Copie en exécution du
Code Judiciaire
Exempt de droit art. 280-2° C. enr

N°: 4833

R.G. N°: 2013/KR/80
N° rép.: 2013/ 5519

Arrêt définitif

du 31/07/2013

LA COUR d'APPEL DE BRUXELLES

3ème chambre,

siégeant en matière civile,
après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

EN CAUSE DE :

Monsieur D né le 06/12/1960 à Liège, domicilié à 4000 LIEGE,
en son nom personnel et agissant au nom de l'enfant Adam D , né le /2013 à Kharkov (Ukraine),

appelant,
représenté par Maître de Bouyalski Catherine et Maître Verbrouck Céline, avocats à 1040 ETTERBEEK, boulevard Louis Schmidt 56,

Madame R née le 02/06/1968 à Liège, domiciliée à 4000 LIEGE,
en son nom personnel et agissant au nom de l'enfant Adam D , né le /2013 à Kharkov (Ukraine),

appelante,
assistée de Maître de Bouyalski Catherine et Maître Verbrouck Céline, avocats à 1040 ETTERBEEK, boulevard Louis Schmidt 56,

CONTRE :

L'ETAT BELGE, représenté par Monsieur le Ministre des Affaires Etrangères, du Commerce extérieur et des Affaires européennes, rue des Petits Carmes 15, 1000 BRUXELLES

intimé,

représenté par Maître DETRY Monique, avocat à 1050 BRUXELLES, rue de Praetere 25 - bte 1,

Vu les pièces de la procédure, et en particulier :
- l'ordonnance du président du tribunal de première instance du 5 avril 2013,
- la requête d'appel déposée le 15 avril 2013,
- les conclusions des appelants déposées au greffe de la cour d'appel le 14 juin 2013,
- les conclusions de synthèse de l'intimé déposées au greffe de la cour d'appel le 21 juin 2013.

1. ANTECEDENTS – OBJET DES APPELS

Monsieur D[redacted] et madame R[redacted] sont tous deux de nationalité belge et se sont mariés le 5 mars 2011.

Ils exposent, pièces à l'appui, avoir, pour rencontrer leur désir d'enfant, tenté différentes méthodes de procréation médicalement assistée en Belgique, (par stimulation ovarienne), qui sont restées infructueuses. Ils ont alors envisagé la pratique de la gestation pour autrui en Belgique mais celle-ci n'étant encadrée par aucune disposition légale, ils se sont dirigés vers l'Ukraine où cette pratique est réglementée.

Ils exposent que, par l'utilisation de cette technique de maternité de substitution, Adam est né le [redacted] 2013 à Kharkov en Ukraine et que dès sa sortie de l'hôpital, ils ont accueilli l'enfant et l'ont entouré de leurs soins et de leur affection parentale.

Le 5 mars 2013, monsieur D[redacted] et madame R[redacted] ont déclaré la naissance de l'enfant à l'office de l'état civil de la ville de Kharkov, sous le nom d'Adam, Eugène, Marcel D[redacted] ; ils déposent à cet égard une copie de l'acte de naissance ukrainien, qui renseigne leur noms comme parents de l'enfant (pièce 1).

Monsieur D[redacted] s'est rendu à l'ambassade belge à Kiev le 15 mars 2013 afin de solliciter la délivrance d'un passeport pour Adam. Il a confirmé sa demande par courriel.

Le jour même, l'ambassade lui a adressé un courriel en précisant que les documents suivants étaient nécessaires pour l'obtention d'un passeport :
- une copie conforme de l'acte de naissance apostillé et traduit en langue officielle de la Belgique,
- une copie conforme de l'acte de mariage,
- une copie des passeports et cartes d'identité de monsieur D[redacted] et de madame R[redacted],
- une attestation de grossesse du médecin traitant en Belgique,
- un document attestant l'hospitalisation de madame R[redacted] dans l'hôpital de Kharkhov où Adam est né.

Dans sa réponse, monsieur D[redacted] indiquait notamment: *« Je m'étonne des 2 derniers documents d'ordre médical demandés, nous ne sommes plus en contact avec l'hôpital de Kharkov ni avec les médecins en Belgique, il me parait impossible de vous fournir ces documents, qui de plus sont d'ordre strictement privé.*
De plus, nous ne pouvons rester très longtemps en Ukraine, ma mère handicapée âgée de 84 ans a besoin de notre présence auprès d'elle au quotidien ».

L'ambassade a répondu par courriel à monsieur D[redacted] en ces termes : *«Les documents médicaux demandés facilitent à notre service d'affirmer que la filiation soit établie et que l'enfant est Belge. Par contre, ils ne contiennent pas d'autres informations médicales que la simple confirmation que votre épouse était enceinte et a donné naissance. Si vous n'êtes pas en mesure de produire les documents médicaux demandés, je transmets votre dossier tel qu'il est à notre service à Bruxelles.*
Pouvez-vous m'expliquer les raisons pour avoir choisi de donner naissance en Ukraine?»

