

**PROGRAMME QUÉBÉCOIS DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE
PERSPECTIVE DE DROIT COMPARÉ ET DE DROITS DE LA PERSONNE**

Projet de rapport présenté au Commissaire à la santé et au bien-être

**Projet dirigé par
Mélanie Bourassa Forcier et Anne-Marie Savard**

**Avec la collaboration de
Catherine Pariseault et Nicholas Thiffault**

**30 AOÛT 2013
GROUPE DE RECHERCHE EN DROIT ET POLITIQUES DE LA SANTÉ
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS.....	4
INTRODUCTION.....	5
MÉTHODOLOGIE	8
DÉFINITIONS GÉNÉRALES.....	10
1. PROGRAMME QUÉBÉCOIS DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE	12
1.1 Historique.....	12
1.2 Organisation des soins	19
1.3 Critères d'accès	21
2. PERSPECTIVE DE DROIT COMPARÉ	24
2.1 Canada.....	24
2.1.1 Ontario	24
2.1.1.1 Historique	24
2.1.1.2 Organisation des soins.....	26
2.1.1.3 Critères d'accès.....	26
2.1.2 Manitoba	27
2.1.2.1 Historique	27
2.1.2.2 Organisation des soins.....	28
2.1.2.3 Critères d'accès.....	28
2.1.3 Saskatchewan	28
2.1.4 Colombie-Britannique.....	29
2.2 Royaume-Uni.....	30
2.2.1 Historique.....	30
2.2.2 Organisation des soins	32
2.2.3 Critères d'accès	34
2.3 Belgique	35
2.3.1 Historique.....	35
2.3.2 Organisation des soins	38
2.3.3 Critères d'accès	39

2.4 Danemark	40
2.4.1 Historique.....	40
2.4.2 Organisation des soins	42
2.4.3 Critères d'accès	43
2.5 France.....	43
2.5.1 Historique.....	43
2.5.2 Organisation des soins	47
2.5.3 Critères d'accès	48
3. PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ET DROITS DE LA PERSONNE.....	50
3.1 Le devoir de non-ingérence de l'État quant aux décisions en matière de procréation ..	50
3.1.1 L'État ne peut empêcher un couple ou un individu de <i>ne pas</i> procréer.....	50
3.1.2 L'État ne peut empêcher un couple ou un individu de procréer.....	51
3.2 Les devoirs de l'État quant à l'offre et au financement des soins et services.....	53
3.2.1 Le pouvoir discrétionnaire de l'État quant aux décisions politiques	55
3.2.2 Le choix de <i>ne pas couvrir</i> un soin ou service et ses limites.....	56
3.3 Le choix de <i>couvrir</i> un soin ou un service et l'interdiction de discrimination.....	60

LISTE DES ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS

AMP :	<i>Assistance médicale à la procréation</i>
ART :	<i>Assisted reproduction techniques</i>
FIV :	<i>Fécondation in vitro</i>
HFEA :	<i>Human Fertilisation and Embryology Authority</i>
IAD :	<i>Insémination artificielle par donneur</i>
ICSI :	<i>Intracytoplasmic sperm injection</i>
IUI :	<i>Insémination intra-utérine</i>
NICE :	<i>National Institute for Health and Care Excellence</i>
NHS :	<i>National Health Services</i>
PMA :	<i>Procréation médicalement assistée</i>
PCT :	<i>Primary care trust</i>

INTRODUCTION

En octobre 1989, la Commission royale sur les nouvelles technologies recevait de Brian Mulroney le mandat d'analyser les progrès actuels et prévisibles de la science et de la médecine en matière de nouvelles techniques de reproduction et d'émettre des recommandations de politiques et de mesures concernant les aspects moraux, sociaux, économiques et juridiques de ces innovations¹. C'est alors qu'en novembre 1993, la Commission déposait son rapport final intitulé « *Un virage à prendre en douceur* » regroupant plus de 293 recommandations². Celles-ci recommandaient entre autres la création d'un organisme national de réglementation des pratiques de procréation assistée ainsi que la mise en place de mesures législatives à même d'encadrer ces pratiques. En réponse à ces recommandations, le projet de loi C-6, mieux connu sous le nom de *Loi sur la procréation assistée*, était sanctionné le 29 mars 2004³. Ce nouvel instrument législatif prohibait dès lors certaines pratiques telles que la rémunération des mères porteuses et la vente de matériel reproductif (ovules et spermatozoïdes) mais en autorisait la donation. D'un même souffle, la *Loi sur la procréation assistée* autorisait également la création de l'organisme de réglementation fédéral *Procréation assistée Canada*.

Le 5 août 2010, le ministre de la Santé et des Services sociaux, M. Yves Bolduc, annonçait publiquement le début de la gratuité des soins de PMA à travers le Québec, le tout non sans susciter de vives réactions auprès des différents acteurs du réseau de la santé⁴. Le Collège des médecins⁵, la Fédération du Québec pour le planning des naissances⁶ ainsi que la Commission de l'éthique en science et en technologie⁷ émettaient de sérieuses réserves suite à cette annonce.

Les pratiques de PMA sont encadrées législativement depuis le 4 août 2010 par quatre principaux instruments législatifs, soit : la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en*

¹ NEILSON, Laura. « Nouvelles technologies de reproduction, Commission royale sur les », L'Encyclopédie Canadienne, [en ligne] :<<http://www.thecanadianencyclopedia.com/articles/fr/nouvelles-technologies-de-reproduction-commission-royale-sur-les>> (page consultée le 9 juillet 2013).

² BAIRD, Patricia. « Un virage à prendre en douceur », Rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, 1993, 1435, [en ligne] :<<http://publications.gc.ca/site/eng/38078/publication.html>> (page consultée le 9 juillet 2013).

³ *Loi sur la procréation assistée*, projet de loi n°C-6 (sanctionné - 29 mars 2004), 3^e sess, 27^e légis. (Can.).

⁴ CHAMPAGNE, Sara. « Procréation assistée : le ministre Bolduc annonce le début de la gratuité », La Presse, 12 juillet 2010, [en ligne] :<<http://www.lapresse.ca/actualites/sante/201007/12/01-4297561-procreation-assistee-le-ministre-bolduc-annonce-le-debut-de-la-gratuite.php>> (page consultée le 10 juillet 2013) ; BRETON, Brigitte. « Procréation assistée gratuite : un choix irréfléchi », Le Soleil, 14 juillet 2010, [en ligne] :<<http://www.lapresse.ca/le-soleil/opinions/editoriaux/201007/13/01-4297958-procreation-assistee-gratuite-un-choix-irreflechi.php>> (page consultée le 10 juillet 2013).

⁵ COLLÈGE DES MÉDECINS DU QUÉBEC. « Projet de loi no 89 : Loi sur les activités cliniques et de recherches en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives », 28 mars 2006, [en ligne] :<http://www.cmq.org/fr/ObtenirPermis/Profil/Commun/AProposOrdre/Publications/~media/5E6A1241281A474E8915C659DA2A342F.ashx?sc_lang=fr-CA&21028> (page consultée le 10 juillet 2013) ; GERVAIS, Lisa-Marie. « Programme gratuit de procréation assistée - Le transfert au secteur public risque de prendre plusieurs années », Le devoir, 13 juillet 2010, [en ligne] :<<http://www.ledevoir.com/societe/sante/292469/programme-gratuit-de-procreation-assistee-le-transfert-au-secteur-public-risque-de-prendre-plusieurs-annees>> (page consultée le 10 juillet 2013).

⁶ FÉDÉRATION DU QUÉBEC POUR LE PLANNING DES NAISSANCES. « Mémoire présenté à la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale dans le cadre des consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi no 89 : Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives », Mars 2006, [en ligne] :<http://bv.cdeacf.ca/CF_PDF/93707.pdf> (page consultée le 10 juillet 2013).

⁷ COMMISSION DE L'ÉTHIQUE EN SCIENCE ET EN TECHNOLOGIE. « Avis éthique et procréation assistée : des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire », septembre 2009, [en ligne] :<http://www.ethique.gouv.qc.ca/index.php?option=com_docman&Itemid=37&lang=fr> (page consultée le 10 juillet 2013).

*matière de procréation assistée*⁸, le *Règlement sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*⁹, la *Loi sur l'assurance maladie*¹⁰ ainsi que le *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie*¹¹, et sont pris en charge par l'assurance maladie du Québec.

Depuis son instauration, le programme de procréation assistée a gagné en popularité. Avant son entrée en vigueur, 1 831 cycles de FIV avaient été réalisés au Québec en 2009¹². Du 5 août 2010, date d'entrée en vigueur de la gratuité, jusqu'au 31 juillet 2011, 4 867 cycles ont été réalisés. De ce nombre, approximativement 1 300 femmes seraient devenues enceintes à la suite d'une FIV¹³. Selon les plus récentes estimations, il apparaît que le programme de procréation assistée du Québec génèrera environ 7 000-7 500 cycles annuellement en 2015.

Ce programme s'ajoute au crédit d'impôt existant depuis le 2002-2003 et qui, le cas échéant, permet aux contribuables de déduire la valeur des traitements de PMA obtenus et payés.¹⁴.

À ce jour, cinq provinces canadiennes ont institué certaines limites législatives et/ou adopté des politiques gouvernementales relatives aux pratiques de PMA ainsi qu'à leur financement. Il s'agit du Québec, de l'Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique.. À l'échelle internationale, bien que plusieurs pays n'offrent pas la couverture des traitements de PMA, certains ont tout de même choisi d'intégrer ces soins au panier de services publics. La couverture varie toutefois en fonction des différents pays.

Il y a quelques mois, le Commissaire à la santé et au bien-être (CSBE) recevait du ministre Réjean Hébert le mandat de faire un suivi relatif au programme québécois de PMA¹⁵. Dans le cadre de ce suivi, le CSBE nous a mandaté afin (1) d'évaluer les critères d'accès à ce programme par rapport à ceux de d'autres programmes au Canada et à l'étranger et afin (2) d'évaluer l'impact des enjeux liés aux droits et libertés de la personne sur l'offre publique de ces services de PMA. Ce rapport présente les résultats de nos recherches.

Nos conclusions générales sont les suivantes : le programme québécois de PMA, avec celui de la Norvège, est le programme qui comprend le moins de limites légales quant à l'accès aux services de PMA. Nous notons toutefois que l'absence formelle de limites d'accès aux services de PMA est relative compte tenu du fait que l'offre de ces services est dépendante de la décision clinique du médecin qui se doit notamment de respecter son code de déontologie. Nécessairement, dans la mesure où l'offre d'un service de PMA s'avère contraire au devoir déontologique du médecin, par exemple en raison de l'état de santé

⁸ *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.R.Q. c. A-5.01.

⁹ *Règlement sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, R.R.Q. c. A-5.01, r.1.

¹⁰ *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q. c. A-29.

¹¹ *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie*, R.R.Q. c. A-29, r.5.

¹² FORGET, Dominique. « *Bébés illimité : La procréation assistée et ses petits* », Québec Amérique, Montréal, 2012, p. 82.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Loi sur les impôts*, L.R.Q. 2008, c. I-3, art. 1029.8.66.2.

¹⁵ DAOUST-BOISVERT, Amélie. « Procréation assistée : grande remise en question : Québec mandate le Commissaire au bien-être pour réévaluer le programme », *Le Devoir*, 14 mai 2013, [en ligne] <<http://www.ledevoir.com/societe/sante/378161/procreation-assistee-grande-remise-en-question>> (page consultée le 9 juillet 2013).

psychologique ou physique de la femme ayant recours à ce service, le médecin ne pourra l'offrir. Le nombre limité de critères d'accès impose, en conséquence, un fardeau décisionnel additionnel au médecin dont la décision découle en somme de principes sujets à interprétation variable.

Notre étude révèle la possibilité, pour le gouvernement, de mieux circonscrire l'accès aux services de PMA, notamment dans le but de limiter, d'un point de vue légal, la responsabilité médicale du médecin clinicien en imposant, par exemple, des critères d'accès comme l'âge ou la santé psychologique de la femme et/ou du couple. Des critères limitant l'accès aux services de PMA dans un but de contrôle de dépenses de santé pourraient aussi être établis, cela en vertu du pouvoir d'allocation des ressources publiques dont dispose le gouvernement. Ce pouvoir pourrait cependant se voir limité par les exigences de non-discrimination prévues dans les chartes québécoise et canadienne.

