

N° 1906270

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Mme J...

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Mme F... L...

Mme I... K...

M. B... A...

Juges des référés

Le juge des référés

Ordonnance du 20 décembre 2019

54-035-03

C

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 16 décembre 2019, Mme H... J..., représentée par Me G..., demande au juge des référés, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

1°) d'ordonner la suspension de la lettre du 22 août 2019 par laquelle le centre hospitalier universitaire de Brest lui a indiqué que le « transfert d'embryon post-mortem n'(était) pas autorisé »,

2°) d'enjoindre au directeur du centre hospitalier universitaire de Brest de prendre, dans un délai de sept jours à compter la notification de la présente ordonnance, toutes mesures utiles pour permettre l'exportation de ses embryons vers le centre de reproduction assistée de l'hôpital de Barcelone en Espagne,

3°) de mettre à la charge du centre hospitalier universitaire de Brest une somme de 2 500 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- de son union avec M. J..., est née une première fille le 21 octobre 2014 ; en décembre 2016, M. J... est tombé gravement malade ; en raison du risque d'infertilité compromettant leur projet d'avoir de nouveaux enfants, ils ont bénéficié d'une prise en charge par le centre d'études et de conservation des œufs et du sperme du centre hospitalier universitaire de Brest en vue d'une fécondation in vitro ; à la suite de l'échec de plusieurs tentatives d'insémination artificielle en 2017, une procréation médicalement assistée par transfert d'embryon a été envisagée ; à cet effet, cinq embryons ont été conservés par l'établissement ; en avril 2018, Mme J... a ainsi pu entamer une grossesse et donner naissance, le 31 décembre 2018, à une deuxième fille ; le couple a émis le souhait d'avoir un troisième enfant mais M. J..., emporté par sa maladie, est décédé le

21 avril 2019 ; par la suite, Mme J... a entamé des démarches pour exporter ses embryons en Espagne afin d'y réaliser un transfert ; par lettre du 22 août 2019, le centre hospitalier universitaire de Brest lui a indiqué qu'il n'était pas possible de procéder à un tel transfert après la mort de son époux ;

- l'urgence est caractérisée : le refus de transférer ses embryons en Espagne l'empêche d'avoir un nouvel enfant, conformément à la volonté de son défunt époux, alors même que la loi espagnole autorise la procréation post-mortem dans les 12 mois suivant le décès du mari et règle la filiation paternelle ; le délai expirera le 21 avril 2020 ; il lui reste donc peu de temps pour exporter ses embryons et procéder à l'intervention, plusieurs tentatives pouvant s'avérer nécessaires pour entamer une grossesse ;

- sur l'atteinte grave et manifestement illégale au droit au respect de sa vie privée et familiale et de celle de ses enfants : l'application des articles L. 2141-2, L. 2141-11 et L. 2141-11-1 du code de la santé publique peut, dans certaines circonstances particulières, constituer une ingérence disproportionnée au droit protégé par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que l'a reconnu le Conseil d'État (CE, 31 mai 2016, n° 396848) ; c'est le cas en l'espèce dès lors qu'elle et son défunt époux avaient le projet d'avoir au moins trois enfants ensemble, qu'ils ont fait plusieurs tentatives et que M. J... a clairement et expressément affirmé sa volonté en faveur d'un transfert d'embryon même après son décès ; le projet parental et le consentement du père à ce qu'il soit poursuivi après son décès font partie intégrante du droit au respect de la vie privée et familiale ; le suivi médical de M. J... au centre hospitalier universitaire de Brest a contribué à la dégradation de son état de santé et à son décès prématuré, empêchant la réalisation d'un transfert d'embryon du vivant de celui-ci ; l'atteinte portée au droit à la vie privée et familiale est manifestement illégale ; cela aboutit à une situation paradoxale dans la mesure où le projet de loi bioéthique en cours de discussion prévoit d'ouvrir la procréation médicalement assistée aux femmes seules alors qu'elle ne le permet pas aux femmes dont le mari est décédé prématurément ; en outre, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu, au nom du droit au respect de la vie privée et familiale, le droit au respect de devenir ou non parent, le droit à devenir parent génétique y compris en recourant à une insémination, le droit d'une femme à obtenir le transfert de ses embryons pour les utiliser dans le cadre d'une fécondation in vitro ; une affaire relative à la procréation médicalement assistée et à l'utilisation de gamètes post mortem est actuellement en cours d'instance devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Par un mémoire en défense, enregistré le 18 décembre 2019, le centre hospitalier universitaire de Brest, représenté par Me C..., conclut au rejet de la requête et à ce que la somme de 1 500 euros soit mise à la charge de Mme J... en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- l'urgence n'est pas caractérisée au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : la requérante a attendu le 16 décembre 2019 pour contester la décision litigieuse qui est datée du 22 août 2019 ; en outre, la loi espagnole autorise la procréation médicalement assistée à titre posthume durant un an après le décès de l'époux ; ce délai n'expirant que le 21 avril 2000, la requérante pouvait former un recours en annulation accompagnée d'un référé-suspension sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ; en outre, le caractère irréversible de la décision n'est pas établi ; par ailleurs, le couple a déjà bénéficié d'une procréation médicalement assistée qui a permis la naissance de leur deuxième enfant le 31 décembre 2018 ;