Enfin, par courriel du 18 mars 2013, l'ambassade a notifié à monsieur D[redacted] et à madame R[redacted], la réponse du service Droit de la Famille du SPF Affaires Etrangères, étant son refus de fournir un passeport belge pour Adam, au motif que, *« tenant compte de toutes les informations et en l'absence des certificats médicaux, une présomption de maternité de substitution existe. Comme il est expliqué sur notre site web, la législation belge ne traite pas la question de la maternité de substitution ou des enfants nés d'une mère porteuse. Face à ce vide juridique, nos services sont amenés à ne reconnaître aucun effet aux documents étrangers produits dans ce cadre (actes de naissance, jugement,...). »*

Les époux D[redacted]-R[redacted] ont introduit devant le tribunal de première instance de Bruxelles par requête du 22 mars 2013 une procédure unilatérale fondée sur l'article 23 du Code de droit international privé, aux fins d'entendre reconnaître en droit belge l'acte de naissance ukrainien.

Toutefois, craignant que la fixation de cette demande au fond ne prenne de nombreux mois sans qu'ils ne puissent avoir de prise sur ce délai en raison du caractère unilatéral de la procédure, ils ont également introduit une procédure en référé contradictoire par citation du 19 mars 2013, aux fins d'entendre condamner l'Etat belge à leur délivrer un passeport ou un laissez-passer au nom de l'enfant pour leur permettre de revenir en Belgique avec lui.

Le 20 mars 2013, à toutes fins utiles, monsieur D[redacted] a pris l'initiative de procéder à un test ADN par internet, dont le résultat confirmerait sa paternité biologique à l'égard de l'enfant (pièce 14).

Le 25 mars 2013, le couple a tenté un voyage par voie aérienne avec Adam, munis du seul certificat de naissance précité. La compagnie aérienne s'est toutefois opposée à l'embarquement de l'enfant. La requête unilatérale en extrême urgence déposée ce même jour a fait l'objet d'une ordonnance de rejet.

Le 5 avril 2013, le président du tribunal de première instance de Bruxelles, statuant en référé, a déclaré la demande recevable mais non fondée.

Le 7 avril 2013, monsieur D[redacted] est revenu seul en Belgique. Il s'est rendu dès le lendemain chez le notaire en vue de réaliser un acte de reconnaissance de paternité qui a été enregistré le 12 avril 2013. Il est reparti sur place le 13 avril 2013.

Entretemps, le 11 avril 2013, il avait reçu un courriel l'informant que la nourrice qu'ils avaient engagée s'était désistée.

Par requête du 15 avril 2013, les époux D[redacted]-R[redacted] ont interjeté appel de l'ordonnance du 5 avril 2013.

Après avoir trouvé une nourrice remplaçant la première (contrat de baby-sitting du 22 avril 2013, pièce 42), ils sont rentrés en Belgique sans Adam le 25 avril 2013.

Madame Rassart affirme qu'elle a dû quitter l'Ukraine à cette date pour reprendre son emploi. Elle a également effectué une déclaration de reconnaissance de l'enfant chez le notaire le 27 mai 2013.

Il résulte des photos déposées en pièce 5 que les époux D[redacted]-R[redacted] ont rencontré l'enfant sur place lors d'un nouveau séjour plus récent, au sujet duquel la cour n'a pas d'autres précisions (la pièce 61 à laquelle ils renvoient en page 10 de leurs conclusions n'a rien à voir avec un tel voyage).

Madame R[redacted] précise enfin à l'audience du 24 juin 2013 qu'en fonction des possibilités professionnelles et légales, son mari et elle retourneront voir Adam toutes les cinq semaines pour un séjour d'une semaine.

* * * * * * * *

Aux termes de leur requête d'appel et des conclusions déposées le 14 juin 2013, monsieur D[redacted] et madame R[redacted] demandent à la cour :

- avant dire droit : au besoin, d'ordonner l'exécution d'un test génétique confirmant, si cela était nécessaire, le lien de filiation biologique qui unit monsieur D[redacted] à Adam D[redacted], son fils,
- au surplus : de confirmer l'ordonnance rendue par le juge des référés le 5 avril 2013 pour ce qui concerne l'existence de l'urgence et du caractère provisoire de la demande,
- de mettre à néant l'ordonnance prononcée par le juge des référés le 5 avril 2013 pour ce qui concerne la question de l'apparence de droits invoqués,
- de condamner l'Etat belge à leur délivrer, dans les 24h de la décision, sous peine d'une astreinte de 1000 € par jour de retard, via le consulat belge à Kiev, en Ukraine, un passeport ou un laissez-passer au nom de l'enfant Adam D[redacted], né le 26.02.2013 à Karkhov (Ukraine) pour leur permettre de revenir en Belgique avec lui,
- de dire pour droit que la décision sera exécutoire par provision, nonobstant tout recours et sans caution ni cantonnement,
- de réserver à statuer sur les dépens.

L'Etat belge conclut à l'irrecevabilité de la demande (ce qui constitue un appel incident implicite) ou à tout le moins à son non-fondement, et demande la confirmation de l'ordonnance entreprise. Dans son argumentation, il conclut à l'absence de pouvoir de juridiction, ce qui constitue également un appel incident implicite. Il demande de condamner les appelants aux dépens.

