

**COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE VERSAILLES**

N° 17VE00824

AGENCE DE LA BIOMEDECINE

M. Olson
Président

Mme Besson-Ledey
Rapporteur

Mme Orio
Rapporteur public

Audience du 14 février 2018
Lecture du 5 mars 2018

Code PCJA : 61-05-05
26-055-01-08
Code Lebon : R

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La Cour administrative d'appel de Versailles

Formation plénière

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

M. et Mme E...B...ont demandé au Tribunal administratif de Montreuil d'annuler la décision du 24 juin 2016 par laquelle la directrice générale de l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE a rejeté leur demande d'autorisation d'exportation de gamètes et de tissus germinaux aux fins d'assistance médicale à la procréation (AMP).

Par un jugement n° 1606724 du 14 février 2017, le Tribunal administratif de Montreuil a annulé la décision litigieuse et a enjoint à la directrice générale de l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE de procéder au réexamen de la demande de M. et Mme B..., dans le délai d'un mois.

Procédure devant la Cour :

Par une requête et un mémoire, enregistrés les 14 mars et 15 mai 2017, l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE, représentée par la SCP Piwnica et C..., avocats, demande à la Cour :

1° d'annuler ce jugement et de rejeter la demande présentée par M. et Mme B...devant le tribunal ;

2° de mettre à la charge de M. et Mme B...le versement d'une somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

L'AGENCE DE LA BIOMEDECINE soutient que :

- le jugement est irrégulier en ce qu'il ne s'est pas prononcé sur l'intérêt supérieur de l'enfant à naître invoqué en défense et est entaché d'une omission à statuer sur un moyen ou, à tout le moins, d'une insuffisance de motivation ; qu'en se bornant à constater qu'aucune disposition légale ou réglementaire ne fixe un âge au-delà duquel un homme n'est plus apte à procréer, alors qu'elle avait fait valoir que la condition tenant à ce que les membres du couple soient en âge de procréer s'applique tant à la femme qu'à l'homme, le jugement est également insuffisamment motivé sur ce point ;

- en excluant que l'âge du bénéficiaire puisse être le seul élément pris en considération dans certaines circonstances, en particulier lorsque l'homme a atteint un âge avancé, pour refuser une autorisation d'exportation de gamètes et de tissus germinaux, alors que la loi pour des raisons tant sanitaires, en raison de risques génétiques pour l'enfant à naître, que sociales, du fait d'un important décalage générationnel, écarte des bénéficiaires possibles de l'AMP les couples trop âgés, les premiers juges ont commis une erreur de droit ; en effet plusieurs recherches scientifiques ont mis en évidence l'impact négatif de l'âge avancé du géniteur tant sur sa fertilité que sa descendance, exposée à des risques de maladies génétiques, la commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction ayant d'ailleurs proposé en juillet 2004 la révision du guide des bonnes pratiques en recommandant, pour des raisons associant l'efficacité des techniques de l'AMP et l'intérêt de l'enfant, de ne pas accéder à une demande d'AMP lorsque l'âge de la femme est supérieur à 42 ans et celui de l'homme à 59 ans révolus, étant rappelé qu'en matière de dons de spermatozoïdes la limite d'âge est fixée à 44 ans ;

- elle n'a commis ni erreur de droit, ni erreur de qualification juridique, ni erreur manifeste d'appréciation en estimant qu'eu égard à son âge M. B...ne pouvait être regardé comme étant en âge de procréer au sens des articles L. 2141-2 et L. 2141-11-1 du code de la santé publique ;

- l'intérêt de l'enfant à naître milite en faveur d'une limitation de l'accès à l'AMP pour un homme trop âgé ;

- la décision litigieuse n'a pas méconnu les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que le projet parental des intéressés était récent et qu'ils ont entendu rechercher en Espagne une réglementation plus favorable à la poursuite de leur projet ; la Cour européenne des droits de l'homme laisse en outre aux Etats membres une grande marge d'appréciation en matière de réglementation sur l'aide médicale à la procréation ;

