2014 n° 58 p. 1054). L'ordre public ne saurait autoriser une fraude à une interdiction érigée en Suisse dans l'intérêt de la morale, de l'intérêt public et de la dignité humaine (ATF 141 III 322). Il n'y a aucune place pour un assouplissement quelconque de cette position, tenant aux circonstances ou à l'intérêt de l'enfant dans le cas particulier (ATF 141 III 323). La paternité du partenaire enregistré du père génétique n'a donc pas été reconnue, l'enfant n'ayant ainsi que ce dernier comme seul parent. Il doit en aller de même, d'après le second arrêt, de l'enfant n'ayant aucun lien génétique avec le couple qui compte en devenir les parents (ATF 141 III 338-347). Le Tribunal fédéral reconnaît (ATF 141 III 318 s., 339, 342) qu'il va au-delà de ce que commande le droit constitutionnel suisse qui ne va pas plus loin que d'interdire toutes les formes de maternité de substitution en Suisse (art. 119 al. 2 lit. d Cst.féd.). Il est difficilement contestable que la reconnaissance de l'enfance de substitution intervenue à l'étranger viderait la prohibition suisse de sa substance, en particulier si elle était acceptée dans un cas où les liens des intéressés avec la Suisse sont étroits tan-

dis qu'ils sont faibles avec la Californie (ATF 141 III 322 s., 342-347). On peut également admettre que l'intérêt de l'enfant n'est pas autant négligé comme on le dit souvent, étant donné que le partenaire du père génétique est protégé dans son droit d'assurer la prise en charge de l'enfant (ATF 141 III 319, 325-327) et que parfois, une adoption peut être envisagée (ATF 141 III 346 s.). Le Tribunal fédéral écarte d'ailleurs toute idée que le refus de la paternité du partenaire du père génétique soit lié à la nature de leur relation, ce d'autant qu'une modification du Code civil accepte l'adoption de l'enfant du partenaire (FF 2016 p. 4757), ce que la pratique a déjà reconnu lorsque l'adoption a eu lieu à l'étranger (ATF 141 III 321).

**6**

La position affirmée sans nuance par le Tribunal fédéral, votant à 3 : 2, ne semble pas devoir rester gravée dans du marbre (même après sa confirmation dans les ATF 1.12.2016, 5A\_317/2016, c. 2 ; ATF 21.12.2017, 5A\_912/2017, c. 2). La prohibition constitutionnelle est déjà écornée par le seul fait de la reconnaissance de la paternité du père génétique qui, en l'espèce, ne pouvait se concevoir sans le recours à une mère de substitution. L'interdiction semble ainsi s'effacer d'elle-même lorsque l'enfant est remis à ses géniteurs, qui peuvent être les deux partenaires d'un couple hétérosexuel, marié ou non. On réagira aussi avec modération à la crainte que l'enfant soit traité comme une marchandise que l'on pourrait commander (ATF 141 III 318, 339), sans vérifier si un paiement a été fait dans le cas particulier ; la même crainte n'est pas articulée avec autant de rigueur lorsque l'on observe certaines pratiques d'insémination artificielle ou de recherches d'enfants à adopter, où le facteur financier est souvent bien présent, sans que la Suisse réagisse par un refus de reconnaissance ou d'autres sanctions. Dès lors, est-ce convaincant de soutenir l'appel à l'ordre public par le motif que l'enfant né d'une mère porteuse ne soit pas aussi protégé que l'enfant adopté ? Le Tribunal fédéral ne semble pas en être bien certain, car il estime un tel rapprochement non décisif dans un arrêt (ATF 141 III 323), tandis qu'il déclare l'examen de l'aptitude à adopter et de l'intérêt de l'enfant une « exigence centrale » dans l'autre (ATF 141 III 344 s.), comme si l'accueil d'un enfant à naître d'une mère porteuse ne puisse pas être préparé aussi soigneusement que l'adoption d'un nouveau-né. Le débat se résume en définitive à une question de morale procréative : accepte-t-on ou non que l'enfant puisse devenir l'enfant de parents n'ayant pas de lien biologique avec lui si l'utérus de gestation n'était pas celui de l'un d'eux mais celui d'une autre femme, portant l'enfant dans l'intérêt de ces futurs parents ? Le Tribunal fédéral répond catégoriquement par la négative, en prenant le Code civil comme appui en plus de la Constitution (ATF 141 III 317, 337-339), alors qu'il accepte que l'art. 70 LDIP puisse accueillir en Suisse des types de filiation inconnus du droit suisse (ATF 141 III 316, 336). Le Tribunal fédéral a placé son raisonnement dans l'abstrait, alors que l'ordre public commande une appréciation en fonction du résultat (cf., de même, obs. S. Hotz, AJP 2015 p. 1325 ss, 1329-1331). Il semble bien que l'on ne va pas en rester là (cf., pour une discussion détaillée du rôle de l'ordre public, Duden, p. 133-193). Le premier des cas cités a été porté devant la CEDH.