2. DISCUSSION

1. La recevabilité de l'appel principal

En degré d'appel, les appelants déclarent agir tant en nom personnel qu'au nom de l'enfant Adam D[redacted].

La citation introductive d'instance et les conclusions prises devant le premier juge n'ont pas mentionné cette qualité de représentants de l'enfant, de sorte qu'il ne peut être contesté que l'enfant n'était pas partie à la cause en première instance. Sans même devoir examiner la question de savoir si les appelants sont, en droit belge, les représentants légaux de l'enfant (ce qui pose la question de fond de savoir s'ils peuvent être considérés comme les parents légaux), la cour constate que les appelants ne sont pas recevables à agir en qualité de représentants de l'enfant en degré d'appel, l'intervention volontaire en vue d'obtenir une condamnation ne pouvant au demeurant être formulée pour la première fois en appel (article 812 al.2 du Code judiciaire).

Pour le surplus, l'appel, interjeté en forme régulière et dans le délai légal, est recevable. Il en va de même de l'appel incident.

2. Le pouvoir de juridiction.

L'Etat belge soulève le défaut de pouvoir de juridiction de la cour en raison de l'absence de droit subjectif en cause, bien qu'au dispositif de ses conclusions, il n'indique pas relever appel incident et conclut à l'irrecevabilité et au non fondement de la demande ce qui est pour le moins ambigu.

Il soutient à ce titre que puisque l'ambassade de Belgique à Kiev n'a jamais été en possession d'un original de l'acte de naissance de l'enfant estampillé, mais n'en a reçu qu'une copie, la demande n'aurait jamais été correctement formulée. Selon l'Etat belge, la demande de monsieur D[redacted] et de madame R[redacted] impliquerait que le pouvoir judiciaire se substitue au pouvoir exécutif puisque le pouvoir judiciaire connaîtrait d'une demande qui n'aurait jamais été formulée devant l'autorité compétente.

À juste titre, le premier juge a considéré que le refus de l'État belge de délivrer le passeport demandé n'est pas fondé sur l'absence de présentation de l'original de l'acte de naissance d'Adam mais sur la considération claire et ferme que, à défaut de preuves médicales que l'enfant a été mis au monde par madame R[redacted], il y a présomption de maternité de substitution et que par conséquent, le lien de filiation tant paternel que maternel entre l'enfant et les appelants relaté par cet acte ukrainien, ne peut être reconnu dans l'ordre juridique belge et qu'il ne peut dès lors produire des effets sur le plan de la nationalité de l'enfant. Pour prendre une telle décision, l'État belge s'est considéré comme valablement saisi de la demande et ne peut légitimement soutenir à présent que le pouvoir judiciaire, en faisant droit à la demande, empièterait sur son pouvoir discrétionnaire parce qu'il n'aurait pas encore été valablement saisi.

Par ailleurs, les appelants invoquent l'existence d'un droit subjectif à pénétrer sur le territoire belge en compagnie de leur enfant mineur (article 1er de la loi du 14 août 1974 relative à la délivrance des passeports), celui-ci devant être reconnu de nationalité belge, sur la base de sa filiation qu'ils considèrent établie à suffisance de droit.

En outre, l'évolution de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme permet d'englober dans l'application de l'article 8 de la Convention, étant le droit à la protection de la vie privée et familiale, le projet de création d'un lien familial, tant en ce qui concerne la filiation biologique que la filiation adoptive (arrêt *S. H. et autres contre Autriche*, du 1er avril 2010 : le droit d'un couple de concevoir un enfant et de faire usage de la procréation médicalement assistée entre dans le champ d'application de l'article 8).

Le présent litige peut être soumis au pouvoir de juridiction du pouvoir judiciaire.

3. Recevabilité de la demande.

L'État belge souligne que dans leur citation originaire, monsieur D[redacted] et madame R[redacted] postulaient sa condamnation à leur délivrer « *un passeport ou un laissez-passer au nom de l'enfant Adam D*[redacted] ». Ils ont cependant renoncé à la demande de délivrance d'un passeport à l'audience devant le premier juge. Dans leur requête d'appel, ils reformulent néanmoins cette double demande.

L'Etat belge en déduit que la demande de délivrance d'un passeport a fait l'objet d'un désistement inconditionnel des appelants, qu'ils ne peuvent dès lors plus la reformuler en degré d'appel et qu'elle doit être déclarée irrecevable.

L'État belge estime également que la demande est obscure car la demande de délivrance d'un passeport et la demande de délivrance d'un laissez-passer sont contradictoires. Il rappelle que la délivrance d'un passeport implique la reconnaissance de la nationalité belge, que le titre de voyage provisoire (anciennement dénommé « laissez-passer » voir pièce 2 de l'État belge) n'est délivré qu'à un Belge ou un ressortissant de l'Union Européenne et qu'enfin la délivrance d'un laissez-passer pour étrangers impliquerait que la personne concernée ne soit pas Belge et que la demande soit soumise à l'Office des étrangers, alors qu'en l'espèce, aucune demande de visa n'a été introduite par les appelants.

L'Etat belge prétend enfin que la demande excède le provisoire tant en droit qu'en fait.