- la décision en cause ayant été prise au nom de l'Etat, aucun frais ne saurait être mis à sa charge au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par un mémoire en défense, enregistré le 13 avril 2017, M. et Mme B..., représentés par Me Roques, avocat, concluent au rejet de la requête, à ce qu'il soit enjoint à la directrice générale de l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE d'autoriser le laboratoire Eylau à exporter les gamètes de M. B...au centre IVI en Espagne ou, à défaut, de procéder au réexamen de leur demande, dans le délai d'un mois, sous astreinte de 100 euros par jour de retard et à ce que soit mise à la charge de l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ils soutiennent qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé et que la décision en litige méconnaît les droits qui leur sont garantis par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Par un mémoire complémentaire, enregistré le 17 mai 2017, l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE conclut au rejet des conclusions de M. et Mme B...tendant à ce qu'il lui soit enjoint d'autoriser le laboratoire Eylau à exporter les gamètes de M. B...au centre IVI en Espagne, dès lors que sa décision du 15 mai 2017 accordant l'autorisation sollicitée a été exécutée.

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 ;
- l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation ;
- le code de justice administrative.

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

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Besson-Ledey,
- les conclusions de Mme Orio, rapporteur public,
- et les observations de Me C...pour l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE et celles de Me Roques pour M. et MmeB....

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M. et MmeB..., ne pouvant naturellement donner naissance à un enfant en raison, d'une part, d'une contamination par le VIH et d'une baisse importante de production d'ovocytes concernant Mme B...et, d'autre part, d'anomalies génitales affectant la fertilité de M. B...en raison d'une azoospermie, ont envisagé de réaliser un projet parental dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, en ayant recours à une fécondation in vitro avec don d'ovocytes et utilisation des gamètes congelés de M.B..., recueillis entre 2008 et 2010 préventivement à l'altération de sa fertilité ; qu'à cette fin le laboratoire d'analyses de biologie médicale Eylau, situé à Paris, a présenté, le 25 mai 2016, à l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE pour le compte de M. et Mme B...une demande tendant à obtenir l'autorisation d'exporter les gamètes conservés de M. B...vers un établissement de santé spécialisé en AMP à Valence (Espagne) ; que, par une décision du 24 juin 2016, la directrice générale de cette agence a rejeté la demande d'autorisation formée devant elle, au motif que M.B..., né en 1946, ne pouvait être regardé comme étant encore en âge de procréer au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique ; que l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE relève appel du jugement du 14 février 2017, par lequel le Tribunal administratif de Montreuil a annulé la décision litigieuse et lui a enjoint de procéder au réexamen de la demande de M. et Mme B...dans un délai d'un mois ;

Sur le cadre juridique applicable au litige :

2. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 2114-1 du code de la santé publique « *Les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle et de la stimulation ovarienne, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé (...).* » ; qu'aux termes de l'article L. 2141-2 du code du même code : « *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. » ; qu'aux termes de l'article L. 2141-11 de ce même code : « 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 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, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle. / Les procédés biologiques utilisés pour la conservation des gamètes et des tissus germinaux sont inclus dans la liste prévue à l'article L. 2141-1, selon les conditions déterminées par cet article. » ; qu'aux termes de l'article R. 2142-24 du même code : « L'établissement de santé ou l'organisme doit respecter les règles de bonnes pratiques définies par arrêté du ministre chargé de la santé, pris sur proposition du directeur général de l'Agence de la biomédecine après avis de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. Ces règles tiennent compte des recommandations de la Haute Autorité de santé conformément aux dispositions du 2° de l'article L. 161-37 du code de la sécurité sociale » ; qu'aux termes du II.2. de l'annexe à l'arrêté du ministre de la santé du 11 avril 2008 fixant les règles de bonnes pratiques mentionnées ci-dessus : « Pour chaque couple et chaque tentative, la balance bénéfico-risque du recours à l'AMP est évaluée (...). Elle prend en compte notamment l'âge des membres du couple, la durée d'infertilité, les résultats du bilan diagnostique, les risques et l'efficacité des techniques » ; qu'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 ;

3. Considérant, d'autre part, qu'aux termes 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. / Seul un établissement, un organisme 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. 2141-7 et L. 2141-11 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. » ; que ces dispositions interdisent que les gamètes déposés 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 ;

4. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, l'article L. 2141-2 du code de la santé publique fait figurer au nombre des conditions requises pour pouvoir bénéficier d'une technique d'assistance médicale à la procréation, la condition tenant à ce que l'homme et la femme formant le couple soient l'un comme l'autre encore en « âge de procréer » ; qu'en édictant cette disposition, éclairée notamment par les travaux préparatoires de la loi n° 94-654 du

19 juillet 1994 dont elle est issue, le législateur a entendu préserver à la fois l'intérêt de l'enfant à naître, afin que celui-ci ne soit pas exposé à certains risques inhérents au recours à une assistance médicale à la procréation, celui de la femme, les techniques de stimulations ovariennes étant éprouvantes et non sans risque pour sa santé et enfin celui de la société, eu égard au coût élevé mis à la charge des caisses de sécurité sociale lorsqu'il est fait usage de cette technique ; qu'au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, l'« *âge de procréer* » doit être entendu comme étant celui au cours duquel les capacités procréatives de l'homme et de la femme ne sont pas altérées par le vieillissement ; qu'il incombe en pareil cas à l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE, devant veiller au respect des intérêts mentionnés ci-dessus, d'apprécier sous le contrôle du juge si la demande dont elle est saisie remplit, parmi les conditions légalement exigibles, celle selon laquelle l'homme et la femme ayant formé la demande n'ont pas atteint un âge au-delà duquel le vieillissement est susceptible d'altérer leurs capacités reproductives respectives ; qu'il revient à l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE de vérifier le respect de cette condition, en fonction des connaissances scientifiques disponibles ;

5. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier, notamment de différentes études médicales menées par des chercheurs de l'Inserm en 2011 et le collège national des gynécologues et obstétriciens de France en 2010 que, si un homme peut parfois être père à un âge très avancé, une telle paternité accroît le risque de mutations génétiques à l'origine de troubles mentaux pour l'enfant, tels que la schizophrénie ou l'autisme ; que la commission nationale de médecine et biologie de la reproduction a préconisé en juillet 2004, pour des raisons associant l'efficacité des techniques d'assistance médicale à la procréation et l'intérêt de l'enfant, de ne pas accéder à une telle demande lorsque l'âge de l'homme est supérieur à 59 ans révolus ; que la fédération française des centres d'étude et de conservation des œufs et du sperme humains (CECOS) examine régulièrement, depuis 1973 et à la lumière des données les plus récentes issues des travaux scientifiques disponibles, la question de l'âge des donneurs de spermatozoïdes, actuellement fixé à 45 ans au maximum, afin de tenir compte des chances de succès d'une assistance médicale à la procréation, des risques de fausses couches spontanées, du risque malformatif et de la survenue de mutations génétiques liées à un âge avancé de l'homme ; qu'en fonction des connaissances scientifiques ainsi disponibles, un homme peut être regardé comme étant « *en âge de procréer* », au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, jusqu'à un âge d'environ 59 ans, au-delà duquel les capacités procréatives de l'homme sont généralement altérées ;

Sur le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique :

6. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit aux points 2 à 5 que c'est à bon droit que M.B..., qui était âgé de 69 ans lorsqu'il a sollicité l'autorisation de transfert, a été regardé comme n'étant plus en âge de procréer, au sens de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, alors même qu'il avait fait procéder à la conservation de ses gamètes et tissus germinaux alors qu'il était âgé de 63 ans ; que l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE n'a, dès lors, commis ni erreur de droit ni erreur d'appréciation en refusant l'exportation de ceux-ci ; qu'elle est, par suite, fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont accueilli le moyen tiré de la méconnaissance de ces mêmes dispositions pour annuler la décision de sa directrice générale en date du 24 juin 2016 ;

Sur les autres moyens soulevés par M. et MmeB... :

7. Considérant, toutefois, qu'il appartient à la Cour, saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. et Mme B...à l'encontre de la décision litigieuse ;