Nous tenons à souligner que les opinions présentées dans ce rapport ne représentent que les opinions des auteurs et ne sauraient lier le Groupe de Recherche en Droit et Politiques de la Santé de l'Université de Sherbrooke ou l'Université de Sherbrooke.

Nous souhaitons remercier le travail important de nos étudiants de recherche et collaborateurs, Catherine Pariseault et Nicholas Thiffault, qui ont aussi grandement participé à la rédaction de ce rapport.

MÉTHODOLOGIE

La méthodologie que nous avons employée afin d'élaborer le présent rapport est principalement issue d'une recherche législative, jurisprudentielle et doctrinale ainsi que d'échanges avec des représentants des gouvernements des différentes juridictions étudiées.

Relativement au volet de droit comparé du présent rapport, nous avons particulièrement étudié les lois, les normes et les politiques gouvernementales applicables aux programmes publics de PMA existants au Canada ainsi que dans cinq autres pays de comparaison. Au Canada, nos recherches ont été axées sur le Québec, l'Ontario, la Saskatchewan et la Colombie-Britannique, ces provinces étant les seules offrant la gratuité de certains soins de PMA. Concernant plus particulièrement le Québec, nous avons procédé à une lecture globale de l'histoire de la législation québécoise en matière de procréation médicalement assistée. Nous avons ensuite fait la lecture et le résumé de tous les procès-verbaux de l'Assemblée nationale pertinents quant aux questions de la couverture des services de PMA (échanges en chambre, différentes commissions, etc.), ainsi que de tous les rapports déposés sur la question devant l'Assemblée nationale ou la Chambre des communes. Nous avons aussi procédé à la lecture et l'analyse des différents renvois relatifs aux questions constitutionnelles de compétence législative en la matière. Au niveau international, nous avons étudié l'Angleterre, la Belgique, le Danemark, l'Écosse et la France. Nos choix se sont arrêtés sur ces pays puisqu'ils disposent d'un système public de soins de santé et parce qu'ils offrent des services publics de PMA. Nous souhaitons également étudier les programmes publics PMA de ces pays en raison de l'ancienneté de leurs pratiques dans ce domaine.

Des demandes d'accès à l'information ont aussi été présentées auprès des différents National Health Services (NHS) présents à travers l'Écosse et l'Angleterre afin d'obtenir certaines clarifications lorsque les lois et politiques ne permettaient pas de saisir les subtilités qui y étaient incluses. À cet effet, quatorze demandes d'accès à l'information ont dû être adressées aux quatorze différents NHS Health Boards de l'Écosse, à savoir : Ayrshire et Arran, Borders, Dumfries et Galloway, Fife, Forth Valley, Grampian, Greater Glasgow et Clyde, Highland, Lanarkshire, Lothian, Orkney, Shetland, Tayside, Western Isles.

Concernant, l'Angleterre, sept demandes d'accès à l'information furent adressées aux autorités locales suivantes : Camden, Lancashire centre, Cumbria, Derby, Nord-Est Londres, Wigan Borough, Wolverhampton.

Les principales limites de notre étude sont les suivantes : le caractère clinique (et donc variable) de certaines pratiques de PMA, l'ambivalence des critères d'accès aux soins de fertilité en Écosse et en Angleterre, la langue dans laquelle les différentes lois et politiques gouvernementales ont été rédigées. Ainsi, nous avons été contraints de nous référer à la doctrine scientifique anglaise dans le cas du Danemark afin d'identifier les contours de l'offre de services de PMA.

La revue de la littérature scientifique, de documents publics et de sites internet gouvernementaux a été effectuée en utilisant les moteurs de recherche suivants : Google, Google Scholar, Informa Healthcare, Wiley online library. Les principaux mots clés qui ont

été utilisés sont les suivants : assisted reproduction, fertility treatment criteria, fertility NHS criteria, fertility coverage, fertility access, funded ART treatment, financement PMA, accès AMP, sécurité sociale AMP et accès infertilité. Les principales revues scientifiques consultées sont : Fertility & Sterility, Pharmaceuticals Policy & Law, Assisted reproduction, Option Bio, Médecine et Droit, Journal de Gynécologie Obstétrique et Biologie de la reproduction, Health Policy Journal et British Medical Journal.

Relativement au volet «droits de la personne» du présent rapport (section 3), nous avons d'abord fait une courte recension doctrinale¹⁶, nous permettant de bien circonscrire le débat. Les thèmes visés étaient les droits et libertés, plus particulièrement le droit à la vie, à la liberté et à l'égalité, tant au Canada qu'aux États-Unis et en Angleterre, la PMA dans ces différents États et l'état du droit en matière de reproduction et de sexualité établi à l'international.¹⁷ Une fois les paramètres de base bien définis, nous avons par la suite procédé à un dépouillement jurisprudentiel complet pour le Canada par le biais des outils de recherche suivants : Google, Quicklaw, Canlii et Westlaw, en utilisant notamment les termes «procréation médicalement assistée» ou «medically assisted reproduction» ; «procréation» ou «reproduction» ; «droit de procréer» ou «reproductive right» ; «droit de ne pas procréer» ou «right not to reproduce» ; «article 15» et «article 7».

¹⁶ Dans ce contexte, recension doctrinale comprend à la fois une recension des divers textes de doctrines et des différents outils juridiques internationaux tels que les traités et les conventions.

¹⁷ Bien évidemment, par la lecture de ces différents ouvrages de doctrine, nous avons pu établir assez précisément la trame jurisprudentielle principale pour chacun des États sur ces diverses questions. Si pour les États-Unis et l'Angleterre, nous nous sommes contentés de lire chacun de ces jugements pour se prononcer sur l'état du droit (complété par une très courte recherche sur les moteurs tels que Google, Hein Online et Westlaw), la recherche jurisprudentielle fut beaucoup plus élaborée pour le Canada.

DÉFINITIONS GÉNÉRALES

La PMA correspond à un éventail de techniques médicales. Voici les principales définitions qui seront utilisées dans ce rapport.

Activités de procréation assistée : tout soutien apporté à la reproduction humaine par des techniques médicales ou pharmaceutiques ou par des manipulations de laboratoire, que ce soit dans le domaine clinique en visant la création d'un embryon humain ou dans le domaine de la recherche en permettant d'améliorer les procédés cliniques ou d'acquérir de nouvelles connaissances¹⁸

Blastocystes : embryon entre le 5^e et le 7^e jour après la fécondation, au moment de son implantation utérine¹⁹

Cycle naturel : un cycle dont l'ovulation survient spontanément, sans être soumis à une stimulation médicamenteuse²⁰

Cycle stimulé : un cycle soumis à une stimulation médicamenteuse pour augmenter le nombre d'ovules produits²¹

Cycle naturel modifié : un cycle soumis à une stimulation médicamenteuse visant l'obtention d'un seul ovule²²

Cryopréservation : conservation des cellules, tissus, organes ou embryons par la congélation afin de maintenir la forme, la structure et la composition chimique de tous les éléments constitutifs

Diagnostic préimplantatoire : test permettant de détecter si un embryon est atteint d'une maladie génétique. Ce test est effectué sur un embryon formé *in vitro*, en laboratoire. Un examen génétique est fait à partir d'une ou deux cellules prélevées sur un embryon rendu à un stade de développement suffisant. Seuls les embryons sains sont choisis pour être transférés dans l'utérus de la femme²³

Fécondation *in vitro* : technique consistant à réaliser la fécondation en laboratoire. Une fois les spermatozoïdes et les ovules prélevés, ils sont mis en contact *in vitro*, soit en laboratoire. Les spermatozoïdes peuvent alors féconder l'ovule pour produire un embryon. L'embryon formé est placé dans des conditions qui permettent la division des cellules. Une

¹⁸ Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée, préc., note 8, art. 2 al 1 (1).

¹⁹ LAROUSSE. « Blastocyste », [en ligne] :<<http://www.larousse.fr/encyclopedie/medical/blastocyste/11584>> (page consultée le 10 juillet 2013).

²⁰ Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie, préc., note 11, art. 34.3.

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC. « Diagnostique génétique préimplantatoire », [en ligne] :<<http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/programme-quebecois-de-procreation-assistee/diagnostic-genetique-preimplantatoire/>> (page consultée le 10 juillet 2013).

fois que l'embryon a atteint un stade de développement suffisant, il est prêt à être transféré²⁴

Fécondation in vitro classique : technique consistant à mettre les ovules prélevés en présence de l'échantillon de sperme préalablement traité, dans un milieu nutritif spécifique. La fécondation se fait selon le processus naturel mais hors de l'organisme²⁵

Fécondation in vitro avec injection intra-cytoplasmique de spermatozoïde (ICIS) : technique consistant à injecter un seul spermatozoïde à l'intérieur de l'ovule. Ainsi, l'ovule et le spermatozoïde devront subir un traitement au préalable²⁶

Induction de l'ovulation : technique médicamenteuse visant à stimuler la production ovarienne afin de provoquer l'ovulation chez la femme n'ovulant pas²⁷

Insémination intra-utérine ou Insémination artificielle : technique consistant à déposer un échantillon de sperme à l'aide d'un cathéter fin, directement dans l'utérus²⁸

Ovocyte : cellule ovarienne précurseur de l'ovule²⁹

Prélèvement d'ovules : les ovules matures sont prélevés de l'ovaire par ponction. Un ovule est mature lorsqu'il est prêt à être fécondé

Stimulation ovarienne : technique médicamenteuse favorisant la production d'un ou de plusieurs ovules par cycle. Cette stimulation se fait à l'aide de médicaments. Cette technique peut être utilisée lors de l'insémination artificielle ou lors de la démarche de fécondation *in vitro* même chez la femme qui ovule normalement³⁰

²⁴ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC. « Programme de procréation assistée : fécondation in-vitro », [en ligne] : <<http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/programme-quebecois-de-procreation-assistee/fecondation-in-vitro/>> (page consultée le 9 juillet 2013).

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC. « Programme québécois de procréation assistée : Stimulation ou induction de l'ovulation », [en ligne] : <<http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/programme-quebecois-de-procreation-assistee/stimulation-ovulation/>> (page consultée le 9 juillet 2013).

²⁸ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC. « Programme de procréation assistée : insémination », [en ligne] : <<http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/programme-quebecois-de-procreation-assistee/insemination/>> (page consultée le 9 juillet 2013).

²⁹ LAROUSSE. « Ovocyte », [en ligne] : <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/ovocyte/57047?q=ovocyte#56716>> (page consultée le 12 juillet 2013).

³⁰ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC. « Programme québécois de procréation assistée : Stimulation ou induction de l'ovulation », [en ligne] : <<http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/programme-quebecois-de-procreation-assistee/stimulation-ovulation/>> (page consultée le 9 juillet 2013).

1. PROGRAMME QUÉBÉCOIS DE PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE

1.1. Historique

Le Code civil du Québec – Un premier pas vers l’encadrement de la procréation assistée

Alors que dans l’ancien code, le *Code civil du Bas-Canada*, seulement deux articles traitaient de l’insémination artificielle, le nouveau Code civil de 1994 lui réserve une section complète. « Désormais, la procréation assistée constitue une base autonome de l’établissement de la filiation et fait l’objet d’un chapitre distinct et consacre le fait que « la volonté sert d’assise à la filiation » »³¹. C’est donc par le biais des règles quant à l’établissement de la filiation que la procréation assistée a d’abord fait l’objet d’un encadrement législatif.

Les crédits d’impôt remboursables en matière de procréation assistée

Le Québec a toujours été un *leader* en matière de politiques familiales au Canada. Au fil des ans, de nombreuses mesures ont été mises en place pour faciliter la vie des ménages et alléger le fardeau financier pesant sur les épaules des familles de la classe moyenne. À la fin des années 1990, il existait un crédit d’impôt de 25 % aux fins d’adoption, tandis que les traitements de procréation assistée donnaient droit à un *crédit d’impôt pour soins médicaux ou pour frais relatifs à des soins médicaux*, ce dernier étant toutefois moins généreux que celui offert aux couples optant pour l’adoption. C’est donc afin d’éliminer cet écart que le ministre des Finances Bernard Landry a, dans son budget 2000-2001, apporté les modifications nécessaires pour offrir un support financier équivalent aux couples optant pour la procréation assistée que pour les familles se tournant vers l’adoption, c’est-à-dire un crédit d’impôt remboursable de 25 %. Assujetti à un plafond de 15 000 \$ annuellement, ce crédit représentait 3 750 \$ pour les couples ayant recours aux techniques de procréation assistée³². Par la mise en place de cette mesure, le gouvernement québécois voulait donc éviter de « faire le choix à la place du contribuable » en donnant un incitatif fiscal plus grand pour l’adoption³³.