Dans le cadre d'une procédure d'urgence tendant à l'obtention d'une mesure provisoire, il n'y a pas lieu de trancher, au-delà de l'apparence de droit, la question de savoir si l'enfant est Belge ou non, ce qui relève en l'espèce du débat au fond.

La demande de passeport apparaît dès lors incompatible avec le caractère provisoire de la procédure et les appelants n'insistent d'ailleurs pas sur cette partie de leur demande.

Il n'est pas contestable que l'objet véritable de la demande tend à accorder aux appelants la possibilité de revenir en Belgique avec leur enfant, ce que l'État belge n'a eu aucune difficulté à comprendre.

L'octroi éventuel d'un « laissez-passer » (ou de tout autre document administratif approprié) en vue d'une entrée de l'enfant sur le territoire belge, tous droits étant réservés, n'implique en l'espèce aucune conséquence d'ordre juridique du point de vue de la reconnaissance de la filiation de l'enfant.

A bon droit, le premier juge a déclaré la demande, ainsi limitée, recevable.

4. La production des pièces

L'État belge fait, en préambule, diverses observations sur les pièces déposées par la partie appelante. Les pièces rassemblées par les appelants en degré d'appel sont manifestement beaucoup plus nombreuses que celles déposées devant le premier juge.

A bon droit l'État belge constate que nombre de témoignages produits ne répondent pas au prescrit de l'article 961/2 du Code civil ou ne sont que des reproductions des dires des appelants. Ces circonstances qui affectent certes la valeur probante des affirmations qui y sont reprises, ne justifient cependant pas l'écartement de ces pièces.

L'absence de traduction jurée de certaines pièces (attestation de la mère porteuse, étant une des pièces qui porte le numéro 16), voire de traduction tout court (mail de l'avocate des appelants rédigé le 15 mai 2013 en anglais pièce 45), rend impossible leur usage en justice.

Les pièces relatives au droit ukrainien (pièces 4 et 20) sont partiellement traduites, mais ces traductions ne reprennent pas les références législatives. Leur compréhension peut cependant être complétée par l'avis juridique du conseil des appelants à Kiev, qui en confirme le contenu et la pertinence (pièce 25). Certes, il s'agit d'un avis unilatéral, mais la cour observe que l'intimé se limite à déclarer ces pièces inutilisables, sans produire lui-même un avis contraire, alors qu'il est bien placé, par son ambassade à Kiev, pour se procurer une explication juridique adéquate du droit ukrainien. L'on peut donc, dans l'état actuel du litige, se fonder sur les éléments de droit fournis par les appelants.

5. L'urgence.

La demande formulée en référé sur la base de l'article 584 du code judiciaire est recevable dès lors que l'urgence est invoquée dans la citation.

Il y a lieu de vérifier si l'urgence ainsi invoquée est établie, ce que conteste l'État belge.

L'Etat belge conteste l'appréciation du caractère urgent de la demande faite par le premier juge et à cet égard, fait état des éléments suivants :

- ce sont les appelants qui ont créé l'urgence alléguée puisque le site internet de l'ambassade belge à Kiev les informait clairement qu'un document de voyage ne pouvait être délivré pour un enfant né suite à une procédure de maternité de substitution, eu égard au fait que rien ne permet d'assurer que sa paternité et sa maternité soient reconnues en droit belge et qu'il y aura lieu de s'adresser au tribunal de première instance compétent;
- l'exposé de la chronologie des faits et de l'évolution de la situation serait lacunaire et contradictoire et ne permettrait pas d'apprécier l'urgence ; il relève que les appelants indiquent :
  - qu'ils vont devoir quitter l'Ukraine et ensuite qu'ils l'ont quittée,
  - que la baby-sitter s'est désistée et également qu'un contrat a été signé avec une baby-sitter;
- monsieur D[redacted] et madame R[redacted] ne sont pas crédibles et se contredisent lorsqu'ils invoquent, pour justifier l'urgence, l'impossibilité pour madame Rassart qui ne connaît ni l'ukrainien, ni l'anglais, de communiquer avec les intervenants médicaux et sociaux, la précarité des moyens médicaux en Ukraine, leurs obligations professionnelles et la responsabilité qu'ils assument pour les soins à la mère de monsieur D[redacted], âgée et gravement handicapée, vivant sous le même toit qu'eux, alors qu'ils ont fait le choix de l'Ukraine pour la naissance de leur enfant selon des pratiques impliquant un important suivi médical;
- si l'Etat belge ne conteste pas qu'il soit préférable que les enfants soient près de leurs parents, il se permet de rappeler que ce sont d'abord les appelants qui, par la signature de conventions à titre onéreux, ont séparé l'enfant de celle qui l'a porté pendant 9 mois;
- en tout état de cause, le maintien d'une situation idéale ne se confond pas avec la notion d'urgence dans le cadre d'une procédure de référé, dès lors que les réalités de la vie font que les enfants peuvent être éloignés physiquement de leurs parents;
- monsieur D[redacted] et madame R[redacted] peuvent se rendre en Ukraine pendant plusieurs mois puisque le droit de séjour de 90 jours est « glissant » et permet de se rendre de manière sporadique mais régulière en Ukraine ; l'Etat belge prétend qu'il existe également une procédure d'obtention d'un visa pour raisons familiales;
- madame R[redacted], en tant qu'agent de l'Etat, peut bénéficier de différents types de congés (congés pour motifs impérieux,...) ; elle a obtenu une interruption de carrière à mi-temps depuis le 1er mai 2013, mais rien ne l'empêcherait de demander une interruption à 100%, ou un autre congé.
- monsieur D[redacted] et madame R[redacted] n'ont pas invoqué l'urgence dans le cadre de la procédure au fond.