**7**

L'avis consultatif fourni par la Cour à la Cour de cassation française (cf. art. 66-84 n° 7c) devra amener le Tribunal fédéral à revoir sa position en mettant le regard prioritairement sur l'intérêt de l'enfant à établir son lien de filiation avec les deux parents d'intention et d'éviter l'incertitude résultant de l'impossibilité d'établir un tel lien avec l'un d'eux. Certes, le législateur suisse pourrait vouloir privilégier la seconde solution acceptée par la Cour (§ 48-58), à savoir adapter le droit de l'adoption pour une telle hypothèse, à condition que cela soit fait en répondant aux exigences d'efficacité et de célérité (non réalisées en l'état actuel du droit suisse, du fait du lien nourricier et de la durée de la procédure). Cependant, même dans un tel cas, il faudrait alors rendre une telle adoption accessible aux couples non mariés si l'on veut éviter une discrimination entre les parents mariés (devant engager une adoption) et ceux non mariés qui auraient un accès direct à la transcription à l'état civil. Enfin, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'affirmé par la Cour comprend nécessairement l'abandon du contrôle de la compétence « indirecte » selon l'art. 70 qui peut poser, le cas échéant, un obstacle à la reconnaissance incompatible avec le droit de l'enfant à faire établir le lien de filiation créé à l'étranger avec la « mère légale », et ce dans les deux cas, selon que l'enfant est, ou n'est pas, issu des gamètes de celle-ci (cf. n° 3 ; art. 78 n° 5, avec les références aux arrêts de la Cour en matière d'adoption).

**Art. 72**

**21**

11<sup>e</sup> ligne, ajouter : cf. Tribunale d'appello TI, RtiD 2012 II n° 76c p. 935.

**5**

In fine, ajouter : Le seul lien de nationalité avec le pays étranger du lieu de l'acte suffit d'après l'art. 73 al. 1 (cf. ATF 130 III 723 ss, 727 s., et art. 70 n° 1), mais l'attention doit alors porter sur l'éventualité d'un acte de complaisance (cf. ATF 13.3.2019, 5A\_10/2019).

**1**

10<sup>e</sup> ligne, ajouter après le n° RS : Convention révisée le 27.11.2008.

**3**

12-16<sup>e</sup> lignes : remplacer les références à l'OPEE par : art. 4-7 OAdo [Ordonnance sur l'adoption du 29 juin 2011, RS 211.221.36].

27<sup>e</sup> ligne, insérer : Lorsqu'une adoption par une personne seule est envisagée, l'examen de l'intérêt de l'enfant requiert une attention particulière (ATF 25.4.2012, 5A\_207/2012, c. 4 et 5).

28<sup>e</sup> ligne : remplacer les références à l'OPEE par : art. 8 OAdo.

**4 nouveau**

Les parents candidats à l'adoption qui ne connaissent pas encore l'identité de l'enfant peuvent obtenir auprès de l'Autorité centrale cantonale de leur domicile l'agrément d'accueillir un enfant en vue d'adoption, à laquelle se substitue une autorisation, en principe dès l'arrivée de l'enfant en Suisse (art. 6 OAdo). Cet agrément ne permet toutefois l'accueil de l'enfant en Suisse que lorsque le service des migrations (autrefois la police des étrangers) aura octroyé le visa ou l'assurance de l'autorisation de séjour (art. 8 OAdo).

**5**

2-6<sup>e</sup> lignes : remplacer les références à l'Oaiad, abrogée, par : art. 12-23 OAdo.

