

Lecture du jeudi 27 octobre 2022

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

Mme A... B... a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Montreuil, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, en premier lieu, d'annuler la décision du 11 août 2022 par laquelle l'Agence de la biomédecine a refusé d'autoriser l'exportation de ses ovocytes aux fins d'assistance médicale à la procréation, en deuxième lieu, d'enjoindre à l'Agence de la biomédecine d'autoriser l'exportation de ses ovocytes aux fins d'assistance médicale à la procréation, sous astreinte de 500 euros par jour de retard à compter de la date de notification de l'ordonnance à intervenir et, en dernier lieu, de décider, en application des dispositions de l'article R. 522-13 du code de justice administrative, que l'ordonnance à intervenir sera exécutoire aussitôt rendue. Par une ordonnance n° 2213529 du 8 septembre 2022, le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil a rejeté sa demande.

Par une requête, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés le 22 septembre et les 14 et 19 octobre 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, Mme B... demande au juge des référés du Conseil d'Etat, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant au titre de la procédure de référé, d'enjoindre à l'Agence de la biomédecine d'autoriser l'exportation de ses ovocytes aux fins d'assistance médicale à la procréation, sous astreinte de 500 euros par jour de retard à compter de la date de notification de l'ordonnance à intervenir ;

3°) de mettre à la charge de l'Agence de la biomédecine le somme de 3 000 euros, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la condition d'urgence est satisfaite dès lors que, d'une part, la destruction des gamètes peut intervenir à tout moment et, d'autre part, compte tenu de son âge, la probabilité qu'elle puisse fonder une famille s'amointrit à mesure que le temps passe ;
- le refus d'autoriser l'exportation de ses gamètes porte une atteinte grave et manifestement illégale à son droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- les dispositions, d'une part, de l'article R. 2141-38 du code de la santé publique, qui limitent l'accès à l'assistance médicale à la procréation (AMP) à l'âge de 45 ans et, d'autre part, de l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique, interdisent de se rendre dans un autre pays membre de l'Union européenne pour utiliser ses propres gamètes, sur lesquelles la décision attaquée est fondée, portent une atteinte grave et manifestement illégale aux droits au respect de la vie privée et familiale, en privant les femmes concernées du droit de fonder une famille avec leur patrimoine génétique, dès lors, d'une part, que cette limite d'âge n'est justifiée par aucune raison médicale sérieuse, en l'absence de consensus sur l'âge auquel une femme ne pourrait plus porter un enfant, d'autre part, que la marge d'appréciation laissée aux pays membres du Conseil de l'Europe en ce qui concerne l'autorisation de certaines techniques d'AMP est conditionnée au fait qu'ils ne puissent interdire à leurs ressortissants de se rendre dans un autre pays membre pour y bénéficier d'une technique qui ne serait pas permise sur leur territoire, sans avoir à justifier d'un lien de rattachement à ce pays ;
- à supposer que les dispositions en cause soient compatibles avec les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la décision contestée porte en l'espèce, en les mettant en oeuvre, une atteinte grave et manifestement illégale à son droit de fonder une famille avec son patrimoine génétique, dès lors, d'une part, que la décision d'autoriser l'exportation de ses gamètes en Espagne ne pouvait être subordonnée à l'exigence d'un lien de rattachement à ce pays, d'autre part, que si le protocole de surveillance d'un an qui lui avait été prescrit après son traitement faisait obstacle à ce que l'implantation d'un embryon puisse être réalisé avant 45 ans, son état de santé est désormais totalement compatible avec son projet de grossesse ;
- les dispositions de l'article L. 2141-11-1 sont contraires aux dispositions de la directive 2011/24 UE du Parlement

européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, en tant qu'elles restreignent la libre prestation de service, qui inclut la liberté pour le bénéficiaire de soins de santé de se rendre dans un autre Etat membre pour y bénéficier de ces soins ;

Par un mémoire en défense et deux nouveaux mémoires, enregistrés les 4, 13 et 17 octobre 2022, l'Agence de la biomédecine conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 2 500 euros soit mise à la charge de la requérante au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative . Elle soutient que les moyens soulevés ne sont pas fondés. Le ministre de la santé et de la prévention a présenté des observations, enregistrées le 6 octobre 2022.

Après avoir convoqué à une audience publique, d'une part, Mme B..., et d'autre part, l'Agence de la biomédecine ;

Ont été entendus lors de l'audience publique du 13 octobre 2022, à 11 heures 15 :

- Me Lecuyer, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de Mme B... ;
- Mme B... ;
- la représentante de Mme B... ;
- Me Piwnica, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, avocat de l'Agence de la Biomédecine ;
- les représentants de l'Agence de la Biomédecine ;
- à l'issue de laquelle le juge des référés a fixé la clôture de l'instruction au 19 octobre 2022 à 12 heures ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment ses articles 49 et 56 ;
- la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 ;
- le code de la santé publique ;
- loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 ;
- le décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : " Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. (...) ".