Selon les appelants, l'urgence croît chaque jour, compte tenu de la séparation entre le bébé et ses parents et de la détresse engendrée par cette situation.

L'urgence doit exister au moment où la juridiction statue.

Plusieurs mois ont passé depuis la décision du premier juge qui avait déjà admis l'urgence, estimant que la durée de la procédure au fond semblait mettre en danger les intérêts et les droits légitimes de monsieur D[redacted] et madame R[redacted].

Comme le premier juge, la cour constate que les délais de la procédure au fond risquent de causer un préjudice important et irréparable pour les appelants et pour l'enfant.

Il paraît évident que le débat au fond est un débat complexe sur le plan juridique, qui devra être soumis au Ministère Public et qui pourra, le cas échéant, donner lieu à l'intervention de l'État belge ou encore nécessiter des enquêtes en Ukraine, de sorte que la procédure s'avérera vraisemblablement assez longue.

Le seul fait que les appelants n'aient pas mentionné expressément le caractère urgent de leur demande dans la requête introductive au fond, ne suffit pas à dénier l'urgence de la demande introduite en référé, qui a un objet différent.

Même s'il peut être admis que les appelants ont dû prendre connaissance des avertissements que l'État belge a pris soin de mettre sur le site internet de son ambassade à Kiev, ceux-ci n'ont aucune valeur légale, en l'absence de législation applicable en Belgique à la problématique de la gestation pour autrui, et ne peuvent dispenser le pouvoir judiciaire d'apprécier dans chaque cas concret l'urgence de la situation résultant de la naissance d'un enfant suite au recours à cette méthode, en Ukraine, par des ressortissants belges, d'autant qu'il convient de tenir compte de l'intérêt de l'enfant.

L'on ne peut donc considérer que les appelants sont seuls responsables de l'urgence invoquée pour avoir eu recours aux services d'une mère porteuse en Ukraine, alors que l'Etat belge s'abstient de légiférer sur cette question, laissant aux juridictions le soin de trouver des solutions au cas par cas.

Les appelants établissent qu'ils ont dû confier l'enfant, âgé de quelques semaines, à une nourrice sur place, chargée de s'en occuper au quotidien, qu'ils disent ne pas connaître ; la mère porteuse n'est pour sa part pas impliquée dans les soins à apporter à l'enfant puisqu'elle n'a, au regard du droit ukrainien, aucun droit sur lui et aucun devoir à son égard.

Il est évident que cette situation est difficile à vivre pour ceux qui se considèrent comme les parents de l'enfant et ont pris l'engagement de lui assurer soins et protection.

La détresse des appelants, séparés de l'enfant qu'ils avaient pour projet d'accueillir dans leur vie de famille, n'est pas contestable.

Il n'est pas contestable non plus que cette situation n'est pas favorable à l'enfant, qui a besoin de s'attacher à un père et à une mère de façon durable dès la toute petite enfance.

Indépendamment de la question, controversée, de savoir si les appelants pourraient ou non obtenir un droit de séjour prolongé en Ukraine pour s'occuper de leur enfant, ceux-ci expliquent qu'ils ont dû rentrer impérativement en Belgique en raison de leurs obligations professionnelles (à savoir la profession de dentiste pour monsieur D[redacted] et un emploi de fonctionnaire dans un établissement pénitentiaire pour madame R[redacted]), qu'ils avaient suspendues à l'occasion de leur premier séjour.

Le premier juge a admis à bon droit qu'il était raisonnable de considérer que les actuels appelants devaient reprendre leurs activités professionnelles de manière à subvenir à leurs besoins et à ceux d'Adam.

Les nouvelles pièces apportées au dossier démontrent qu'effectivement, madame R[redacted] a dû regagner la Belgique pour des raisons professionnelles (pièce 9) et qu'elle a pris une pause-carrière à 50 % à partir de mai 2013, ce qui ne lui permet pas de prendre des congés d'une autre nature (pièce 60). Elle peut, en regroupant ses heures de travail, se rendre régulièrement en Ukraine pour de petites périodes d'une semaine, mais n'est pas en mesure d'y séjourner de façon continue.

La situation professionnelle de monsieur D[redacted] n'a pas été davantage éclaircie par les appelants qui se limitent au dépôt d'une pièce démontrant son inscription à l'Union des classes moyennes. Il invoque néanmoins également la situation précaire de sa mère, âgée et gravement handicapée, dont il est établi qu'elle est dépendante au quotidien de l'aide apportée par le couple D[redacted]-R[redacted], qui habite sous le même toit.