Dans le budget 2002-2003, la ministre des Finances Pauline Marois a augmenté à 30 % le crédit d’impôt remboursable et fixé à 20 000 \$ le plafond annuel des dépenses admises, augmentant le montant disponible pour les parents désirant adopter ou se tourner vers la procréation assistée à 6 000 \$.

³¹MIREILLE D. CASTELLI, DOMINIQUE GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd. Les presses de l’Université Laval, Québec, 2005 à la p.226.

³²MINISTÈRE DES FINANCES, «Budget 2000-2001 : Renseignements supplémentaires sur les mesures du budget», [en ligne] (section 1.7 – Amélioration de l’aide fiscale accordée aux couples infertiles: http://www.budget.finances.gouv.qc.ca/budget/2000-2001/fr/pdf/rens_supplementaires.pdf (page consultée le 18 juillet 2013).

³³ASSEMBLÉE NATIONALE, «Journal des débats du 5 juin 2001», [en ligne] : http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/cfp-36-2/journal-debats/CFP-010605.html#_Toc528391558, section «Aide fiscale accordée aux personnes ayant recours à la voie médicale ou à l’adoption pour devenir parents» (page consultée le 18 juillet 2013).

Projet de loi 84 – Loi instituant l’union civile et établissant de nouvelles règles de filiation

Puisque le fédéral refusait le droit aux conjoints de même sexe de se marier, le gouvernement du Québec a décidé d’assumer pleinement son rôle de *leader* en matière de politiques familiales en mettant sur pied le concept d’union civile. Ainsi, par des modifications au Code civil, cette nouvelle institution juridique a permis aux couples unis civilement d’obtenir les mêmes droits et obligations que les époux. Du même coup et profitant des débats parlementaires sur ce projet de loi, ne visant au départ que la création de l’union civile, les défenseurs des droits des conjoints de même sexe ont poussé plus loin leurs récriminations en cherchant également à obtenir la possibilité de se voir reconnaître un lien de filiation avec un enfant. Ils y sont finalement arrivés. Dorénavant regroupées sous un chapitre intitulé « De la filiation des enfants nés d’une procréation assistée » et rattachant la filiation à l’existence d’un projet parental, les nouvelles dispositions législatives permettent aux couples de même sexe – féminins³⁴ – de se voir reconnaître un lien de filiation avec un enfant, à la suite de la procréation assistée³⁵. Notons également qu’une autre innovation a été introduite par la réforme de 2002, c’est-à-dire la reconnaissance explicite du *projet parental* d’une femme seule. En effet, l’article 538.1 C.c.Q. énonce que « le projet parental avec assistance à la procréation existe dès lors qu’une personne seule ou des conjoints ont décidé, afin d’avoir un enfant, de recourir aux forces génétiques d’une personne qui n’est pas partie au projet parental ». Bien que cette possibilité n’était pas expressément prévue au Code civil avant 2002, il était évidemment possible pour une femme seule d’avoir recours à une clinique de fertilité afin de mener à terme un projet de grossesse. Toutefois, toutes les cliniques de fertilité n’acceptaient pas de répondre favorablement aux demandes des femmes seules, puisque les dispositions du Code civil en matière de procréation assistée semblaient implicitement ne viser que les couples de sexe différent.

Bien que des critiques aient été soulevées face à ce projet de loi, ce dernier fut adopté à l’unanimité le 7 juin 2002, entrant en vigueur le 24 juin de la même année.

Fédéral – Loi sur la procréation assistée – Le résultat de plusieurs vaines tentatives

C’est finalement en 2004 que le gouvernement fédéral, sous l’égide du Parti libéral, fait adopter la *Loi sur la procréation assistée*³⁶. Cette loi couvre très largement le domaine, encadrant les techniques et la pratique de la procréation assistée (réglementant l’offre de

³⁴ En effet, lors de cette importante réforme, l’art. 541 C.c.Q. n’a pas été modifié et prévoit toujours que « toute convention par laquelle une femme s’engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d’autrui est nulle de nullité absolue ». Bien que la jurisprudence témoigne de quelques cas où des couples de sexe masculin ont eu recours à la gestation pour autrui et ont finalement réussi, par la suite, à faire établir un double lien de filiation avec un enfant plusieurs cliniques de fertilité, mais pas toutes, refusent d’offrir des services de procréation assistée à des couples de sexe masculin, à cause de cette disposition.

³⁵ Voir les articles 538 et suiv. C.c.Q. Concernant l’adoption par des couples de même sexe, les nouvelles dispositions législatives ont mis fin à une certaine confusion. Bien que l’article 546 C.c.Q. ne faisait pas obstacle à ce que deux personnes de même sexe adoptent un enfant et que la Cour d’appel avait fait preuve d’une interprétation plutôt large de cette disposition (voir les arrêts *Droit de la famille-1704*, [1993] R.J.Q. 1 (C.A.) et *Droit de la famille-3444*, [2000] R.J.Q. 2533 (C.A.)), la pratique ne favorisait toutefois pas ce phénomène, faute de législation claire. Dorénavant, le libellé de l’art. 578.1 C.c.Q. ne laisse aucun doute à ce sujet.

³⁶ En effet, c’est suite au dépôt en 1993 du Rapport de la Commission royale d’enquête sur les nouvelles techniques de reproduction, contenant 293 recommandations que le premier projet de loi fédéral visant à encadrer la procréation assistée a été présenté, plus précisément en 1996. Il aura cependant fallu attendre plus de huit ans et quatre tentatives avant que la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, ne voie le jour en 2004.

services en la matière), criminalisant certaines pratiques (telles que le clonage humain, les recherches sur les embryons, la rémunération pour les donneurs de gamètes, etc.) et élaborant les principes moraux sur lesquels doivent se fonder l'exercice et la recherche en matière de procréation assistée.

Piqué au vif, le gouvernement du Québec s'indigne devant ce qu'il considère être un empiétement du fédéral sur un champ de compétence provincial, la santé. Il fait donc, par décret³⁷, un renvoi de la question constitutionnelle devant la Cour d'appel du Québec. Le procureur général du Québec soulève que les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 sont inconstitutionnels puisque de compétence provinciale. Le 15 décembre 2004, la Cour d'appel se prononce quant à l'inconstitutionnalité de toutes ces dispositions. Ottawa fait appel de cette décision à la Cour suprême du Canada. Le jugement de la plus haute instance du pays est rendu le 22 décembre 2010 et est divisé. Dans la majorité des cas, il revient aux provinces de légiférer sur l'encadrement et l'accès à la procréation assistée, de même que sur les recherches sur les embryons. Cependant, Ottawa a le droit de légiférer sur les questions d'ordre moral telles que l'interdiction du clonage, de l'achat d'embryon ou de la rémunération des donneurs de gamètes³⁸.

Provincial, prise 1 (2004) : le projet de loi 89 - L'affirmation des assises d'une compétence législative

Les traitements de procréation assistée gagnent en importance. De plus en plus connus, de plus en plus fréquents et donc, de plus en plus demandés, le gouvernement du Québec compte bien encadrer cette pratique médicale. Dès le lendemain du jugement de la Cour d'appel de décembre 2004, convaincu des compétences qui sont siennes en la matière, il dépose à l'Assemblée nationale le projet de loi 89.

Ce projet vise à « encadrer les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée pour les rendre plus sécuritaires et conformes à l'éthique, tout en assurant une pratique de qualité dans ce domaine » et à « favoriser l'amélioration continue des services en cette matière ». Pour ce faire, il établit un *système de certification* donnant un droit de pratique exclusif aux cliniques certifiées (assorti d'une obligation d'obtenir un agrément), exige que la clinique soit tenue par un gynécologue-obstétricien ou un médecin détenant une spécialité équivalente³⁹, assujettit tout projet de recherche sur la procréation assistée à un comité d'expertise et d'éthique et prévoit des redditions de compte et des inspections afin de s'assurer du respect des normes établies.

Le principe de ce projet de loi est adopté par l'Assemblée nationale le 12 avril 2005⁴⁰ et renvoyé pour étude à la Commission des affaires sociales⁴¹. Les consultations particulières

³⁷ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, « Décret 1177-2004 du 15 décembre 2004 », [en ligne] : <<http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=1&file=43596.PDF>> (page consultée le 18 juillet 2013).

³⁸ Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] R.C.S. 457, [en ligne] : <<http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/fr/item/7905/index.do>> (page consultée le 18 juillet 2013).

³⁹ Sur la question de la spécialité équivalente, le ministre Bolduc, dans le cadre de l'étude article par article du projet de loi, 26 en juin 2009, a cité en exemple un généticien spécialisé en procréation.

⁴⁰ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Procès-verbaux*, 37^e lég. 1^{re} sess., n°136 (12 avril 2005) à la p.6.

⁴¹ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Procès-verbaux*, 37^e lég. 1^{re} sess., n°138 (14 avril 2005) à la p.3.

et l'audition publique devant cette commission se tiennent sur trois jours, les 28, 29 et 30 mars 2006. Plusieurs intervenants y déposent un mémoire et viennent présenter leur point de vue sur le projet de loi. Voici les principaux aspects qui ressortent des travaux de cette commission.

Commission des affaires sociales (28-29-30 mars 2006)

Presque tous soulèvent l'importance d'un meilleur encadrement des techniques de procréation assistée. Le principal problème de ces pratiques est le risque de grossesses multiples. En effet, l'utilisation de stimulants ovariens et le transfert de plusieurs embryons à la fois provoquent fréquemment des grossesses gémellaires ou triples, ce qui accentue considérablement les risques de naissances prématurées, de poids inférieur au *poids-santé* pour un bébé naissant et tous les risques médicaux qui en découlent⁴². Non seulement est-il absolument essentiel d'encadrer la pratique afin de diminuer les répercussions médicales néfastes des grossesses multiples sur les enfants à naître et leurs parents, mais un tel encadrement résulterait en de nombreuses économies, selon plusieurs intervenants en commission parlementaire. Dans son mémoire, la clinique de fertilité OVO, représentée par le docteur François Bissonnette, témoigne en effet des économies en soins de santé qu'entraînerait la diminution des grossesses multiples⁴³.

Maints intervenants ont par ailleurs soulevé la question de l'accessibilité, qui serait grandement diminuée par le projet de loi et les règlements à en découler. Tout d'abord, en réduisant le nombre d'embryons pouvant être transplantés, le gouvernement provoquerait inmanquablement une augmentation du nombre moyen de traitements nécessaires pour arriver à une grossesse (le taux de réussite, par traitement, étant de 24 % environ). Déjà qu'un très grand nombre de couples n'ont pas les moyens de s'offrir ces traitements, ce serait encore plus vrai avec cette nouvelle mesure. Deuxièmement, étant donné la définition très large de « traitements de procréation assistée » (incluant la stimulation ovarienne et l'insémination artificielle) et l'obligation que ces traitements ne soient offerts que dans les centres de procréation assistée déterminés (au nombre de quatre au Québec et uniquement dans les grands centres), les couples des régions se verraient contraints de se rendre dans les grands centres (Montréal ou Québec) pour obtenir des services qui, actuellement, peuvent être offerts en première ligne (injection d'hormones ou prescription de stimulants ovariens, par exemple).

La mort au feuilleton du projet

Le rapport de la Commission des affaires sociales est déposé à l'Assemblée nationale le 6 juin 2006. Le projet de loi, à ce moment, est très loin de faire l'unanimité. Des élections provinciales, déclenchées le 21 février 2007, entraînent la fin des travaux sur ce projet de loi et par conséquent, sa mort au feuilleton.