**6**

13-14<sup>e</sup> lignes : phrase à remplacer par : Des ordonnances ont alors été révisées, puis, avec effet dès le 1.1.2012, leur contenu relatif à l'adoption réuni dans l'OAdo qui s'applique dorénavant en parallèle à la LF-CLaH.

**7**

In fine, ajouter : Aux termes de son art. 26 al. 2, cette Convention devrait être amendée ou dénoncée depuis que la Convention de La Haye a été ratifiée par le Vietnam, le 1<sup>er</sup> novembre 2011, où elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2012.

**17**

In fine : ajouter la référence à l'art. 2 al. 3 OAdo.

**18**

12<sup>e</sup> ligne, ajouter : Toutes ces compétences sont rappelées et, sur certains points, rendues plus explicites à l'art. 2 al. 1 OAdo, s'agissant notamment de réagir aux dérapages observés dans certains pays, souvent révélés par la pratique de paiements excessifs (cf. Urwyler, RMA 2011 p. 369).

**19**

3<sup>e</sup> ligne : ajouter la référence à l'art. 2 al. 2 OAdo.

Avant-dernière phrase à remplacer par : Les décisions des Autorités centrales cantonales peuvent faire l'objet des voies ordinaires de recours.

**21**

6<sup>e</sup> ligne : renvoi à l'OPEE remplacé par : art. 2 al. 2 OAdo, puis la fin de la phrase par : qui peuvent être, selon les cantons, des organes tutélaires.

14<sup>e</sup> ligne : remplacer les références à l'Oaiad par : art. 12-23 OAdo.

In fine : remplacer les renvois à l'OPEE par : art. 16-18 OAdo.

**22**

4<sup>e</sup> ligne : remplacer la référence à l'Oaiad par : art. 2 al. 1 lit. b, art. 12 OAdo.

7<sup>e</sup> ligne : même changement.

9-11<sup>e</sup> lignes : biffer la mention des art. 21-23 Oaiad ainsi que la suite de la phrase.

In fine : biffer la dernière phrase.

**23**

Cette période sensible politiquement, mais transitoire, ayant été vécue sans difficultés, le problème évoqué est aujourd'hui obsolète.

**24**

18<sup>e</sup> ligne : remplacer la référence à l'Oaiad, par : art. 12-23 OAdo, puis continuer : ... soit exercée par l'Autorité centrale cantonale directement.

**25**

4<sup>e</sup> ligne : remplacer le renvoi à l'Oaiad par : art. 18 OAdo.

**28**

3-4<sup>e</sup> ligne : remplacer « une autorisation provisoire de placement » par « l'agrément ».

5<sup>e</sup> ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 4 OAdo.

7<sup>e</sup> ligne : de même : art. 5 OAdo.

8<sup>e</sup> ligne : remplacer les règles des deux ordonnances citées par : art. 5 al. 2 et 5, art. 17 OAdo.

**29**

2<sup>e</sup> ligne : remplacer l'article de l'OPEE par : art. 5 al. 2 OAdo.

In fine : Les requérants ne peuvent en principe être déclarés aptes à adopter si la différence d'âge entre eux et l'enfant qu'ils souhaitent accueillir dépasse 45 ans (art. 5 al. 4 OAdo).

**32**

Dès la 10<sup>e</sup> ligne, remplacer la fin et lire : En sus dudit rapport, la loi prévoit que le dossier comprend « l'autorisation provisoire de placement » (art. 5 al. 1 lit. a LF). Avec cet intitulé, ce document a créé des confusions, étant donné que la décision de confier un enfant aux futures parents en vue d'une adoption sera prise par l'Autorité centrale de l'Etat d'origine (art. 17 CLaH ; cf. n° 59) et qu'il ne s'agit pas nécessairement d'un placement au sens du droit suisse. L'Ordonnance sur l'adoption a dès lors remplacé cette expression par celle d'agrément (art. 6) ; dès lors que celui-ci remplit la même fonction que l'ancienne autorisation provisoire, la loi n'a pas été changée, mais complétée par une annotation appropriée. Il conviendra tout au moins que l'agrément précise qu'il répond aux conditions de l'art. 15 CLaH.

**49**

5<sup>e</sup> ligne : La LF renvoie dorénavant à l'Ordonnance sur l'adoption (art. 5 et 7).

6<sup>e</sup> ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 7 al. 1 OAdo.