Les arguments de l'État belge relatifs à la possibilité pour les époux D[redacted]-R[redacted] de s'octroyer ou d'obtenir des congés spéciaux, pour rester ou se relayer auprès de l'enfant en Ukraine, ne sont pas déterminants, dès lors que, même si des solutions pourraient exister en théorie, il n'est pas raisonnablement contestable que les appelants n'ont aucune attache en Ukraine, qu'ils n'en connaissent pas la langue, que, durant leur séjour sur place, ils dépendent d'un traducteur et vivent reclus dans une chambre d'hôtel à Kiev à attendre, ayant très peu de contact avec l'extérieur, alors que leur vie professionnelle, sociale et familiale est établie en Belgique.

Dans ces conditions, l'urgence doit être admise.

6. L'apparence de droit.

6.1.

L'Etat belge affirme qu'en concluant un contrat rémunéré de gestation pour autrui en Ukraine, et en se faisant délivrer un acte de naissance, monsieur D[redacted] et madame R[redacted] ont violé la loi belge et ont posé des actes contraires à l'ordre public belge. Il dépose diverses publications ayant trait au 'marché procréatif' qui s'est développé en Ukraine, comme dans certains États des États-Unis et en Inde, et relève qu'en droit belge, les contrats commerciaux de gestation pour autrui sont illégaux tenant compte du principe de dignité humaine et de l'indisponibilité du corps humain (art. 6 du Code civil et art. 1128 et 1598 du Code civil).

L'Etat belge ajoute que monsieur D[redacted] et madame R[redacted] ont tardé à donner des indications sur le mode de procréation assistée auquel ils avaient eu recours.

Cela s'explique, selon lui, par le fait que la législation ukrainienne ne permettrait pas d'établir la filiation dans ce cadre : il cite en effet l'article 123 du Code de la famille ukrainien qui régit la « *Détermination de l'origine d'un enfant né suite au recours à des technologies d'aide à la reproduction* » mais qui ne vise pas le cas d'espèce.

Il constate également que les appelants ne produisent pas l'acte d'état civil de la mère porteuse qui permettrait de vérifier si elle était mariée lors de la naissance d'Adam car, dans l'affirmative, son époux devrait donner son consentement à la gestation pour autrui ou serait subséquemment réputé le père de l'enfant.

L'Etat belge conclut donc que la validité du contrat de gestation pour autrui et la renonciation à la maternité ne sont pas établies, même en droit ukrainien.

6.2.

Le premier juge relevait que le dossier des époux D[redacted]-R[redacted] laissait persister de nombreuses incertitudes puisqu'il n'y avait aucun renseignement sur la femme qui a accouché de l'enfant, sur la méthode de procréation utilisée, et que pour seule preuve de ce qu'ils vivaient au quotidien avec l'enfant, ils déposaient deux photographies prises manifestement le même jour à l'hôpital, l'une présentant monsieur D[redacted] avec un enfant nouveau-né et l'autre présentant madame Rassart avec le même enfant. Le premier juge a dès lors estimé ne pas pouvoir retenir l'existence d'une apparence de lien de filiation.

En appel, les appelants ont ajouté à leur dossier les pièces 46 constituant un certificat émis par la clinique de Kharkov, Centre de la reproduction humaine, attestant que l'enfant est né d'une part de l'application des techniques auxiliaires de reproduction avec utilisation des gamètes de monsieur D[redacted] et de l'ovule d'une donneuse anonyme et d'autre part par l'implantation des embryons chez la mère porteuse, dont l'identité complète est indiquée. Ce certificat précise que la mère porteuse a donné son accord à ce que les époux D[redacted]-R[redacted] soient inscrits en tant que parents des enfants nés suite au transfert des embryons susmentionnés.

Selon la consultation juridique donnée par le conseil des appelants à Kiev (pièce 25), cette procédure s'est déroulée en conformité aux dispositions légales, notamment l'ordonnance numéro 771 du 23 décembre 2008 du Ministère de la santé ukrainien qui prévoit notamment que la femme porteuse n'apporte pas de contribution génétique mais est fécondée par le matériel génétique fourni par un couple stérile ou un des partenaires du couple stérile, et après la mise au monde de l'enfant, remet celui-ci aux parents commanditaires. La loi ukrainienne désigne ceux-ci comme « parents génétiques », même si le matériel biologique n'a été fourni que par l'un d'entre eux.

A lecture de cette consultation, et d'autres pièces du dossier, l'on comprend que pour l'application du paragraphe 2 de l'article 123 du Code de la famille ukrainien (pièce 4), qui stipule que *« si un embryon conçu par les époux au moyen de technologies de reproduction assistée est transféré dans le corps d'une autre femme, les époux sont les parents de l'enfant »,* il est exigé que le couple soit marié, que le matériel biologique soit fourni par au moins un des deux époux, et qu'il n'y ait pas de lien biologique entre l'embryon et la mère de substitution.

Enfin, s'il est exact que le dossier ne contient pas d'information quant à l'état civil de la mère porteuse et au consentement éventuel du mari de celle-ci, il n'apparaît pas que la loi ukrainienne exige ce consentement, avant que ne puisse être établie la filiation avec les parents « génétiques ».

Il apparaît ainsi que les éléments factuels concernant la conception et la naissance de l'enfant semblent correspondre aux conditions posées par le droit ukrainien à la validité d'un contrat de gestation pour autrui.