⁴² À ce sujet, voir notamment l'intervention de la docteure Annie Janvier, le 29 mars 2006, ainsi que le mémoire de la clinique OVO aux pp.28 et suivantes ; BISSONNETTE, François. «Mémoire présenté dans le cadre des consultations particulières et auditions publiques sur le projet de loi n° 89, *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée et modifiant d'autres dispositions législatives*», Clinique OVO, Montréal, 2006 aux pp.28 et ss. (OVO).

QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, Commission des affaires sociales, «Consultation particulière sur le projet de loi n° 89» dans *Journal des débats de la Commission permanente de l'éducation*, vol.39, n°5 (29 mars 2006).

⁴³ BISSONNETTE, François, préc., note 40, p.40.

Provincial, prise 2 (2007) : le projet de loi 23 – Un clone imparfait du projet de loi 89

L'Assemblée nationale est saisie du projet de loi le 18 décembre 2007⁴⁴ et en adoptera le principe le 28 mai 2008⁴⁵. Un vigoureux débat s'ensuit, ajourné par le président de la séance. Le débat ajourné est repris le 4 juin 2008 et les parlementaires s'entendent pour renvoyer le projet de loi devant la Commission des affaires sociales. Les consultations se tiendront le 10 juin 2008⁴⁶.

Comme certains intervenants l'ont souligné, le projet de loi 89 était l'embryon du projet de loi 23, celui-ci n'en étant finalement qu'une version maigrement améliorée. Les objectifs de la loi sont élargis, couvrant dorénavant la prévention de l'infertilité, la promotion de la santé reproductive et la protection de la santé des usagers et des enfants en étant issus. On voit aussi s'ajouter certaines notions évoquées dans le cadre de la commission parlementaire de mars 2006, soit un comité visant à s'entretenir des questions d'éthique en matière de recherche (article 8), un élargissement du pouvoir réglementaire (article 27) et une restructuration du système pénal (article 34). Il s'agit cependant de bien peu de modifications comparativement aux nombreuses recommandations déposées par les différents intervenants lors de la première tentative législative.

Commission des affaires sociales (10 juin 2008)

Contrairement à la précédente commission, qui s'était tenue sur trois jours et avait permis à de nombreux intervenants de se prononcer, la présente commission ne se tiendra que sur une journée et seulement deux interventions seront entendues, c'est-à-dire celle de l'Association des couples infertiles du Québec (ACIQ) et celle du docteur Miron et de madame Julie Snyder.⁴⁷

Dès les débuts de la commission, le ministre de la Santé, monsieur Philippe Couillard, souligne que le débat ne devrait pas être axé autour du financement public des traitements de procréation assistée. Il affiche, en quelque sorte, ses couleurs : il ne changera pas d'idée sur ce sujet. C'est malgré tout spécifiquement sur cette question que les intervenants présenteront leurs observations et commentaires. Ils soulèvent que l'infertilité est une maladie frappant un couple sur dix au Canada et qu'elle doit être reconnue comme telle par le gouvernement du Québec. Par conséquent, étant une maladie, il est primordial que, comme beaucoup d'autres maladies, les traitements s'y rattachant soient intégrés au panier de la RAMQ⁴⁸. Ces traitements sont déjà extrêmement difficiles physiquement et psychologiquement; il serait naturel que l'État allège le fardeau financier pesant sur les épaules des usagers. Ils évoquent que le gouvernement n'a pas fait ses devoirs, n'ayant même pas demandé à obtenir les chiffres (du Québec, de la France ou de la Belgique)

⁴⁴ QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, *Procès-verbaux*, 38^e lég. 1^{re} sess., n°138 (18 décembre 2007), à la p.3.

⁴⁵ QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, *Journal des débats*, 89 (28 mai 2008).

⁴⁶ QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, *Procès-verbaux*, 38^e lég. 1^{re} sess., n°93 (4 juin 2008) aux pp.7-8.

⁴⁷ Une des nombreuses critiques des partis de l'opposition relativement à la précédente Commission des affaires sociales était que les personnes visées, soit les couples infertiles, n'avaient pas été représentées. Visiblement, l'appel aura été entendu, alors que les deux interventions du 10 juin 2008 vont en ce sens.

⁴⁸ QUEBEC, ASSEMBLEE LEGISLATIVE, ASSOCIATION DES COUPLES INFERTILES DU QUEBEC, «La couverture par le régime d'assurance maladie du Québec des traitements liés à l'infertilité» dans *Journal des débats* vol.40, n°55 (10 juin 2008).

concernant ces traitements et leur financement ailleurs dans le monde⁴⁹. Ils évoquent de surcroît que le gouvernement verse dans la démagogie en stigmatisant les couples infertiles par ses affirmations erronées, notamment celle selon laquelle l'infertilité serait causée par les ITS. On soulève également l'iniquité provoquée par la couverture de plusieurs traitements (avortement, ligature des trompes, vasectomie, déligature trombaire, vasovasectomie) par rapport au refus du gouvernement de couvrir ceux en matière de procréation assistée, provoquant de nombreuses situations très particulières⁵⁰.

Enfin, soulignons qu'un personnage public a joué un rôle important, voire déterminant lors de ces débats. Madame Julie Snyder y est en effet allée d'un véritable cri du cœur, celui d'une mère qui, incapable de concevoir naturellement un enfant, a dû se tourner vers ce type de traitements médicaux. Les ayant vécus, elle a pu confirmer les difficultés qu'ils comportent, mais aussi la réalité de trop nombreuses femmes ayant hypothéqué leur maison pour s'offrir le bonheur d'enfanter. Elle prône sans conteste la couverture par le régime d'assurance-maladie du Québec. Son statut public favorisera d'ailleurs une grande prise de conscience populaire.

Devant l'insistance populaire et la pression de l'opposition, le ministre Couillard recule

Dès le lendemain des consultations devant la Commission des affaires sociales, celle-ci remet son rapport à l'Assemblée nationale. Devant la pression populaire et le refus catégorique de l'opposition (tant le Parti québécois que l'Action démocratique du Québec) d'adopter ce projet de loi faute d'une couverture étatique des traitements⁵¹, le ministre Couillard recule et retire son projet de loi 23.

Le ministre Couillard a remis sa démission au premier ministre Charest le 28 juin 2008. Quelques mois plus tard, le gouvernement libéral déclenchait de nouveau des élections. En cours de campagne électorale, il s'engage à couvrir les deux premiers traitements par la RAMQ. Le 8 décembre 2008, le Parti libéral est porté au pouvoir dans un gouvernement majoritaire et le ministre de la Santé, M. Yves Bolduc, entend bien concrétiser la promesse de son gouvernement sur ce point. Le 22 avril 2009, il dépose un nouveau projet de loi en matière de procréation assistée, avec en tête un objectif de gratuité.

Provincial, prise 3 (2009) : le projet de loi 26 - Victoire des couples infertiles

Le projet de loi 26 reprend systématiquement le projet de loi 23, l'esprit du ministre étant cependant totalement différent de celui de son prédécesseur. Il se montre ouvert face aux positions de ses collègues de l'opposition et surtout réceptif face aux requêtes des couples infertiles souhaitant obtenir la gratuité des traitements de procréation assistée.

⁴⁹ QUEBEC, ASSEMBLEE LEGISLATIVE, ASSOCIATION DES COUPLES INFERTILES DU QUEBEC, préc., note 46.

⁵⁰ Par exemple, un couple infertile par choix (vasectomie ou ligature des trompes) et désirant obtenir un enfant pourra bénéficier d'une déligature ou d'une vasovasectomie, visant à rétablir ses fonctions reproductrices, aux frais de l'État, tandis qu'un couple infertile naturellement n'a droit à aucune assistance étatique pour pallier sa situation.

⁵¹ Le député Bernard Drainville s'est d'ailleurs enflammé, soulignant que le désir du ministre de réglementer le nombre d'embryons devait s'accompagner d'une couverture complète, sans quoi cela reviendrait à mettre le fardeau de ses décisions sur les épaules des couples infertiles.

L'Assemblée nationale est donc saisie du projet de loi 23 le 22 avril 2009⁵² et adopte le principe le 29 mai 2009. Les 16 et 17 juin 2009, la Commission des affaires sociales se réunit de nouveau pour l'étude article par article du projet de loi 26. De nombreux amendements sont proposés, autant par les partis de l'opposition que par le ministre lui-même, visant à clarifier le projet de loi et à couvrir de nombreuses inquiétudes tant chez les députés que dans la population. Le 18 juin 2009, le rapport de la Commission des affaires sociales est déposé et par consentement, l'Assemblée nationale déroge au règlement 230 qui veut que l'adoption d'un projet de loi se fasse lors d'une séance distincte de la prise en considération des rapports. Après les discours d'usage des représentants de chacun des partis, le projet de loi est adopté.

Dans son discours, le ministre Bolduc mentionne que les points de référence, tant dans l'élaboration du projet de loi que dans la mise sur pied prochaine des règlements, sont les systèmes nord-européens, tels que les pays scandinaves et la Belgique. Voici un extrait du discours :

« [P]rotection de la santé des enfants issus de la fécondation in vitro, particulièrement la prévention de la prématurée et de ses conséquences, en diminuant directement les grossesses multiples non naturelles. Plusieurs enjeux de santé sont ainsi associés à la procréation assistée, mais tous les experts s'entendent pour identifier les grossesses multiples comme étant le principal problème lié au traitement. Nous avons donc regardé ce que d'autres pays similaires au Québec ont fait pour tenter de contrer cette situation. L'expérience de pays nord-européens nous a semblé intéressante en ce sens. Certains pays scandinaves ainsi que la Belgique ont, depuis quelques années, implanté des politiques limitant le nombre d'embryons transférés lors des protocoles de fécondation in vitro. Ces balises ont démontré leur efficacité à réduire le taux de grossesses multiples, celui-ci passant généralement de plus de 10 % à moins de 10 %. Cela dit, en contrepartie d'une telle politique, ces pays financent complètement un certain nombre de cycles de fécondation in vitro. **Le Québec, à l'instar de ces pays qui ont démontré l'efficacité d'une telle stratégie, a donc décidé de financer les trois premiers essais de fécondation in vitro ainsi que certains services connexes.** Notre stratégie pour mettre en place cette mesure se déploiera en trois volets: le financement, la loi et sa réglementation. Il est primordial que ces trois volets entrent en vigueur simultanément. » (nos gras)

Ainsi, la loi entrera en vigueur ultérieurement, le 5 août 2010, au même moment que les règlements qui y sont liés, comme nous le verrons ci-après. Quoi qu'il en soit, l'adoption de ce projet de loi a été présentée par tous les partis comme étant une victoire des couples infertiles, qui se sont battus pendant des années pour faire reconnaître leur situation comme une maladie et pouvoir bénéficier des traitements gratuitement.

⁵² QUEBEC, ASSEMBLEE NATIONALE, *Journal des débats*, 20 (22 avril 2009) à la p.5.

Règlement d'application de la loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée

Le projet de règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée est prépublié à la *Gazette officielle du Québec* le 24 mars 2010. Le règlement entre en vigueur le 5 août 2010. Le nouveau régime couvre trois cycles stimulés de fécondation *in vitro*, qui produisent plusieurs ovules et plusieurs embryons, et l'implantation un à un de chaque embryon autant de fois qu'il y a d'embryons. Par ailleurs, le régime couvre jusqu'à six cycles lorsqu'il s'agit de cycles naturels ou naturels modifiés, qui produisent généralement un seul embryon. Après trois cycles stimulés ou six cycles naturels, le régime public ne paie plus les services de fécondation *in vitro*.

Les médicaments utilisés dans les activités de procréation assistée sont couverts par le Régime général d'assurance médicaments selon les modalités habituelles. Les personnes qui ont accès à un régime collectif sont couvertes par leur assureur privé. La Régie de l'assurance maladie du Québec (RAMQ) assume la couverture des médicaments aux personnes qui sont inscrites au régime public d'assurance médicaments.

Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-maladie

Élaboré suite au Décret 645-2010 du 7 juillet 2010, le *Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-maladie*⁵³ est publié dans la *Gazette officielle du Québec* le 21 juillet 2010. Ces modifications visent à établir les services couverts par la Régie de l'assurance-maladie du Québec. Il entre en vigueur quinze jours suivant sa publication, soit le 5 août, en même temps que la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée* et ses règlements d'application.