In fine : remplacer le texte entre parenthèses par : art. 7 al. 5 OAdo.

**50**

2<sup>e</sup> ligne : ajouter après la LF : art. 8 OAdo.

**51**

5<sup>e</sup> ligne : Remplacer l'art. 11h OPEE par : art. 8 OAdo.

**56**

4<sup>e</sup> ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 7 al. 1 lit. d OAdo.

**61**

9<sup>e</sup> ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 7 OAdo.

10<sup>e</sup> ligne : remplacer le renvoi à l'Oaiad par : « condition implicite à l'art. 16 OAdo ».

12<sup>e</sup> ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 9 al. 3 OAdo.

14<sup>e</sup> ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 5 al. 2 lit. d ch. 5 OAdo.

**62**

Ajouter in fine : L'Ordonnance sur l'adoption envisage comme seule solution pour un tel enfant que l'autorité cantonale « le place ailleurs » ou demande à l'autorité de protection de l'enfant de le faire (art. 10 al. 4). Cette solution simpliste ne tient pas compte des exigences des art. 20 et 21 CLaH, en ce qui concerne tant la variété des mesures à envisager que la coopération avec l'Etat d'origine.

**65**

8<sup>e</sup> ligne, remplacer le renvoi à l'art. 11 OPEA par : art. 10 al. 4 OAdo, art. 11 et 16a OPEE, récemment modifiée, RO 2012 p. 5801.

## **Bibliographie**

*LDIP :*

DAVID URWYLER, Nouvelle ordonnance sur l'adoption, RMA 66 (2011) p. 367-376, versions allemande, p. 357-366, et italienne, p. 377-386.

*Convention de La Haye de 1993 :*

BERNARD DUTOIT, La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, FJS, Genève 2010 ; LAURA MARTÍNEZ-MORA *et al.*, The 1993 Hague Intercountry Adoption Convention and Subsidiarity : Is the Subsidiarity Principle Still « Fit for Purpose » ?, *in* Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 343-356 ; ROMANA WEBER, Internationale Adoption als Förderung des Kinderhandels ?, *in* Der Schutz polizeilicher Güter, Zurich 2011, p. 257-276.