- sur le défaut d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale : la législation française prohibant la procréation médicalement assistée post-mortem n'est pas incompatible avec l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; la requérante ne justifie pas de circonstances exceptionnelles susceptibles de caractériser une ingérence disproportionnée au regard de son droit à la vie privée et familiale ; la lettre dactylographiée et non signée émanant de son défunt époux ne permet pas d'établir un consentement précis et éclairé à un transfert d'embryon à titre posthume ; les témoignages émanant de la mère de M. J... et de la mère de Mme J... ne sont pas non plus suffisants ; il n'est pas produit d'élément faisant état de la volonté commune et éclairée du couple de voir naître un enfant après le décès de M. J... ; par ailleurs, Mme J... est déjà mère de deux enfants ; enfin, l'intérêt supérieur de l'enfant à naître doit être pris en compte, ce qui n'est pas possible dans le cadre de la présente instance de référé-liberté.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;
- le code de la santé publique ;
- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a décidé que la nature de l'affaire justifiait qu'elle soit jugée, en application du dernier alinéa de l'article L. 511-2 du code de justice administrative, par une formation composée de trois juges des référés et a désigné Mmes L... et K... et M. A..., premiers conseillers, pour statuer.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique du 18 décembre 2019 :

- le rapport de M. A..., juge des référés ;
- les observations de Me D..., représentant Mme J... qui a repris et développé ses écritures en précisant que la décision attaquée valait refus d'exporter les embryons, et en insistant notamment sur l'urgence à réaliser cette exportation pour permettre un transfert d'embryon avant le 21 avril 2020, sur le consentement parfaitement clair et éclairé émis par M. J... en faveur d'un transfert d'embryon après son décès, sur l'existence des embryons qui traduit un début de concrétisation de leur projet, sur le caractère indifférent de leurs deux enfants déjà nés au regard de l'atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale dans la mesure où ils avaient le projet d'avoir au moins trois enfants, et sur la situation familiale qui permettra d'assurer une prise en charge de l'enfant à naître conforme à son intérêt supérieur ;
- les explications de Mme J... qui a notamment précisé que quatre embryons étaient encore conservés au centre hospitalier universitaire de Brest et qu'elle avait bien demandé à cet établissement, par téléphone, de procéder à l'exportation de ses embryons vers un établissement en Espagne ;
- les observations de Me C..., représentant le centre hospitalier universitaire de Brest, qui a repris et développé ses écritures, en insistant sur l'absence de conséquences irréversibles en l'absence d'exportation immédiate des embryons, sur le fait que le couple avait déjà eu deux enfants, sur l'état du droit actuel qui ne permet pas le transfert d'embryon après le décès du père, sur l'absence de circonstances particulières de nature à caractériser une ingérence excessive au regard de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des

libertés fondamentales, et sur l'impossibilité pour le tribunal d'ordonner l'exportation des embryons.

La clôture de l'instruction a été prononcée à l'issue de l'audience.