Sur le cadre juridique applicable au litige :

2. Eu égard à son office, qui consiste à assurer la sauvegarde des libertés fondamentales, il appartient au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, de prendre, en cas d'urgence, toutes les mesures qui sont de nature à remédier aux effets résultant d'une atteinte grave et manifestement illégale portée, par une autorité administrative, à une liberté fondamentale, y compris lorsque cette atteinte résulte de l'application de dispositions législatives qui sont manifestement incompatibles avec les engagements européens ou internationaux de la France, ou dont la mise en oeuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements.

3. L'article L. 2141-2 du code de la santé publique, dans sa version issue de la loi du 2 août 2021 sur la bioéthique, dispose que : " L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental. Tout couple formé d'un homme et d'une femme ou de deux femmes ou toute femme non mariée ont accès à l'assistance médicale à la procréation après les entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire effectués selon les modalités prévues à l'article L. 2141-10. (...). Les conditions d'âge requises pour bénéficier d'une assistance médicale à la procréation sont fixées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Agence de la biomédecine. Elles prennent en compte les risques médicaux de la procréation liés à l'âge ainsi que l'intérêt de l'enfant à naître. ". Aux termes de l'article L. 2141-11 du même code : " I. Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée peut bénéficier du recueil ou du prélèvement et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, en vue de la préservation ou de la restauration de sa fertilité ou en vue du rétablissement d'une

fonction hormonale. (...) Le recueil, le prélèvement et la conservation mentionnés au premier alinéa sont subordonnés au consentement de l'intéressé (...) III.- La personne majeure dont les gamètes ou les tissus germinaux sont conservés en application du présent article est consultée chaque année. Elle consent par écrit à la poursuite de cette conservation. / Si elle ne souhaite plus poursuivre cette conservation ou si elle souhaite préciser les conditions de conservation en cas de décès, elle consent par écrit : / 1° A ce que ses gamètes fassent l'objet d'un don en application du chapitre IV du titre IV du livre II de la première partie ; / 2° A ce que ses gamètes ou ses tissus germinaux fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues aux articles L. 1243-3 et L. 1243-4 ; (...) IV.- En l'absence de réponse de la personne majeure durant dix années consécutives, il est mis fin à la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux. Le délai de dix années consécutives court à compter de la majorité de la personne. / Lorsque la personne atteint un âge ne justifiant plus l'intérêt de la conservation et en l'absence du consentement prévu aux 1° ou 2° du III, il est mis fin à cette conservation. Cette limite d'âge est fixée par un arrêté du ministre chargé de la santé, pris après avis de l'Agence de la biomédecine. (...) ". L'article L. 2141-12 de ce code dispose que : " I. Une personne majeure qui répond à des conditions d'âge fixées par un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Agence de la biomédecine, peut bénéficier, après une prise en charge médicale par l'équipe clinico-biologique pluridisciplinaire, du recueil, du prélèvement et de la conservation de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation dans les conditions prévues au présent chapitre (...) ". Il résulte de ces dispositions qu'en principe, le dépôt et la conservation des gamètes ne peuvent être autorisés, en France, qu'en vue de la réalisation d'une assistance médicale à la procréation entrant dans les prévisions légales du code de la santé publique.

4. En outre, en vertu des dispositions de l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique : " L'importation et l'exportation de gamètes ou de tissus germinaux issus du corps humain sont soumises à une autorisation délivrée par l'Agence de la biomédecine. Elles sont exclusivement destinées à permettre la poursuite d'un projet parental par la voie d'une assistance médicale à la procréation ou la restauration de la fertilité ou d'une fonction hormonale du demandeur, à l'exclusion de toute finalité commerciale. / Seul un établissement, un organisme, un groupement de coopération sanitaire ou un laboratoire titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 2142-1 pour exercer une activité biologique d'assistance médicale à la procréation peut obtenir l'autorisation prévue au présent article. / Seuls les gamètes et les tissus germinaux recueillis et destinés à être utilisés conformément aux normes de qualité et de sécurité en vigueur, ainsi qu'aux principes mentionnés aux articles L. 1244-3, L. 1244-4, L. 2141-2, L. 2141-3, L. 2141-11 et L. 2141-12 du présent code et aux articles 16 à 16-8 du code civil, peuvent faire l'objet d'une autorisation d'importation ou d'exportation. / Toute violation des prescriptions fixées par l'autorisation d'importation ou d'exportation de gamètes ou de tissus germinaux entraîne la suspension ou le retrait de cette autorisation par l'Agence de la biomédecine ".

5. Aux termes de l'article R. 2141-38 du code de la santé publique, issu du décret du 28 septembre 2021 fixant les conditions de la prise en charge des parcours d'assistance médicale à la procréation : " L'insémination artificielle, l'utilisation de gamètes ou de tissus germinaux recueillis, prélevés ou conservés à des fins d'assistance médicale à la procréation en application des articles L. 2141-2, L. 2141-11 et L. 2141-12, ainsi que le transfert d'embryons mentionné à l'article L. 2141-1, peuvent être réalisés : / 1° Jusqu'à son quarante-cinquième anniversaire chez la femme, non mariée ou au sein du couple, qui a vocation à porter l'enfant (...) ".