<p><i>Droit international privé étranger et comparé :</i> CHRISTOPH BENICKE, <i>Ordre-public-Verstoss ausländischer Adoptionsentscheidungen bei ungenügender Prüfung des Kindeswohls</i>, in <i>Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren</i>, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 545-560 ; IDEM, <i>Die Anknüpfung der Adoption durch Lebenspartner in Art. 22 Abs. 1 S. 3 EGBGB</i>, IPRax 35 (2015) p. 393-396 ; MARÍA SUSANA NAJURIETA, <i>L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant</i>, RCADI 376 (2014) p. 199-493 ; CHIARA E. TUO, <i>Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto della diversità culturali</i>, RDIPP 50 (2014) p. 43-80 ; BÉNÉDICTE VASSALLO, <i>La réception en France des décisions étrangères d'adoption</i>, Travaux 2010-2012 p. 51-78.</p>	<b>Art. 77</b>
<p><b>3</b> In fine, ajouter : Dans l'hypothèse d'une kafala reconnue en Suisse, la famille d'accueil dispose de larges moyens pour agir dans le sens de l'intérêt de l'enfant nonobstant le fait de l'absence d'un lien de filiation ; cela peut mieux favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper de leur pays d'origine, comme le ferait une adoption (cf. CEDH, Harroudj, 4.10.2012, § 47-52, Rev.crit. 2013 p. 146).</p> <p><b>14</b> 8<sup>e</sup> ligne : remplacer la référence à l'OPEE par : art. 7 al. 1 lit. d Oado.</p> <p><b>17</b> 3<sup>e</sup> ligne : L'ATF 14.4.2011, 5A_640/2010, c. 3.2, est publié in ATF 137 I 154 ss, 156.</p> <p><b>17a</b> Dans l'hypothèse d'une adoption ayant pour origine une disparition forcée au sens de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les dispositions forcées du 20.12.2006, l'annulation devra être prononcée sur la seule base du droit suisse à titre d'ordre public, renforcé par l'art. 25 par. 4 de la Convention, sans observer la loi étrangère le cas échéant plus restrictive visée par l'art. 77 al. 3 (cf. le Message, FF 2014 p. 437 ss, 464, qui ne fait pas mention de la question du conflit de lois).</p>	<b>Art. 78</b>
<p><b>5</b> In fine : confirme l'arrêt Wagner : CEDH, Négrépointis, 3.5.2011, § 68-76, Clunet 2012 p. 213.</p> <p><b>6</b> In fine, ajouter : mais non un écart de seulement 10 ans (Obergericht LU, LGVE 2009 I n° 18 p. 47).</p> <p><b>8</b> 9<sup>e</sup> ligne, ajouter à l'ATF 120 II 89 : ATF 10.7.2014, 2C_110/2014, c. 6.4.</p> <p><b>9</b> 10<sup>e</sup> ligne, citer dans un sens favorable en premier lieu : ATF 141 III 312 ss, 321. 11<sup>e</sup> ligne, ajouter : Javaux/Schickel, Symposium, p. 140. In fine, ajouter : Depuis que la loi suisse prévoit l'adoption de l'enfant du partenaire enregistré (art. 264c al. 1 ch. 2 CCS), l'ordre public suisse s'est effacé, au point de ne plus s'opposer qu'au mariage d'un couple de même sexe (art. 45 al. 3), mais non à leur enfant adopté à l'étranger. Lorsque l'on est en présence d'une adoption conjointe fondée sur un mariage polygamique, celui-ci ne peut être reconnu tandis que l'adoption peut l'être en tant qu'adoption par la mère seule, étant donné que ni son aptitude à éduquer l'enfant ni l'intérêt de celui-ci ne sont en cause (cf. Verwaltungsgericht BS, BJM 2017 p. 103 ; ATF 7.6.2016, 5A_155/2016).</p> <p><b>10</b> 19<sup>e</sup> ligne, insérer : L'examen de l'intérêt de l'enfant s'impose également en pareils cas (cf. ATF cité du 10.7.2014, c. 6.5).</p> <p><b>12</b> In fine, ajouter : Une adoption de pur fait, reposant simplement sur un lien socio-affectif et « attesté » par un acte de naissance faux, ne peut être reconnue (Obergericht LU, LGVE 2012 I n° 5 p. 7).</p>	<b>Art. 79</b>
<p><b>3</b> In fine : remplacer « art. 17 et 18 » par « art. 23 et 24 ».</p>	<b>Art. 79-84</b>
<p><b>6</b> 4<sup>e</sup> ligne: lire „débitur“ au lieu de „créancier“.</p>	<b>Art. 79-84</b>

**10**

In fine, ajouter : CEDH 18.11.2010, Romanczyk, § 53-67, Rev.crit. 2011 p. 675.

**15**

5<sup>e</sup> ligne, concernant l'accord avec les Etats-Unis : ATF 14.12.2016, 5A\_795/2016, c. 5.

6<sup>e</sup> ligne, ajouter : de la Colombie-Britannique (RS 0.211.213.232.3).

12<sup>e</sup> ligne, remplacer la référence à RDIPP 2008 p. 582, par : RDIPP 2014 p. 719.

In fine, modifier la dernière phrase : L'Union européenne a approuvé le Protocole et la Convention. La jurisprudence s'est déjà prononcée sur des questions ayant trait à la loi applicable (cf. CJUE 7.6.2018, C-83/17, KP c. LO ; 20.9.2018, c-214/17, Molk). Le Conseil fédéral n'a pas voulu se déterminer en 2014 (cf. le Message concernant la révision du droit de l'entretien de l'enfant, FF 2014 p. 511 ss, 551) et ne l'a pas fait depuis lors.

## **Bibliographie**

*LDIP :*

ROLAND FANKHAUSER, Der conflict mobile im Kinderunterhaltsrecht oder zur (Un-)Beständigkeit von Unterhaltsregelungen, in Private Law, national, global, comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, p. 481-492 ; FRANCINE HUNGERBÜHLER/SANDRA JOHN, Internationales Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, in CHRISTIANA FOUNTOLAKIS *et al.* (éd.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zurich 2016, p. 635-690 ; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/MICHAELA EICHENBERGER, Internationales Unterhaltsrecht im Rechtsverkehr zwischen der Schweiz und der EU, in Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 817-831 ; RODRIGO RODRIGUEZ, Grenzüberschreitende Vollstreckung und Sicherung bei Unterhaltstiteln, in Berner Gedanken zum Recht, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 2014, Berne 2014, p. 135-154 ; JANINE SPRENGER, Ehegattenunterhalt und nahehehlicher Unterhalt im internationalen Kontext, AJP 26 (2017) p. 1062-1074.