Règlement modifiant le Règlement sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée

Le règlement prévoyant les modifications au *Règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée*⁵⁴ est quant à lui prépublié le 18 avril 2012. Il vise à renforcer le caractère exceptionnel de l'implantation de plus d'un embryon à la fois et à établir les ententes de service entre un centre de procréation assistée et un établissement de santé⁵⁵.

1.2. Organisation des soins

Au Québec, toute personne désirant recevoir des traitements de fertilité pris en charge par l'assurance maladie se doit de franchir techniquement trois étapes, étapes réalisées à l'intérieur d'un ou plusieurs des douze principaux établissements de santé québécois.

⁵³ *Règlement modifiant le Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-maladie*, décret 645-2010, 142^e année, no 29, 21 juillet 2010, [en ligne] :< <http://www.msss.gouv.qc.ca/sujets/santepub/pdf/645-F.pdf>> (page consultée le 25 juillet 2013).

⁵⁴ *Règlement sur les activités cliniques en matière de procréation assistée*, Décret 644-2010, 142^e année, no 29, 7 juillet 2010.

⁵⁵ Vous trouverez le règlement en ligne sur : GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX. « Projet de règlement : Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée », [en ligne] :< http://www.msss.gouv.qc.ca/ministere/acces_info/documents/projets-reglements/proj-regl-activites-cliniques.pdf> (page consultée le 25 juillet 2013).

Particulièrement, nous notons quatre centres régionaux offrant des services de PMA et sept centres de procréation assistée⁵⁶. Les centres régionaux sont l'Hôpital de Chicoutimi, le Centre hospitalier régional de Trois-Rivières, le Centre hospitalier universitaire de Sherbrooke et le Centre hospitalier universitaire de Québec. De leur côté, les centres de procréation assistée se subdivisent en deux sous-catégories, trois centres hospitaliers et quatre cliniques privées. Les centres hospitaliers offrant les traitements de PMA sont l'Hôpital Royal-Victoria affilié au Centre hospitalier universitaire McGill, le Centre hospitalier universitaire de Montréal et le Centre hospitalier universitaire de Sainte-Justine. Quant aux cliniques privées, il s'agit de OVO, de Procréa, du Centre de fertilité Montréal et du Centre de reproduction Montréal.

Ainsi, dans un premier temps, une personne désirant recevoir des traitements de fertilité au Québec doit consulter son médecin traitant afin que celui-ci procède à une vérification de son état de santé ainsi qu'à une évaluation des causes potentielles d'infertilité. Habituellement, les consultations en matière d'infertilité interviennent dans deux situations : en l'absence de problèmes connus ou en cas d'anomalies connues⁵⁷. Ainsi, en l'absence de problèmes connus, il est recommandé aux femmes âgées de moins de 35 ans de consulter après un an de relations sexuelles non protégées tandis que pour les femmes de plus de 35 ans, il s'agit de six mois de relations sexuelles non protégées. En cas de problème de fertilité connu, les couples sont appelés à consulter immédiatement. Au moment de la consultation initiale, certaines analyses sanguines seront requises et certains tests diagnostiques réalisés⁵⁸. Cette évaluation constituera le premier bilan d'infertilité et fera l'objet de certaines recommandations de la part du médecin traitant afin d'aménager certaines solutions aux problèmes d'infertilité auxquels le couple fait face⁵⁹. En pratique, il arrive également que certaines cliniques de fertilité ne requièrent pas que ces examens aient été pratiqués antérieurement et proposent aux patients de les exécuter elles-mêmes. Il se peut également que certains couples ne soient pas redirigés vers la deuxième étape.

Dans un second temps, afin d'établir un diagnostic ou d'établir quels services seront nécessaires, certains examens devront être entrepris par le ou les conjoints ou par la personne seule. Les principaux examens réalisés sont l'hystérosalpingographie⁶⁰, l'hystérosonographie⁶¹, le spermogramme⁶², le test de survie⁶³ et le test d'anticorps anti-

⁵⁶ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC. « Programme québécois de procréation assistée : Démarche », [en ligne] :<<http://sante.gouv.qc.ca/programmes-et-mesures-daide/programme-quebecois-de-procreation-assistee/demarche/>> (page consultée le 10 juillet 2013).

⁵⁷ CHU SAINTE-JUSTINE. « Infertilité Questions Réponses : Quand consulter ? », [en ligne] :<http://www.chu-sainte-justine.org/cliniques/page.aspx?Id_Page=10006789&item=97000&faq=0#faq0> (page consultée le 10 juillet 2013)

⁵⁸ CENTRE DE REPRODUCTION MCGILL. « Par où commencer ? », [en ligne] :<<http://www.mcgillivf.com/f/mcgillivf.asp?page=191.283>> (page consultée le 10 juillet 2013).

⁵⁹ GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, préc., note 54.

⁶⁰ Une hystérosalpingographie (HSG) est un examen radiographique de l'utérus et des trompes utérines. Cet examen permet de visualiser la cavité de l'utérus et la perméabilité des trompes utérines, afin de dépister certaines anomalies susceptibles d'entraîner une infertilité partielle ou totale. L'hystérosalpingographie ne permet pas l'exploration des ovaires ; CHU SAINTE-JUSTINE.

« L'Hystérosalpingographie », [en ligne] :<http://www.chu-sainte-justine.org/documents/General/Cliniques/97000/CPA_hysterosalpingographie.pdf> (page consultée le 10 juillet 2013).

⁶¹ L'hystérosonographie est un examen d'échographie qui permet d'évaluer votre utérus ainsi que vos ovaires ; CHU SAINTE-JUSTINE.

« L'hystérosonographie » [en ligne] :<http://www.chu-sainte-justine.org/documents/General/Cliniques/97000/CPA_hysterosalpingographie.pdf> (page consultée le 10 juillet 2013).

⁶² L'analyse de base du sperme (spermogramme) consiste à mesurer, entre autre, la concentration (combien de spermatozoïdes se trouvent dans chaque millilitre de sperme), la motilité (combien bougent et de quelle façon) et la morphologie (combien ont une forme normale) ; CHU SAINTE-JUSTINE. « Le spermogramme », [en ligne] :<http://www.chu-sainte-justine.org/documents/General/Cliniques/97000/CPA_spermogramme.pdf> (page consultée le 10 juillet 2013).

spermatozoïdes⁶⁴. Une fois les résultats obtenus, ceux-ci seront évalués par le médecin et discutés avec les personnes concernées afin de déterminer le plan de traitement approprié.

Dans un troisième temps, le plan de traitement sera réalisé. Celui-ci peut notamment inclure la stimulation ovarienne, le prélèvement, le traitement, la manipulation *in vitro* et la conservation de gamètes humains, l'insémination artificielle avec le sperme du conjoint ou celui d'un donneur, le diagnostic préimplantatoire, la conservation et le transfert d'embryons.

1.3 Critères d'accès

Contrairement à la plupart des juridictions étudiées dans le présent rapport, il existe, au Québec, que très peu de critères limitant l'accès au programme québécois de PMA.

La *Loi sur l'assurance maladie*⁶⁵ indique que le coût des services de PMA prévus par règlement, et rendus par un professionnel de la santé, est assumé par la Régie de l'assurance maladie du Québec (Régie) pour le compte de toute personne assurée. Par conséquent, les personnes seules tout comme les personnes en couple sont admises, le tout indépendamment de leur orientation sexuelle et cela, dans la mesure où elles se qualifient en tant qu' « une personne qui réside ou qui séjourne au Québec et qui est dûment inscrite à la Régie »⁶⁶. Il est également important de mentionner qu'il n'existe pas de limite en termes d'âge. En effet, l'article 10 de la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, se limite à énoncer qu'aucun embryon ne peut être transféré chez une femme qui n'est plus en « âge de procréer ». Il reviendra ainsi au médecin d'apporter sa propre interprétation de ce critère. Aussi, à la suite d'un consensus au sein du corps médical de certaines cliniques de fertilité, ces dernières pourraient choisir de limiter l'accès à ces services à un certain âge pour des raisons justifiées d'un point de vue médical. À titre d'exemple, le Centre de reproduction McGill offre des traitements de FIV aux femmes de 43 ans maximum dans les cas où celles-ci utilisent leurs propres ovules⁶⁷ et jusqu'à l'âge de 50 ans pour les femmes qui requièrent un don d'ovules⁶⁸.

⁶³ Le test de survie est un test spécialisé qui peut être demandé suite au spermogramme. Il consiste à faire un spermogramme suivi d'un traitement du sperme et d'une incubation de 24 heures dans des conditions normales de fécondation *in vitro* (FIV). Le test sert à déterminer la quantité de spermatozoïdes de bonne qualité qui peuvent être isolés d'un échantillon. Le test de survie sert aussi à s'assurer que les spermatozoïdes sont suffisamment résistants ; CHU SAINTE-JUSTINE. « le test de survie », [en ligne] :< http://www.chu-sainte-justine.org/documents/General/Cliniques/97000/CPA_test-de-survie.pdf> (page consultée le 10 juillet 2013).

⁶⁴ Le test d'AAS consiste à détecter la présence d'anticorps dirigés contre les spermatozoïdes se liant à différents endroits sur ceux-ci et causant de l'agglutination inférant avec les processus normaux de fécondation en empêchant le spermatozoïde de se lier à l'ovule ou en limitant leur mobilité lors de leur passage dans le tractus reproducteur féminin ; CHU SAINTE-JUSTINE. « Les anticorps anti-spermatozoïdes », [en ligne] :< http://www.chu-sainte-justine.org/documents/General/Cliniques/97000/CPA_AAS.pdf> (page consultée le 10 juillet 2013).

⁶⁵ *Loi sur l'assurance maladie*, préc., note 10, art. 3 al. 1 e).

⁶⁶ *Id.*, art. 1 al. 1 g).

⁶⁷ CENTRE DE REPRODUCTION MCGILL. « Accueil : Limites d'âge », [en ligne] :< <http://www.mcgillivf.com/f/mcgillivf.asp>> (page consultée le 11 juillet 2013) ; Toutefois, il est important de mentionner que le site internet du Centre de reproduction McGill précise qu'ils ne voient plus de nouvelles patientes qui sont âgées de plus de 42 ans sauf dans le cas des traitements avec don d'ovules.

⁶⁸ *Id.* ; Mentionnons que le site internet du Centre de reproduction McGill précise que les patientes admises aux traitements de FIV avec don d'ovules doivent être âgées entre 44 et 50 ans et qu'ils ne voient plus de nouvelles patientes qui ont plus de 49 ans. Nous nous questionnons également à savoir si une femme utilisant ses propres ovules congelés aurait accès aux traitements de FIV jusqu'à l'âge de 50 ans ou si celle-ci serait admise jusqu'à l'âge de 43 ans.

Plus précisément, la décision du médecin d'offrir ou non un service de PMA découle du respect des principes énoncés au *Code de déontologie des médecins* qui prévoit notamment que ⁶⁹ :

- Le médecin a le devoir primordial de protéger et de promouvoir la santé et le bien-être des individus qu'il sert, tant sur le plan individuel que collectif⁷⁰
- Le médecin doit exercer sa profession selon des principes scientifiques⁷¹
- Le médecin doit ignorer toute intervention qui ne respecte pas sa liberté professionnelle⁷²
- Le médecin doit utiliser judicieusement les ressources consacrées aux soins de santé⁷³
- Le médecin doit collaborer avec ses confrères au maintien et à l'amélioration de la disponibilité et de la qualité des services médicaux auxquels une clientèle ou une population doit avoir accès⁷⁴
- Le médecin doit, dans l'exercice de sa profession, tenir compte de ses capacités, de ses limites ainsi que des moyens dont il dispose [...]⁷⁵
- Le médecin doit exercer sa profession selon les normes médicales actuelles les plus élevées possible; à cette fin, il doit notamment développer, parfaire et tenir à jour ses connaissances et habiletés⁷⁶
- Le médecin doit élaborer son diagnostic avec la plus grande attention, en utilisant les méthodes scientifiques les plus appropriées et, si nécessaire, en recourant aux conseils les plus éclairés⁷⁷
- Le médecin doit s'abstenir de faire des omissions, des manoeuvres ou des actes intempestifs ou contraires aux données actuelles de la science médicale⁷⁸
- Le médecin doit refuser sa collaboration ou sa participation à tout acte médical qui irait à l'encontre de l'intérêt du patient, eu égard à sa santé⁷⁹

Comme le *Code de déontologie des médecins* comporte de nombreux principes éthiques, ceux-ci se doivent d'être considérés avant toute prise de décision quant à l'octroi des services de PMA. Le principe de bienfaisance, le respect de l'autonomie de prise de décision, la prise en compte de l'intérêt des individus et de la société, le principe de justice et d'absence de discrimination et de saine gestion des ressources publiques se doivent d'être contrebalancés et considérés. Ainsi, bien qu'il n'y ait pas de critères d'accès prédéfinis en termes par exemple d'indice de masse corporelle, fumeurs, etc. ces critères sont toutefois pris en compte de façon plus large par l'obligation pour les médecins de respecter leur code de déontologie ainsi que les principes éthiques plus larges tels que la saine gestion des ressources publiques qui y sont inclus.