6.3.

L'Etat belge estime qu'il n'y a aucune apparence de droit quant à l'existence d'un lien de filiation paternelle ou maternelle entre Adam et les appelants et développe son argumentation comme suit :

- il rappelle les articles 27, 18 et 21 du Code de droit international privé pour contester la reconnaissance de l'acte de naissance en Belgique,
- il conteste la valeur probante du test ADN fourni par monsieur D[redacted], réalisé par internet par une société qui prétend procéder dans un laboratoire dont l'identité n'est pas révélée à des tests sur des prélèvements transmis par voie postale,
- il invoque l'article 327 du Code civil pour contester les actes de reconnaissance établis devant notaire, le 8 avril 2013 en ce qui concerne monsieur D[redacted] et le 27 mai 2013 en ce qui concerne madame R[redacted], puisque, selon cette disposition, la reconnaissance de l'enfant par un acte authentique ne peut avoir lieu que lorsqu'elle n'a pas été faite dans l'acte de naissance. Or, monsieur D[redacted] et madame R[redacted] tentent les deux méthodes de reconnaissance. Selon l'Etat belge, il ne peut donc être fait référence aux actes notariés établissant la reconnaissance qu'en fonction de la décision au fond,
- il soutient enfin que, quelle que soit la base juridique invoquée, il n'y a aucune possession d'état non-équivoque dans le chef de monsieur D[redacted] et madame R[redacted] pour les raisons suivantes :
  - l'acte de naissance est contraire aux dispositions belges,
  - tous les actes et faits invoqués ne sont que les conséquences de cet acte,
  - l'enfant est né dans le cadre d'une gestation pour autrui commerciale et donc contraire à l'ordre public belge,
  - l'enfant a été porté par une autre femme que madame R[redacted],
  - l'enfant n'est âgé que de trois mois,
  - sa filiation est l'objet depuis sa naissance de procédures judiciaires.

Au sujet de l'existence d'une cellule familiale et de la possession d'état, l'État belge fait observer par ailleurs que les attestations sont établies pour la plupart par des personnes qui n'ont jamais vu l'enfant.

6.4.

À ce jour, en droit interne belge, la gestation pour autrui ne fait pas l'objet d'une réglementation spécifique, bien que de nombreuses propositions de loi aient été déposées. Le droit commun doit donc être appliqué, et il apparaît de la doctrine qu'une convention de gestation pour autrui *« est considérée comme nulle eu égard à l'illicéité de son objet et de sa cause, au principe d'inviolabilité du corps humain et de l'état, et au droit inaliénable et indisponible pour la mère qui porte et met au monde un enfant de déterminer son lien de filiation. (...) Pour autant, la question de l'établissement d'un lien de filiation entre l'enfant et les « parents d'intention » est différente, sachant que c'est bien la validité au regard de l'ordre public belge de l'établissement des liens de filiation par les actes authentiques étrangers, qu'il y a lieu d'examiner, et non le contrat lui-même »* (C. HENRICOT, S. SAROLEA, J. SOSSON, *«La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger »*, note sous Liège, 6 septembre 2010, *RTDF, 4*/2010, p 1139).

En application de l'article 27 §1du Code de droit international privé, la reconnaissance d'un acte authentique étranger exige de vérifier *« si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi en tenant spécialement compte des articles 18 et 21 ».* Il n'est pas contestable que l'établissement du lien de filiation est soumis au droit belge, et ce en application de l'article 62 du même code et que l'intensité du rattachement du cas avec l'ordre juridique belge est de nature à donner un poids certain à l'ordre public interne, qui selon la doctrine, s'oppose à l'existence de ce type de conventions à tout le moins lorsqu'elles sont conclues à titre onéreux.

Il n'appartient pas à la cour, statuant en référé sur une demande urgente de mesure provisoire, de trancher au fond la question de l'établissement de la filiation paternelle et maternelle d'Adam et celle de la reconnaissance en Belgique de l'acte de naissance ukrainien.
A ce stade, la cour ne doit se fonder que sur des apparences de droit.

Or, même à supposer que la thèse de l'Etat belge concernant l'illicéité du recours à un contrat de gestation pour autrui doive être suivie, celle-ci ne pourrait faire obstacle qu'à la reconnaissance de la filiation maternelle attestée par l'acte de naissance, mais pas à l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant avec son père biologique.

6.5.

Différents éléments de fait tendent en l'espèce à rendre vraisemblable la paternité biologique de monsieur D[redacted] à l'égard d'Adam.

Le test ADN fourni par monsieur D[redacted] commandé sur internet, n'a pas de valeur probante en justice. L'acte de reconnaissance établi devant notaire le 8 avril 2013 ne pourra être apprécié qu'à la lumière de la question de la reconnaissance de l'acte de naissance établi en Ukraine. Il n'établit d'ailleurs pas une présomption de filiation biologique.