*Conventions de La Haye et de New York en matière d'obligations alimentaires :*

LUCAS ARNET, Die Vollstreckbarerklärung schweizerischer Kindesunterhaltsverträge auf staatsvertraglicher Basis, Berne 2013 ; SANDRA JOHN, Überblick über die internationale Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen aus dem Blickwinkel der Zentralbehörde für internationale Alimentensachen im Bundesamt für Justiz, FamPra.ch 16 (2015) p. 536-561 ; RODRIGO RODRIGUEZ, Die Durchsetzung ausländischer Unterhaltstitel in der Schweiz, in Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Symposium zum Familienrecht Freiburg, Zurich 2013, p. 151-166.

*Convention de La Haye de 2007 et Règlement européen de 2008 :*

STEFAN ARNOLD, Entscheidungseinklang und Harmonisierung im internationalen Unterhaltsrecht, IPRax 32 (2012) p. 311-315 ; FRANZISKA BARTL, Die neuen Rechtsinstrumente zum IPR des Unterhalts auf internationaler und europäischer Ebene, Tübingen 2012 ; PAUL BEAUMONT *et al.* (éd.), The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide, Oxford 2014 ; PAUL BEAUMONT/LARA WALKER, Administrative and Judicial Cooperation in the Hague 2007 Maintenance Convention, in Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 185-197 ; ANDRÉ BOTUR, Aktuelle Probleme der grenzüberschreitenden Vollstreckung europäischer Unterhaltstitel nach der Brüssel I-VO, FamRZ 57 (2010) p. 1860-1870 ; NATALIA CONTI, Grenzüberschreitende Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in Europa, Munich 2011 ; MAXIMILIAN ESSER, Der Erlass weitergehender Formvorschriften im Rahmen des Haager Unterhaltsprotokolls durch die Mitgliedstaaten der EU, IPRax 33 (2013) p. 399-402 ; ESTELLE GALLANT, Coopération d'autorités et recouvrement international des aliments, International Journal of Procedural Law (IJPL) 2 (2012) p. 54-67 ; URS PETER GRUBER, Die Vollstreckbarkeit ausländischer Unterhaltstitel – altes und neues Recht, IPRax 33 (2013) p. 325-330 ; KATHRIN KROLL-LUDWIGS, Das Verhältnis von Haager Unterhaltsprotokoll (2007) und Haager Unterhaltsübereinkommen (1973): lex posterior derogat legi priori?, IPRax 36 (2016) p. 34-40 ; MARCO LEVANTE, Die Reform des internationalen Unterhaltsrechts, in Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, p. 729-745 ; VOLKER LIPP, Parteiautonomie im internationalen Unterhaltsrecht, in Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens, Cambridge 2012, p. 847-866 ; ALBERTO MALATESTA, La convenzione e il protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti, RDIPP 45 (2009) p. 829-848 ; FAUSTO POCAR/LARIA VIARENGO, Il regolamento (CE) N. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, RDIPP 45 (2009) p. 805-828 ; CLAUDIA SCHMIDT (éd.), Internationale Unterhaltsrealisierung, Rechtsgrundlagen und praktische Anwendung, Baden-Baden 2011 ; KURT SIEHR, The EU Maintenance Regulation and the Hague Maintenance Protocol of 2007, in Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 529-540 ; ELISABETH UNGER, Internationale Unterhaltsrealisierung in der EU und weltweit, FamRZ 60 (2013) p. 1941-1946 ; JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOSA, La subrogation dans le Règlement 593/2008 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, RSDIE 23 (2013) p. 265-277 ; FRANCESCA C. VILLATA, Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento N. 4/2009, RDI 94 (2011) p. 731-776 ; LARA WALKER, Maintenance and Child Support in Private International Law, Oxford 2015 ; MARTIN WEBER, Die Grundlage der Unterhaltspflicht nach dem Haager Unterhaltsprotokoll, ZfRV 53 (2012) p. 170-173.