Une note en délibéré présentée pour Mme J... a été enregistrée le 18 décembre 2019 à 18 h 27.

Considérant ce qui suit :

Sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative :

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. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.* » 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 œuvre entraînerait des conséquences manifestement contraires aux exigences nées de ces engagements.

2. Parents d'une première fille née le 21 octobre 2014, M. et Mme J... avaient formé ensemble le projet d'avoir d'autres enfants. Suite au diagnostic d'une grave maladie dont le traitement risquait d'altérer sa fertilité, M. J... a procédé, en 2016, à un dépôt de gamètes au centre d'études et de conservation des œufs et du sperme du centre hospitalier universitaire de Brest. À la suite à l'échec de plusieurs tentatives d'insémination artificielle, il a été procédé à la conservation, à partir des 17 et 18 février 2018, de cinq embryons conçus à partir des gamètes du couple. Grâce au transfert d'un embryon, Mme J... a pu entamer une grossesse en avril 2018 et donner naissance à une deuxième petite fille le 31 décembre 2018. Emporté par la maladie, M. J... est décédé le 21 avril 2019. Par la suite, Mme J... s'est rapprochée du centre de reproduction de l'hôpital de Barcelone en Espagne pour envisager un transfert d'embryon. Elle a pris contact avec le centre hospitalier universitaire de Brest qui, par courrier du 22 août 2019, lui a indiqué que « le transfert d'embryon post-mortem n'est pas autorisé ». Dès lors qu'il n'est pas contesté qu'elle a bien demandé au centre hospitalier brestois d'envisager l'exportation de ses embryons vers l'établissement barcelonais, ce courrier du 22 août 2019 peut être regardé comme valant refus de procéder à une telle exportation. Mme J... a saisi le tribunal, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, pour qu'il ordonne la suspension de cette décision ainsi que toutes mesures utiles à la réalisation de cette exportation.

3. Aux termes de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique : « *L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. / L'homme et la*

femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation. ». Aux termes de l'article L. 2141-3 du même code : « Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les objectifs d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 2141-1. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple. / Compte tenu de l'état des techniques médicales, les membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que soit tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser ultérieurement leur projet parental. Dans ce cas, ce nombre est limité à ce qui est strictement nécessaire à la réussite de l'assistance médicale à la procréation, compte tenu du procédé mis en œuvre (...) » L'article L. 2141-4 du même code prévoit que : « I.- Les deux membres du couple dont des embryons sont conservés sont consultés chaque année par écrit sur le point de savoir s'ils maintiennent leur projet parental. / II.- S'ils n'ont plus de projet parental ou en cas de décès de l'un d'entre eux, les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, peuvent consentir à ce que : 1° Leurs embryons soient accueillis par un autre couple dans les conditions fixées aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6 ; / 2° Leurs embryons fassent l'objet d'une recherche dans les conditions prévues à l'article L. 2151-5 ou, dans les conditions fixées par cet article et les articles L. 1121-4 et L. 1125-1, à ce que les cellules dérivées à partir de ceux-ci entrent dans une préparation de thérapie cellulaire à des fins exclusivement thérapeutiques ; / 3° Il soit mis fin à la conservation de leurs embryons. / Dans tous les cas, le consentement ou la demande est exprimé par écrit et fait l'objet d'une confirmation par écrit après un délai de réflexion de trois mois. En cas de décès de l'un des membres du couple, le membre survivant ne peut être consulté avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du décès, sauf initiative anticipée de sa part. (...) IV.- Lorsque les deux membres d'un couple, ou le membre survivant, ont consenti, dans les conditions prévues aux articles L. 2141-5 et L. 2141-6, à l'accueil de leurs embryons et que ceux-ci n'ont pas été accueillis dans un délai de cinq ans à compter du jour où ce consentement a été exprimé par écrit, il est mis fin à la conservation de ces embryons. » Il résulte de ces dispositions qu'en principe, la conservation d'embryons ne peut être autorisée 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. Par ailleurs, l'article L. 2141-9 du code de la santé publique prévoit que : « *Seuls les embryons conçus avec les gamètes de l'un au moins des membres d'un couple et dans le respect des principes fondamentaux prévus par les articles 16 à 16-8 du code civil peuvent entrer sur le territoire où s'applique le présent code ou en sortir. Ces déplacements d'embryons sont exclusivement destinés à permettre la poursuite du projet parental de ce couple ; ils sont soumis à l'autorisation de l'Agence de la biomédecine. »* L'article R. 2141-14 de ce code précise : « *L'autorisation de déplacement d'embryons mentionnée à l'article L. 2141-9 est délivrée par le directeur général de l'Agence de la biomédecine à un établissement, organisme ou laboratoire de biologie médicale autorisés à pratiquer les activités biologiques d'assistance médicale à la procréation mentionnées au 2° de l'article R. 2142-1 pour permettre à un couple de poursuivre son projet parental. »*