Sur le litige en référé :

6. Il résulte de l'instruction qu'en 2015, Mme B... a procédé à un dépôt de ses gamètes au centre d'étude et de conservation des oeufs et du sperme de ..., en vue de la réalisation ultérieure d'une assistance médicale à la procréation. Par une décision du 11 août 2022, l'Agence de la biomédecine a rejeté la demande, présentée par cet établissement, d'autorisation de l'exportation de ces gamètes vers un établissement situé en Espagne au motif que Mme B... avait dépassé la limite d'âge de quarante-cinq ans fixée par les dispositions de l'article R. 2141-38 du code de la santé publique. Mme B... relève appel de l'ordonnance du 8 septembre 2022 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, a rejeté sa demande tendant à l'annulation de cette décision.

7. En premier lieu, le moyen tiré de ce que l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique serait incompatible avec la directive 2011/24 UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, dont l'objet est d'améliorer en cette matière la libre circulation des marchandises et des personnes et la libre prestation de services, ne peut qu'être écarté dès lors, en tout état de cause, qu'il ne ressort ni des termes de cette directive, ni de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne que les mesures relatives à la possibilité de déplacer des gamètes prélevés et conservés sur le territoire d'un Etat membre vers un établissement situé sur le territoire d'un autre Etat membre entreraient dans le champ d'application des règles définies par cette directive ou du principe de libre prestation de services.

8. En second lieu, d'une part, les dispositions mentionnées aux points 3 et 4 ne sont pas incompatibles avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, en particulier, de son article 8. En effet, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique subordonne le bénéfice d'une assistance médicale à la procréation à des conditions d'âge fixées par décret en Conseil d'Etat, pris après avis de l'Agence de la biomédecine, en prenant en compte les risques médicaux de la procréation liés à l'âge ainsi que l'intérêt de l'enfant à naître. En l'état des données acquises de la science, rappelé en particulier par les avis rendus le 8 juin 2017 et le 14 juin 2021 par le conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine, le risque médical pour l'enfant et pour la mère s'accroît avec l'âge de celle-ci au moment de la grossesse, en particulier à partir de quarante ans. Dès lors, le principe d'une condition d'âge pour recourir à l'assistance médicale à la procréation, qui relève de la marge d'appréciation dont chaque Etat dispose, dans sa juridiction,

pour l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il est garanti par les stipulations de l'article 8 de cette convention. Les dispositions de l'article L. 2141-11-1 du code de la santé publique, qui interdisent que les gamètes déposés en France puissent faire l'objet d'un transfert, s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national et visent ainsi à faire obstacle à tout contournement des dispositions de l'article L. 2141-2, ne méconnaissent pas davantage les exigences nées de l'article 8 de cette convention. D'autre part, en fixant la limite d'âge au quarante-cinquième anniversaire pour la femme qui a vocation à porter l'enfant, âge prenant en considération tant les risques médicaux de la procréation liés à l'âge ainsi que l'intérêt de l'enfant à naître, le Premier ministre n'a pas fixé, par les dispositions de l'article R. 2141-38 du code de la santé publique, une règle manifestement illégale.

9. Toutefois, la compatibilité de la loi avec les stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette convention. Il appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la convention qui résulte de la mise en oeuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive.

10. Il résulte de l'instruction que la demande d'autorisation du déplacement des gamètes de Mme B... vers l'Espagne est fondée sur la possibilité d'y bénéficier d'une assistance médicale à la procréation au-delà de la limite d'âge fixée par les dispositions citées au point 5. Mme B..., de nationalité française, n'entretient aucun lien avec l'Espagne. La circonstance qu'une grave maladie ne lui ait pas permis d'envisager une grossesse entre quarante et quarante-cinq ans ne suffit pas à établir que la décision contestée porterait une atteinte manifestement excessive au droit au respect de la vie privée et familiale.

11. Il résulte de tout ce qui précède que Mme B... n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil a rejeté sa demande. Son appel doit être rejeté, y compris sa demande tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce de faire droit aux conclusions présentées à ce titre par l'Agence de la biomédecine.

ORDONNE :

Article 1er : La requête de Mme B... est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de l'Agence de la biomédecine tenant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à Mme A... B... et à l'Agence de la biomédecine.

Copie en sera adressée au ministre de la santé et de la prévention.

Délibéré à l'issue de la séance du 13 octobre 2022 où siégeaient : M. Nicolas Boulouis, conseiller d'Etat, président ; Mme Nathalie Escaut et M. Jean-Yves Ollier, conseillers d'Etat, juges des référés.

Fait à Paris, le 27 octobre 2022

Signé : Nicolas Boulouis