Cependant, d'autres pièces sont produites qui, elles, sont de nature à faire admettre dans les faits, les apparents liens biologiques entre Adam et monsieur D[redacted], à savoir le certificat de parenté génétique émis par la clinique de Kharkov, Centre de la reproduction humaine,(pièce 46) ainsi que l'article déposé en pièce 17, édité dans le journal « Le Monde » du 4 janvier 2013, décrivant en détail les pratiques de gestation pour autrui en Ukraine lequel précise (page 4) *« La règle est claire en Ukraine : il faut qu'un problème médical empêche le couple de procréer. Ensuite, il est inadmissible que la mère porteuse ait un lien génétique avec l'enfant qu'elle porte. En revanche, l'enfant doit en avoir avec au moins l'un des deux parents clients, issu du sperme du père ou de l'ovocyte de la mère.»*

La reconnaissance du lien de filiation paternelle à l'égard du père biologique n'apparaît pas, en l'espèce, heurter gravement l'ordre juridique belge, à tout le moins lorsqu'il n'est pas contesté qu'en droit ukrainien, aucun autre père légal n'est désigné.

En l'occurrence, le droit belge aurait permis qu'un père biologique reconnaisse un enfant conformément à l'article 329 bis du Code civil (voir aussi tribunal d'Anvers, 19 décembre 2008, inédit, cité en note de bas de page (2) dans HENRICOT, S.SAROLEA, J. SOSSON, *«La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger* », note sous Liège, 6 septembre 2010, *RTDF, 4*/2010, p 1139, et tribunal de Bruxelles, 15 février 2011, produit en pièce 50 dans le dossier des appelants).

6.6.

Sur la base de cette apparence de fait et de droit, la balance des intérêts commande de prendre en considération le droit de monsieur D[redacted] de mener une vie familiale avec Adam en Belgique et le droit d'Adam de s'attacher à monsieur D[redacted], de construire avec lui un lien précoce durable et de jouir de l'affection dont celui-ci souhaite l'entourer, sans attendre l'issue de la procédure au fond (article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme).

L'intérêt de l'Etat belge à attendre, à défaut de législation interne applicable, une décision au fond tranchant les questions d'ordre public soulevées par la problématique du recours à une mère porteuse en Ukraine ne peut contrebalancer l'intérêt d'Adam et de monsieur D[redacted] d'être réunis à bref délai, étant donné la situation d'urgence décrite, laquelle peut causer des dommages irréversibles au niveau de l'attachement précoce de l'enfant.

Le risque, dans le cas d'espèce, qu'un autre père souhaite revendiquer la paternité et la garde d'Adam et puisse légalement le faire, que ce soit en Ukraine ou en Belgique, est minime, voire inexistant.

Le risque qu'une mère, autre que madame R[redacted], ait l'intention et la volonté, en Ukraine, de revendiquer la maternité et la garde de l'enfant paraît également insignifiant.

En conséquence, il y a lieu de faire droit à la demande des appelants tendant à la délivrance d'un laissez-passer ou de tout autre document administratif approprié, permettant à l'enfant d'entrer sur le territoire belge accompagné de monsieur D[redacted], sans reconnaissance préjudiciable en ce qui concerne l'établissement au fond de ses liens de filiation.

Il n'y a aucune raison de croire que l'État belge ne se conformerait pas à la décision de justice, comme il l'a d'ailleurs assuré par le courriel du Ministre des affaires étrangères en réponse à une demande pressante de madame Rassart du 9 avril 2013 (pièce 21). La demande d'assortir la condamnation d'une astreinte n'est donc pas fondée.

7. Les dépens

L'État belge est la partie qui succombe. Il demeure néanmoins que les appelants ne sont pas étrangers à la situation d'urgence qui fonde leur demande et à l'imbroglio juridique qui entoure la naissance de l'enfant.

Il convient, dans ces conditions, de délaisser à chaque partie ses propres dépens des deux instances.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Statuant contradictoirement, en référé dans le cadre de l'article 584 du Code judiciaire,

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

Entendu Mme Devreux, substitut du procureur-général en son avis,

Écartant toutes autres conclusions contraires;

Déclare irrecevable l'appel en ce qu'il est formulé par les appelants en qualité de représentants de l'enfant Adam D[redacted], né le [redacted]2013,

Reçoit l'appel principal pour le surplus,

Le déclare fondé,

Reçoit l'appel incident et le déclare non fondé,

Réforme l'ordonnance dont appel, statuant à nouveau,

Déclare la demande recevable et fondée dans les limites ci-dessous,

Condamne l'Etat belge à délivrer à monsieur D[redacted], dans les 3 jours de la notification par le greffe de la présente décision, via le Consulat belge à Kiev, en Ukraine, un laissez-passer, ou tout autre document administratif approprié, au nom de l'enfant Adam D[redacted], né le [redacted]2013 à Karkhov (Ukraine), pour lui permettre de revenir en Belgique avec l'enfant,

Déboute pour le surplus,

Délaisse à chaque partie ses propres dépens des deux instances.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique de la 3ème chambre de la cour d'appel de Bruxelles, le **31 JUILLET 2013**.

où étaient présents:

Mme. A. de Poortere,	président,
Mme L. Bettens,	conseiller,
Mme M. de Hemptinne,	conseiller,
M. J. Van den Bossche,	greffier

J. Van den Bossche

M. de Hemptinne

L. Bettens

A. de Poortere