⁶⁹ *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., c. M-9, r.17.

⁷⁰ *Id.*, art.3.

⁷¹ *Id.*, art.6.

⁷² *Id.*, art.7.

⁷³ *Id.*, art.12.

⁷⁴ *Id.*, art. 41.

⁷⁵ *Id.*, art. 41.

⁷⁶ *Id.*, art. 44.

⁷⁷ *Id.*, art. 46.

⁷⁸ *Id.*, art. 47.

⁷⁹ *Id.* art. 60.

Nécessairement, considérant le nombre limité de critères légaux encadrant l'accès aux services PMA au Québec, il en découle un fardeau décisionnel accentué ce qui peut accroître, d'un point de vue légal, les ouvertures à une éventuelle responsabilité médicale de la part du médecin. Par ailleurs, comme le *Code de déontologie des médecins* fait appel à des principes étant sujet à interprétation variable, d'un médecin à l'autre, il peut en résulter une variabilité de l'offre de services de PMA qui peut, elle, générer un incitatif au « magasinage » chez certaines personnes se voyant refuser l'accès à ces services pour des raisons déontologiques.

Lorsque le médecin considère la demande de PMA possible, ce dernier procède à une recommandation de traitement pour le couple et détermine le nombre de traitements qui seront administrés selon les barèmes prévus par le gouvernement pour l'offre de services publics de PMA. Les options possibles sont les suivantes⁸⁰ :

- 1 FIV sur cycle stimulé et 4 FIV sur cycle naturel modifié ou sur cycle naturel;
- 2 FIV sur cycle stimulé et 2 FIV sur cycle naturel modifié ou sur cycle naturel;
- 3 FIV sur cycle stimulé;
- 6 FIV sur cycle naturel modifié ou sur cycle naturel.

Bien que la législation québécoise soit peu limitative quant aux critères d'accès aux services de PMA, il demeure que cette dernière établit néanmoins des limites quant au nombre d'embryons pouvant être transférés et quant aux types de services pouvant être pris en charge par l'assurance maladie du Québec.

À cet égard, pour les femmes âgées de 36 ans et moins, deux embryons frais peuvent être transférés alors que pour celles de 37 ans et plus, trois embryons frais dont au plus deux blastocystes peuvent être transférés.⁸¹ Notons que dans l'éventualité où certains embryons congelés seraient disponibles⁸², ceux-ci devront prioritairement être implantés, et ce, avant que tout autre embryon frais ne soit créé. Ces limitations visent essentiellement à réduire le nombre de naissances multiples, le nombre de natalités prématurées ainsi que les coûts associés aux traitements.

Quant à l'étendue des services pris en charge par l'assurance maladie, ceux-ci incluent: le prélèvement de sperme, suivant une intervention médicale et via une aspiration percutanée ou leur extraction⁸³; le prélèvement d'ovules ou de tissus ovariens⁸⁴; la fécondation *in vitro* (assistance à l'éclosion embryonnaire et ICIS)⁸⁵; le diagnostic génétique préimplantatoire⁸⁶; le transfert d'embryons⁸⁷; la cryopréservation⁸⁸; la stimulation ovarienne ou l'induction à

⁸⁰ *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie*, préc., note 11, art. 34.4 al. 1. Cette information provient directement de la réglementation. Son application pratique n'a pas été vérifiée comme nous n'avons pas procédé à une étude sur le terrain.

⁸¹ *Id.*, art. 34.4 al. 1e).

⁸² *Id.*, 34.4 al. 3.

⁸³ *Id.*, art. 34.4 al.1 a).

⁸⁴ *Id.*, art. 34.4 al.1 b).

⁸⁵ *Id.*, art. 34.4 al.1 c).

⁸⁶ *Id.*, art. 34.4 al.1 d).

⁸⁷ *Id.*, art. 34.4 al.1 e).

⁸⁸ *Id.*, art. 34.5 al. 1 b).

l'ovulation⁸⁹; l'insémination artificielle⁹⁰; la congélation et l'entreposage de sperme⁹¹ ainsi que l'ultrasonographie⁹².

2. PERSPECTIVE DE DROIT COMPARÉ

2.1 Canada

2.1.1 Ontario

2.1.1.1 Historique

L'Ontario a déjà disposé d'un programme de financement public de la fécondation *in vitro* dans le cadre de son régime public d'assurance santé (OHIP). Toutefois, en 1994, l'Ontario a cessé de couvrir ces soins pour les raisons autres que le blocage complet des trompes de Fallope.

Au début de l'été 1993, un comité d'expert était formé par le ministère de la Santé ainsi que l'Association médicale ontarienne et convenait d'établir une révision des soins de santé pris en charge par l'assurance maladie ontarienne. Le but recherché derrière cette mesure était de réduire de 20 millions de dollars les soins non « médicalement nécessaires »⁹³ contenus dans l'entente des honoraires des médecins. À cette époque, la désassurance de l'IVF à elle seule procurait des économies de 4,4 millions de dollars par année. Afin d'entériner sa décision d'opérer ces coupures, plusieurs arguments ont été soulevés. Le ministère de la Santé a notamment invoqué le fait que l'IVF était une technologie extrêmement dispendieuse, n'était pas médicalement nécessaire⁹⁴ et que la communauté médicale était divisée sur son efficacité⁹⁵.

Ainsi, le 17 février 1994, Ruth Grier, ministre de la Santé de l'Ontario de l'époque, annonçait officiellement que, sur la foi des recommandations produites par le rapport « *Un virage à prendre en douceur* », de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction, ces techniques seraient soustraites du plan d'assurance santé de l'Ontario et que les ressources seraient relocalisées pour couvrir le coût des essais cliniques de techniques prometteuses⁹⁶. À cet effet, certaines critiques ont été soulevées face à l'implantation unique de ces deux seules recommandations étant donné que le rapport comprenait une série de 293 recommandations, lesquelles étaient destinées à être appréciées dans leur ensemble afin d'éviter la privatisation des soins de fertilité.

⁸⁹ *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie*, préc., note 11., art. 34.6 al. 1 a).

⁹⁰ *Id.*, art. 34.6 al. 1 b).

⁹¹ *Id.*, art. 34.6 al. 1 c).

⁹² *Id.*, art. 22 al. 1 q).

⁹³ GIACOMINI, Milta, HURLEY, Jerry et STODDART, Greg. « The many meanings of desinsuring a health service : the case of in vitro fertilization in Ontario », 2000, 50 *Social Science & Medicine*, 1485-1500, [en ligne] : <http://www.ualberta.ca/~dcl3/medical%20necessity/meanings+delisting+IVF+Ontario_Giacomini.pdf> (page consultée le 11 juillet 2013).

⁹⁴ CHARLES, Cathy, LOMAS, Jonathan, GIACOMINI, Milta et al. « Medical Necessity in Canadian Health Policy : Four Meanings and...a Funeral ? », [en ligne] : <http://www.ualberta.ca/~dcl3/medical%20necessity/Med+nec_Four+meanings+and+a+funeral_Charles.pdf> (page consultée le 11 juillet 2013).

⁹⁵ PRINGLE, D., 1995. « Deinsuring medical services: practical or perverse? » Presentation to the Annual Meeting of the Canadian Health Economics Research Association, Waterloo, Ontario, 25 Aug 1995.

⁹⁶ *Id.*

Certains membres du comité d'experts qui avait été mandaté aux fins de l'examen des procédures d'IVF ont dénoncé le fait que des coupures de 20 millions avaient été effectuées de manière arbitraire en manipulant le critère de nécessité médicale⁹⁷. Du côté des médecins, certains ont soulevé que cette procédure de désassurance avait créé une certaine confusion quant à l'étendue des services de PMA qui demeuraient pris en charge par l'assurance santé car les femmes aux trompes de Fallope bloquées bénéficiaient de tous les services de PMA incluant le FIV alors que celles sans ce blocage n'étaient éligibles qu'à l'IUI (avec ou sans donneur) ainsi qu'à la ligature des trompes de Fallope⁹⁸. Certains ont également remis en question le domaine d'application de cette désassurance étant donné qu'ils n'avaient été soustraits qu'à l'entente tarifaire des médecins et demeuraient financés à même les budgets d'opération de certains centres hospitaliers universitaires et cliniques publiques.⁹⁹

En 2006, en raison des pressions exercées par l'Association canadienne de sensibilisation à l'infertilité, le ministère de la Santé et des Soins de longue durée a publié un rapport relativement aux coûts ainsi qu'au taux de réduction des grossesses multiples de la FIV¹⁰⁰. Ce rapport n'aura malheureusement pas été suffisant pour convaincre le Secrétariat des services consultatifs médicaux de la valeur ajoutée des traitements de FIV en termes de réduction des grossesses multiples. La FIV demeura par conséquent exclue du panier de services ontarien¹⁰¹.

En 2008, le gouvernement de l'Ontario mandatait cette fois un comité d'experts en matière d'infertilité et d'adoption. Ceux-ci se devaient d'aménager certaines solutions afin d'améliorer le système d'adoption de l'Ontario et de faciliter l'accès aux services de procréation assistée. Toutefois, contrairement au rapport précédent, le comité d'experts en arrivait à la conclusion que les soins de PMA devaient être pris en charge par le régime public d'assurance santé jusqu'à concurrence de trois cycles complets de FIV incluant les soins connexes et la médication afférente¹⁰². Ce rapport faisait également mention que la non-couverture des soins de FIV pour les femmes ne présentant pas de blocage des trompes de Fallope amenait celles-ci à choisir des traitements plus risqués¹⁰³ et que le financement de ce service servirait à prévenir les grossesses multiples plutôt que d'en traiter les conséquences¹⁰⁴.

⁹⁷ MCINNES, C. "OHIP to stop paying for some in vitro, other procedures", *Globe and Mail*, 18 Février 1994, A7.

⁹⁸ GIACOMINI, Milta. HURLEY, Jerry et STODDART, Greg, préc., note 51.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ ONTARIO, MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOINS DE LONGUE DURÉE, « In Vitro Fertilization and Multiple Pregnancies », 2006, [en ligne] : <www.health.gov.on.ca/english/providers/program/mas/tech/reviews/sum_ivf_101906.html> (page consultée le 11 juillet 2013).

¹⁰¹ SECRÉTARIAT DES SERVICES CONSULTATIFS MÉDICAUX,

« In vitro fertilization and multiple pregnancies : an evidence-based analysis », 2006, *Ontario Health Technology Assessment Series*, vol. 6, n° 18, 63 p.

¹⁰² ONTARIO, MINISTÈRE DES SERVICES À L'ENFANCE ET À LA JEUNESSE. « Faire croître l'espoir », Recommandations du comité d'expert en matière d'infertilité et d'adoption, Été 2009, [en ligne] : <

<http://www.children.gov.on.ca/htdocs/french/documents/infertility/RaisingExpectationsFrench.pdf>> (page consultée le 11 juillet 2013).

¹⁰³ *Id.*, p. 119; Du fait que les médecins ne peuvent contrôler le nombre d'ovules fécondés à l'aide de l'insémination intra-utérine, cette procédure donne lieu à un nombre élevé de naissances multiples, ce qui multiplie les risques pour la santé de la mère et de l'enfant, et entraîne des coûts plus élevés pour le système de soins de santé.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 120.