8. Considérant, en premier lieu, que par une décision n° 2016-02 du 1^{er} janvier 2016, publiée au Bulletin officiel « Santé – Protection sociale – Solidarité » n° 2016/3 du 15 avril 2016, la directrice générale de l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE a donné délégation à M. F...D..., directeur général adjoint chargé des ressources, pour signer, en son nom, « (...) *tout acte (...) intéressant l'agence* » ; que, par suite, le moyen tiré du défaut de délégation donnée au signataire de la décision attaquée doit être écarté ;

9. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* » ;

10. Considérant que M. B...a fait procéder entre 2008 et 2010 à un prélèvement et une congélation de ses gamètes, alors qu'il n'était pas encore marié avec Mme A...qu'il n'a épousée en Côte d'Ivoire qu'en janvier 2014 ; que le couple a envisagé de réaliser un projet parental dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, par le biais d'une fécondation in vitro avec don d'ovocytes et utilisation des gamètes congelés de M.B... ; que leur démarche n'ayant pu aboutir en France, ils ont entendu la poursuivre au centre IVI à Valence (Espagne) ; que, toutefois, le projet parental du couple, marié depuis seulement deux ans à la date de la décision attaquée, était récent et il ne ressort pas des pièces du dossier que Mme A...avait envisagé un tel projet avant son mariage avec M.B... ; que, par suite, eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce, le refus d'exportation des gamètes de M. B...qui a été opposé sur le fondement des dispositions précitées du code de la santé publique, lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français, n'a pas porté une atteinte disproportionnée au droit de M. et Mme B...au respect de leur vie privée et familiale, protégé par les stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

11. Considérant enfin que, si M. et Mme B...soutiennent que la décision en litige engendrerait, en méconnaissance de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une discrimination entre les hommes selon qu'ils procréent naturellement ou ont recours à une assistance médicale à la procréation, les situations ainsi invoquées ne sont pas analogues ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des droits qu'ils tiennent de ces stipulations ne peut être qu'écarté ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur la régularité du jugement attaqué, que l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le Tribunal administratif de Montreuil a annulé la décision de sa directrice générale du 24 juin 2016 refusant d'autoriser l'exportation, demandée par M. et MmeB..., de gamètes et de tissus germinaux aux fins d'assistance médicale à la procréation ;

Sur les conclusions aux fins d'injonction présentées par M. et MmeB... :

13. Considérant qu'il résulte des pièces du dossier qu'au cours de l'instruction de l'appel formé par l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE, celle-ci a autorisé le laboratoire Eylau à exporter les gamètes de M. B...au centre IVI en Espagne par une décision en date du 15 mai 2017, laquelle a été exécutée ; que, dès lors, les conclusions présentées par M. et Mme B...devant la Cour le 13 avril 2017, tenant à ce qu'il soit enjoint à l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE d'autoriser cette exportation, sont devenues sans objet ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

14. Considérant que, l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE n'étant pas la partie perdante dans la présente instance, les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées à ce titre par M. et MmeB... ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de M. et Mme B...le versement de la somme demandée au même titre par l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE, tant en première instance qu'en appel ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Le jugement n° 1606724 du Tribunal administratif de Montreuil du 14 février 2017 est annulé.

Article 2 : La demande présentée par M. et Mme B...devant le Tribunal administratif de Montreuil est rejetée.

Article 3 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions aux fins d'injonction présentées par M. et MmeB....

Article 4 : Les conclusions présentées par l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE et M. et Mme B...au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : Le présent arrêt sera notifié à l'AGENCE DE LA BIOMEDECINE et à M. et Mme E...B....

Délibéré après l'audience du 14 février 2018, à laquelle siégeaient :

M. Olson, président de la Cour,
Mme Helmholtz, premier vice-président,
M. Brotons, président de chambre,
Mme Signerin-Icre, président de chambre,
M. Beaujard, président de chambre,
M. Brumeaux, président de chambre,
Mme Doumergue, président de chambre,
Mme Besson-Ledey, président assesseur,
M. Livenais, président assesseur.

Lu en audience publique, le 5 mars 2018.

Le rapporteur,

Le président,

L. BESSON-LEDEY

T. OLSON

Le greffier,

A. GAUTHIER

La République mande et ordonne à la ministre des solidarités 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.

Pour expédition conforme
Le greffier,