5. Les dispositions mentionnées aux points 3 et 4 ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'interdiction posée par l'article L. 2141-2 du code de la santé publique de procéder, en cas de décès du mari, à un transfert d'embryon au profit de sa veuve, relève de la marge d'appréciation dont chaque État dispose, dans sa juridiction, pour

l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et elle ne porte pas, par elle-même, 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. 2141-9 de ce même code qui interdit également que des embryons conservés en France puissent faire l'objet d'une exportation, s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national, visent à faire obstacle à tout contournement des dispositions de l'article L. 2141-2 et ne méconnaissent pas davantage, par elles-mêmes, les exigences nées de l'article 8 de cette convention.

6. 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 œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive.

7. Il résulte de l'instruction que M. et Mme J..., déjà parents de deux petites filles nées de leur union, avaient le projet d'avoir au moins un nouvel enfant. Dans un courrier du 30 janvier 2019 que son état de santé ne lui permettait pas de rédiger et de signer de manière manuscrite, M. J... a fait état de ce projet parental et de son souhait que son épouse puisse, s'il venait à décéder prématurément, utiliser les embryons conservés, précisant qu'il savait que c'était autorisé en Espagne et non en France, et indiquant en revanche qu'il ne voulait que ses paillettes soient utilisées ou étudiées mais qu'il voulait qu'elles soient détruites. Toutefois, malgré ce projet et la volonté ainsi exprimée, Mme J..., qui est de nationalité française et réside en France, ne se prévaut d'aucun lien particulier avec l'Espagne, pays dans lequel un établissement de santé est en mesure de procéder à un transfert d'embryon post-mortem. Ainsi, le projet de transfert d'embryon à l'étranger poursuivi par Mme J... a pour effet de contourner les dispositions législatives françaises qui font obstacle à sa réalisation. Dans ces conditions, compte tenu des intérêts légitimes qui fondent la législation française actuellement en vigueur, et eu égard à la circonstance que deux enfants sont nés de l'union de M. et Mme J..., la décision contestée ne porte pas au droit de Mme J... au respect de sa vie privée et familiale garanti par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une atteinte excessive. Cette décision de refus ne porte donc pas une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

8. Il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition d'urgence, que les conclusions présentées par Mme J... sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative doivent être rejetées.

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

9. Il résulte des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, que le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée, et peut, même d'office, ou pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.

10. Ces dispositions font obstacle aux conclusions de Mme J... dirigées contre le centre hospitalier universitaire de Brest qui n'est pas, dans la présente instance de référé, la partie perdante.

11. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions du centre hospitalier universitaire de Brest présentées sur le fondement de ces dispositions.

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête de Mme J... est rejetée.

Article 2 : Les conclusions présentées par le centre hospitalier universitaire de Brest en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée Mme J..., au centre hospitalier universitaire de Brest et à Me E... G....

Copie de la présente ordonnance sera adressée à l'Agence de la biomédecine.

Fait à Rennes, le 20 décembre 2019.

Le juge des référés,

signé

F. L...

Le juge des référés,

signé

V. K...

Le juge des référés,

signé

D. A...

La greffière d'audience,

signé

P. Cardenas

La République mande et ordonne à la ministre des affaires sociales et de la santé en ce qui la concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.