À ce jour, les soins de FIV pour les femmes ne présentant pas de blocage des trompes de Fallope demeurent exclus de la couverture publique de services¹⁰⁵. Le gouvernement ontarien n'a pas mis en œuvre les recommandations du rapport de 2009 et demeure d'avis que la FIV n'a pas démontré suffisamment son efficacité pour figurer dans le panier de soins¹⁰⁶.

2.1.1.2 Organisation des soins

L'organisation des soins de fertilité en Ontario est similaire à celle du Québec. Les patients doivent généralement consulter un médecin omnipraticien afin que certains tests d'évaluation soient pratiqués (analyses sanguines, hystérocopie, analyses de fluides séminaux, hystérosonographie, hystérosalpingographie). En fonction des résultats obtenus, ceux-ci seront ensuite redirigés vers les cliniques spécialisées en soins de fertilité. En pratique, il arrive également que certaines cliniques de fertilité ne requièrent pas que ces examens aient été pratiqués antérieurement et proposent aux patients de les exécuter elles-mêmes¹⁰⁷.

Les principaux établissements fournissant les soins de FIV couverts par le régime d'assurance maladie sont le Mount Sinai Hospital Reproductive Biology Unit, London Health Sciences Fertility Clinic ainsi que le Centre de fertilité d'Ottawa. Il existe également un peu moins d'une vingtaine de cliniques de fertilité privées¹⁰⁸.

2.1.1.3 Critères d'accès

En Ontario, l'offre publique de services de PMA exclut la FIV sauf pour les femmes souffrant d'un blocage complet des trompes de Fallope. Plus particulièrement, le *Règlement 552 relatif à la Loi sur l'assurance-santé* prévoit la couverture des services de FIV dans les cas de blocage complet des trompes de Fallope ne résultant pas d'une procédure de stérilisation¹⁰⁹. Ainsi, lorsque cette procédure est financée, les analyses sanguines, les ultrasons et les interventions médicales et les services de laboratoire en embryologie le sont également¹¹⁰. Les services assurés ne comprennent toutefois pas le coût des médicaments inducteurs d'ovulation, l'ICSI, l'entreposage et la congélation (sperme, ovules et embryons)¹¹¹.

Les personnes ne présentant pas de blocage des trompes de Fallope ont, de leur côté, accès à certains services indiqués dans l'Entente tarifaire des médecins¹¹². Ces services ne

¹⁰⁵ ONTARIO. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOINS DE LONGUE DURÉE. « Publications en ligne : Fécondation in vitro (FIV) », [en ligne] :<<http://www.health.gov.on.ca/fr/public/publications/ohip/ivf.aspx>> (page consultée le 11 juillet 2013).

¹⁰⁶ CBC NEWS. « Ontario has no plans to fund in vitro fertilization », 21 février 2013, [en ligne] :<<http://www.cbc.ca/news/canada/ottawa/story/2013/02/20/f-ottawa-fertility-funding-for-older-women.html>> (page consultée le 11 juillet 2013).

¹⁰⁷ FERTILITY ONTARIO. « FAQ's : What can I expect on my first visit? », [en ligne] :< <http://www.fertilityontario.com/patient-resources-3/faqs/>> (page consultée le 11 juillet 2013).

¹⁰⁸ CANADIAN FERTILITY AND ANDROLOGY SOCIETY. « IVF Clinics », [en ligne] :<http://www.cfas.ca/index.php?option=com_content&view=article&id=259&Itemid=274> (page consultée le 11 juillet 2013)

¹⁰⁹ *Loi sur l'assurance-santé*, R.R.O. 1990, REGULATION 552, art. 24 al. 1 (23) à *contrario*.

¹¹⁰ ONTARIO. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOINS DE LONGUE DURÉE, préc., note 103.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Loi sur l'assurance-santé*, préc., note 107, art. 24 al. 1 ; ONTARIO. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOINS DE LONGUE DURÉE.

« Schedule of Benefits : Physician Services under the Health Insurance Act », 1^{er} avril 2013, [en ligne] :< http://www.health.gov.on.ca/english/providers/program/ohip/sob/physserv/physserv_mn.html> (page consultée le 11 juillet 2013).

comprennent toutefois que l'insémination artificielle ¹¹³ ainsi que les examens diagnostiques suivants : l'hystérocopie ¹¹⁴, les analyses de fluides séminaux ¹¹⁵, l'hystérosonographie ¹¹⁶ et l'hystérosalpingographie ¹¹⁷. Par conséquent, des coûts supplémentaires pouvant atteindre plusieurs centaines de dollars par cycle pourront devoir être déboursés par le couple, notamment pour le lavage de sperme, les frais administratifs, le suivi psychologique, les frais de transport, l'hébergement et l'absence du travail¹¹⁸.

Quant aux autres critères d'accès, la loi n'apporte pas de restriction spécifique interdisant aux personnes seules ainsi qu'aux couples homosexuels d'avoir accès aux services. Tout comme au Québec, il n'existe également pas de limitation en termes d'âge d'admissibilité aux soins de fertilité. Toutefois, la pratique médicale en Ontario serait actuellement de recommander aux individus âgés de 35 ans et moins d'attendre un an avant d'avoir recours aux traitements de fertilité et aux personnes âgées de 36 ans et plus de réaliser des examens diagnostiques sans attendre de durée prédéterminée¹¹⁹.

2.1.2 Manitoba

2.1.2.1 Historique

Le Manitoba n'offre pas la couverture publique des soins de PMA à proprement parler. Selon la plus récente entente tarifaire¹²⁰ intervenue entre les médecins et le ministère de la Santé du Manitoba, différents tests d'évaluation et traitements de l'infertilité sont couverts par le régime d'assurance maladie publique. Il s'agit notamment de la tuboplastie¹²¹, d'un test d'adhésion pelvienne¹²², de la laroscopie¹²³ et de la salpingolyse¹²⁴. Il arrive également que la consultation initiale auprès d'un spécialiste de fertilité soit prise en charge par la couverture d'assurance maladie¹²⁵.

Depuis octobre 2010, cette province a instauré un crédit d'impôt pour les soins d'infertilité de 40 % permettant un crédit annuel de 8 000 \$¹²⁶. Ce crédit d'impôt couvre notamment le coût de l'induction et la stimulation ovarienne, de l'IUI, de l'ICSI, du transfert d'embryons

¹¹³ ONTARIO. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SOINS DE LONGUE DURÉE., préc., note 110, p. J-42.

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ ONTARIO, MINISTÈRE DES SERVICES À L'ENFANCE ET À LA JEUNESSE, préc., note 100; OTTAWA FERTILITY CENTRE. « Fees for fertility services », [en ligne] :< <http://www.conceive.ca/incfiles/library/docs/Fee-Brochure-IVF.pdf>> (page consultée le 11 juillet 2013)

¹¹⁹ MOUNT SINAI HOSPITAL. « FAQs : Mount Sinai Centre for Fertility and Reproductive Health », [en ligne] :< <http://www.mountsinai.on.ca/care/fertility/faqs>> (page consultée le 11 juillet 2013).

¹²⁰ MANITOBA HEALTH. « Manitoba physician's manual », 1^{er} avril 2013, [en ligne] :< <http://www.gov.mb.ca/health/documents/physmanual.pdf>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹²¹ *Id.*, p. N-6.

¹²² *Id.*, p. N-5.

¹²³ *Id.*, p. N-6.

¹²⁴ Intervention chirurgicale visant à rétablir la perméabilité d'une trompe de Fallope au niveau du pavillon, c'est-à-dire à permettre à l'ovocyte de passer normalement ; *Id.*

¹²⁵ HEARTLAND FERTILITY & GYNECOLOGY CLINIC. « FAQ », [en ligne] :< <http://www.heartlandfertility.mb.ca/faq.html>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹²⁶ *Loi sur l'impôt sur le revenu*, CPLM c.110, art. 5.13.

congelés, de la donation d'ovocyte, de la ponction ovarienne et de l'extraction testiculaire de spermatozoïdes¹²⁷.

2.1.2.2 Organisation des soins

Afin d'avoir accès aux soins de fertilité au Manitoba, toute personne doit consulter son médecin de famille afin d'y obtenir une référence. La *Heartland Fertility & Gynecology Clinic* est le principal établissement offrant les soins de fertilité au Manitoba¹²⁸ et procède à une seconde évaluation de la condition des patients afin d'établir le plan de traitement approprié.

2.1.2.3 Critères d'accès

Il n'existe pas de critères d'accès établis à l'intérieur d'une législation ou une politique gouvernementale spécifique. Par conséquent, les personnes seules tout comme les personnes en couple sont admises, le tout indépendamment de leur âge ainsi que de leur orientation sexuelle. La Clinique *Heartland Fertility & Gynecology* recommande toutefois aux patients de débiter leurs traitements avant d'avoir atteint l'âge de 44 ans ou de 48 ans dans le cas de ceux requérant des dons d'ovocyte¹²⁹. En temps normal, les consultations en matière d'infertilité interviendront lorsqu'une femme âgée de moins de 35 ans a tenté de concevoir naturellement pour une période variant de 6 à 12 mois¹³⁰. Quant aux femmes âgées de 35 ans et plus, la période sera réduite à de 3 à 6 mois¹³¹.

Bien qu'il n'existe aucun encadrement politique ou législatif relativement à l'accès aux services de PMA au Manitoba, il en demeure que les médecins sont également soumis à leur code de déontologie¹³², lequel leur rappelle d'agir en tenant compte de l'intérêt du patient¹³³, des ressources du réseau de la santé¹³⁴, en ne recommandant que les soins qui sont bénéfiques à l'état de santé du patient¹³⁵ et en favorisant l'accès au système de santé¹³⁶.

2.1.3 Saskatchewan

La Saskatchewan n'offre pas une couverture très étendue des soins de procréation assistée, bien que celle-ci soit supérieure à celle offerte par le Manitoba. En effet, selon l'entente tarifaire des médecins, seuls la consultation initiale, les traitements d'insémination

¹²⁷ GOUVERNEMENT DU MANITOBA. « Frequently Asked Questions About the Fertility Treatment Tax Credit », [En ligne] :<http://www.gov.mb.ca/finance/tao/ftc_faq.html#question1> (page consultée le 12 juillet 2013)

¹²⁸ HEARTLAND FERTILITY & GYNECOLOGY CLINIC. « Home », [en ligne] :<<http://www.heartlandfertility.mb.ca/index.html>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

¹³² THE COLLEGE OF PHYSICIANS & SURGEONS OF MANITOBA. « By-law #1 », 5 juin 2013, [en ligne] :<<http://cpsm.mb.ca/cj39alckf30a/wp-content/uploads/By-Law-1.pdf>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹³³ *Id.*, art. 1.

¹³⁴ *Id.*, art. 35.

¹³⁵ *Id.*, art. 15.

¹³⁶ *Id.*, art. 34.

artificielle¹³⁷, le lavage de sperme¹³⁸ ainsi que les tests diagnostiques sont pris en charge par l'assurance médicale publique ¹³⁹. Ceux-ci comprennent notamment l'hysterosalpingogramme¹⁴⁰, l'examen du pelvis¹⁴¹, la culdocentèse¹⁴², la laparoscopie¹⁴³, l'hystérocopie¹⁴⁴, la colposcopie¹⁴⁵ ainsi que les tests de pénétration de sperme¹⁴⁶.

Il n'existe pas de critères d'accès prédéterminés spécifiquement par une législation ou une politique gouvernementale. Les cliniciens exerçant dans le domaine de la fertilité sont par conséquent tenus de respecter leurs obligations déontologiques, lesquelles leur imposent entre autres de considérer le bien-être du patient¹⁴⁷, de recommander que les traitements qui seront bénéfiques pour le patient¹⁴⁸, de favoriser l'accès aux différents services de santé¹⁴⁹ et de tenir compte de la limitation des ressources¹⁵⁰.

2.1.4 Colombie-Britannique

La couverture d'assurance santé publique de la Colombie-Britannique, tout comme celle du Manitoba, n'offre pas une grande variété de services de PMA. Les soins d'insémination artificielle¹⁵¹ sont pris en charge de même que la consultation initiale¹⁵² ainsi que la salpingostomie¹⁵³ et les tests des liquides séminaux¹⁵⁴.