*Droit international privé étranger et comparé*

**Art. 79**

**3**

2<sup>e</sup> ligne, ajouter : ce que l'on oublie parfois dans la pratique (cf. ATF 30.8.2012, 5A\_193/2012, c. 3).

6<sup>e</sup> ligne, préciser : « demande liée à l'état des personnes ou à la responsabilité parentale ».

**Art. 83**

**8**

In fine, ajouter : La Convention ne prévoit pas de possibilité pour choisir la loi applicable (cf. art. 63 n° 12),

même en cours de procès (contrairement à ce qu'admet l'ATF 12.3.2012, 5A\_835/2011, c. 2, cependant sans approfondir la question).

**10**

6<sup>e</sup> ligne : pour une illustration, cf. ATF 3.6.2011, 5A\_898/2010.

**16**

In fine, ajouter : Le nouveau droit suisse de l'entretien prévoit qu'en principe, les contributions sont dues à l'enfant (art. 289 al. 1 CCS) ; elles couvrent cependant également les frais de prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers (art. 285 al. 2). L'entretien de l'ex-époux divorcé (art. 8 de la Convention) ne comprend pas la part d'entretien correspondant à de tels frais (art. 4).

**16a**

Une difficulté peut se présenter lorsque la fixation de la prestation alimentaire due à l'enfant est liée à celle d'un autre membre de la famille, telle la mère divorcée, et que l'obligation alimentaire envers cet autre créancier est régie par une autre loi. Ainsi lorsque la loi alimentaire suisse entend réduire l'entretien revenant à l'épouse divorcée au niveau des frais effectifs de la prise en charge de l'enfant, tandis que la loi étrangère régissant les effets du divorce retient une solution plus généreuse. Que fera-t-on du nouveau principe de la priorité de l'obligation d'entretien à l'égard d'un enfant mineur (art. 276a CCS), si la loi applicable à l'entretien de l'époux (marié ou divorcé) n'accepte pas d'être ainsi reléguée au second rang ? Pour la détermination de cette part de la prise en charge de l'entretien de l'enfant par un parent marié, le droit suisse tient compte des règles sur l'entretien dans l'union conjugale (cf. ATF 144 III 481 ss, 488) ; il doit en aller de même au niveau de la loi applicable.

**18**

16<sup>e</sup> ligne, insérer après l'arrêt de Zoug : Il convient d'examiner objectivement si l'on peut imputer au débiteur un revenu hypothétique ; cela suppose que celui-ci soit réalisable effectivement et que le retour en Suisse puisse raisonnablement être exigé (condition non remplie dans le cas d'un ex-mari n'ayant plus de contact avec la Suisse depuis son retour au Cambodge, où il travaille et s'est remarié : ATF 17.10.2012, 5A\_513/2012, c. 4).

**25a**

Le fait d'avoir le statut d'un « sans-papier » ne signifie point que l'enfant vivant en Suisse n'a pas droit à l'entretien, eu égard au droit suisse et aux art. 11 al. 1 Cst.féd. et art. 3 al. 1 CDE (Obergericht LU, LGVE 2011 n° 2 p. 2).

**Art. 84**

**9**

In fine, ajouter : En revanche, une condamnation à contribuer à l'entretien d'un enfant majeur sans limite dans le temps heurterait l'ordre public suisse (ATF 21.9.2016, 5A\_935/2015, c. 3.5) ; il conviendrait alors de réduire la rente à une durée raisonnable.

**13**

Une injonction correspondant à l'avis au débiteur doit être reconnue si la décision relative à la condamnation aux aliments l'est (Tribunale d'appello TI, RtiD 2010 I n° 10c p. 686).

**18**

16<sup>e</sup> ligne : Mais parfois on ne peut exiger du débiteur d'entretien de venir s'établir en Suisse (cf. Obergericht BE, FamPra.ch 2011 n° 33 p. 510).

**20**

In fine, ajouter : De manière similaire, lorsque l'attribution de l'enfant à l'un des parents heurte l'ordre public et ne peut être reconnue, le même sort doit alors frapper le prononcé sur les aliments s'il s'avère hors proportion avec la détermination à venir du parent ayant la garde de l'enfant (ATF 20.6.2011, 5A\_15/2011, c. 4 in fine, FamPra.ch 2011 n° 71 p. 1018).