Les services de PMA sont offerts à travers plusieurs cliniques de fertilité privées ainsi qu'à l'intérieur d'établissements hospitaliers. Les principales cliniques demeurent *Rouge Valley Fertility Centre*¹⁵⁵, *Kelowna Regional Fertility Centre*¹⁵⁶, *Genesis Fertility Centre*¹⁵⁷, *Grace Fertility Centre*¹⁵⁸, *Olive Fertility Centre*¹⁵⁹, *Pacific Centre for Reproductive Medicine*¹⁶⁰, et

¹³⁷ SASKATCHEWAN. MINISTRY OF HEALTH. « Payment schedule for insured services provided by a physician », 1^{er} avril 2012, p. P-8 [en ligne] :< <http://www.health.gov.sk.ca/adx/asp/adxGetMedia.aspx?DocID=b1a061b0-12a4-4c23-aea9-c0fe620aad3c>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹³⁸ *Id.*, p. P-6.

¹³⁹ Il est à noter que toutes les interventions ci-dessus ne sont pas à visée diagnostique uniquement et plusieurs peuvent être facturées pour des problèmes de santé tout à fait différents.

¹⁴⁰ SASKATCHEWAN. MINISTRY OF HEALTH, préc., note 135.

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² *Id.*

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Medical Profession Act*, 1981, Saskatchewan College of Physicians and Surgeons Code of Ethics Bylaw 44 Amendments, art. 1, [en ligne] :< <http://www.qp.gov.sk.ca/documents/Bylaws/SCPS/September23,2005.pdf>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹⁴⁸ *Id.*, art. 23.

¹⁴⁹ *Id.*, art. 43.

¹⁵⁰ *Id.*, art. 44.

¹⁵¹ BRITISH COLUMBIA. MINISTRY OF HEALTH. « Obstetrics and Gynecology », Avril 2013, p. 26-8 [en ligne] :< <http://www.health.gov.bc.ca/msp/infoprac/physbilling/payschedule/>> (page consultée le 14 juillet 2013).

¹⁵² *Id.*, p. 26-1.

¹⁵³ *Id.*, p. 26-6.

¹⁵⁴ *Id.*, p. 26-9; La formulation est celle employée dans l'entente sur les tarifs.

¹⁵⁵ ROUGE VALLEY FERTILITY CENTRE. [en ligne] :< <http://www.rougevalleyfertility.com>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹⁵⁶ KELOWNA REGIONAL FERTILITY CENTRE. « Home » [En ligne] :< <http://www.krfc.ca/home>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹⁵⁷ GENESIS FERTILITY CENTRE. [En ligne] :< <http://www.genesis-fertility.com>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹⁵⁸ GRACE FERTILITY CENTRE. [En ligne] :< <http://www.fertilitywithgrace.com>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹⁵⁹ OLIVE FERTILITY CENTRE. [En ligne] :< <http://www.olivefertility.com>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹⁶⁰ PCRM. [En ligne] :< <http://www.pacificfertility.ca>> (page consultée le 13 juillet 2013).

*Victoria Fertility Clinic*¹⁶¹ alors que certains hôpitaux tels que *l'Assisted Reproductive Technology at the University of Saskatchewan (ARTUS)*¹⁶² offrent également ces services.

Chaque établissement possède ses propres critères d'accès, que ce soit en termes d'âge maximal ou de durée d'infertilité, avant d'avoir accès aux traitements. Toutefois, chacun d'entre eux accepte les couples ainsi que les personnes seules, le tout indépendamment de leur orientation sexuelle. La plupart des cliniques requièrent que les individus aient obtenu une référence auprès de leur médecin de famille avant que ceux-ci soient admis au centre de fertilité. Certaines cliniques telles que *Kelowna Regional Fertility Centre*, *Olive fertility Clinic* et le *Genesis fertility centre*¹⁶³ admettent toutefois les patients sans aucune référence et procèdent eux-mêmes à la consultation initiale moyennant certains frais¹⁶⁴.

2.2 Royaume-Uni

2.2.1 Historique

En 1982, soit quatre années après la naissance de Louise Brown, premier enfant issu d'une FIV en Angleterre, un comité était établi afin de se positionner sur les nouvelles technologies, et plus précisément sur la fécondation *in vitro*. Ce comité, piloté par la philosophe Mary Warnock, avait pour objectif d'établir les bases d'un système normatif encadrant la FIV et de se prononcer sur la recherche embryonnaire¹⁶⁵. Suite aux nombreux échanges qui interviendront au fil des années, le comité élaborera une série de recommandations, lesquelles seront contenues au *Rapport Warnock*¹⁶⁶. Celui-ci se prononcera notamment sur la légitimité de la recherche sur les embryons ainsi que l'importance de son encadrement. Certaines recommandations porteront également sur la création d'une autorité réglementaire responsable d'émettre des licences aux cliniques offrant des soins de fertilité, d'entreposage de matériel reproductif et de recherche embryonnaire. Cette recommandation fut une des principales bases entraînant la création de la *Human and Fertilisation and Embryology Authority (HFEA)*.

La législation officielle encadrant les pratiques de fertilité a été rédigée suite à la publication d'un livre blanc intitulé « *Human fertilisation and Embryology : A Framework for Legislation* »¹⁶⁷. C'est alors que le 1^{er} novembre 1990, le *Human Fertilisation and Embryology Act*¹⁶⁸ recevait la sanction royale. Cette loi officialisait la création de la HFEA¹⁶⁹,

¹⁶¹ VICTORIA FERTILITY CENTRE. [En ligne] :< <http://www.victoriafertility.com>> (page consultée le 14 juillet 2013).

¹⁶² ARTUS FERTILITY CENTRE. [En ligne] :< <http://www.usask.ca/medicine/obgyn/artus/>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹⁶³ GENESIS FERTILITY CENTRE. « Getting started », [en ligne] :< <http://genesis-fertility.com/general-information/getting-started>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹⁶⁴ KELOWA REGIONAL FERTILITY CENTRE. « FAQ » [En ligne] :< <http://www.krfc.ca/faq>> (page consultée le 12 juillet 2013).

¹⁶⁵ HUMAN FERTILISATION & EMBRYOLOGY AUTHORITY. « Warnock Report », [en ligne] :< <http://www.hfea.gov.uk/2068.html>> (page consultée le 18 juillet 2013).

¹⁶⁶ DEPARTMENT OF HEALTH & SOCIAL SECURITY. « Report of the committee of inquiry into human fertilisation and embryology », juillet 1984, [en ligne] :<

http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf> (page consultée le 18 juillet 2013).

¹⁶⁷ HUMAN FERTILISATION & EMBRYOLOGY AUTHORITY. « HFE Act 1990 », [en ligne] :< <http://www.hfea.gov.uk/2070.html>> (page consultée le 18 juillet 2013).

¹⁶⁸ *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, c. 37, [en

ligne] :<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf> (page consultée le 18 juillet 2013).

¹⁶⁹ *Id.*, art. 5.

autorité administrative indépendante, première entité dans son genre. Celle-ci était par conséquent dotée du rôle qui lui avait été suggéré par le *Rapport Warnock*. Cette loi comprenait toutefois une barrière majeure pour les couples homosexuels en leur interdisant indirectement d'avoir accès aux traitements de fertilité. En effet, l'article 13 (5) de cette loi imposait à toute clinique appelée à conférer des traitements de fertilité à un couple de considérer le « droit de l'enfant à un père ».

À travers le début des années 90, la gestion des fonds octroyés aux autorités locales présentes à travers tout le territoire du Royaume-Uni s'installait tranquillement. Par conséquent, celles-ci ont rapidement été appelées à établir un service de priorisation des soins requis par leur population. C'est ainsi que les services de PMA ont émergé sans nécessairement être uniformément intégrés dans les différents paniers de soins couverts par les NHS présents sur tous les territoires. Les autorités locales à l'intérieur desquelles certains consultants portaient un intérêt pour les techniques de PMA ont plus facilement intégré ces services financés publiquement. C'est ainsi qu'au fil des années, les soins de PMA ont rapidement été qualifiés de « post code lottery »¹⁷⁰ ou « postcode access to service »¹⁷¹ en raison des variations qui existaient relativement à la couverture de ces soins entre les différentes autorités locales ainsi qu'à leurs critères d'accès.

En réponse aux iniquités qui prenaient place à travers les années 90, le « *National Institute for Health and Care Excellence (NICE)* », un nouvel organisme non ministériel, était nommé. En effet, celui-ci avait pour mandat d'établir certaines lignes directrices à travers trois domaines spécifiques : la pratique clinique, l'utilisation des nouvelles technologies et la prévention des accidents du travail dans le secteur public¹⁷². C'est alors qu'en 2004, il publiait le rapport « *Fertility: Assessment and treatment for people with fertility problems* »¹⁷³. Ce rapport faisait état d'une série de recommandations relativement à la gestion des couples infertiles dont la plus importante demeurait celle relative à la prise en charge par le NHS de trois cycles de fécondation *in vitro* pour toutes les femmes âgées entre 23 et 39 ans. Cet outil avait également pour objectif de fournir des lignes directrices permettant l'uniformisation des pratiques de fertilité à travers le Royaume-Uni. Suite à la publication de ces lignes directrices, le secrétaire d'État à la santé de l'époque, Dr John Reid, demandait à toutes les autorités locales de fournir minimalement un cycle de fécondation *in vitro* aux femmes éligibles avant avril 2005. Il s'agissait de la première fois où le gouvernement faisait une telle annonce relativement à l'implantation des lignes directrices du NICE¹⁷⁴. Malgré ces directives, il apparaît qu'une fois la date butoir dépassée, les différentes autorités locales présentaient toujours une disparité dans les critères d'accès aux traitements de fertilité. En effet, chacune d'elles interprétait de différentes façons les recommandations contenues dans le rapport du NICE de 2004. Certaines difficultés

¹⁷⁰ CHWALISZ, Bart. MCVEIGH, Enda. HOPE, Tony et KENNEDY, Stephen. « Priorizing IVF patients according to the number of existing children – a proposed refinement to the current guideline », *Human Reproduction* 2006, Vol. 21, No. 5, pp. 1110-1112.

¹⁷¹ LEDGER, William L et SKULL, Jonatha. « Rationing fertility services in the NHS : A provider's perspective », *Human Fertility*, 2000, Vol. 3, No. 3, p. 155-156.

¹⁷² NHS CHOICES. « Health watchdogs and authorities : National Institute for Health and Care Excellence (NICE) », [en ligne] :< <http://www.nhs.uk/NHSEngland/thenhs/healthregulators/Pages/nice.aspx>> (page consultée le 18 juillet 2013).

¹⁷³ NICE. « Fertility : assessment and treatment for people with fertility problems », Clinical guidelines, CG11, Février 2004, [en ligne] :< <http://guidance.nice.org.uk/CG11>> (page consultée le 18 juillet 2013).

¹⁷⁴ BBC NEWS. « NHS to offer one free IVF cycle », 25 février 2004, [en ligne] :< <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/3516941.stm>> (page consultée le 18 juillet 2013).

d'interprétation avaient également été soulevées relativement à la signification d'un cycle de fécondation *in vitro*¹⁷⁵.

Une année plus tard, en 2006, un processus de révision du *Human Fertilisation and Embryology Act 1990* était enclenché. Cette révision aura permis le retrait du « droit à un père » permettant aux couples de même sexe de concevoir via l'utilisation des services de fertilité et d'être reconnus en tant que parent. Celle-ci intégrera également une obligation pour toute clinique de fertilité de tenir compte du bien-être de l'enfant dans l'octroi des soins de fertilité aux couples requérants¹⁷⁶. Près de deux ans après le début de ce remaniement, le 13 novembre 2008, le *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*¹⁷⁷ recevra la sanction royale. Cette loi est demeurée jusqu'à présent le principal outil législatif encadrant la pratique des services de PMA à travers le Royaume-Uni.

À ce jour, bien que de nombreuses tentatives aient été entreprises afin d'uniformiser les critères d'accès ainsi que le nombre de cycles pris en charge par le NHS à travers les différentes autorités locales, il apparaît que les services de PMA demeurent inéquitables à travers les différentes régions couvertes à l'intérieur du Royaume-Uni. En effet, dans une seconde tentative d'unification, le NICE publiait en février 2013 un rapport qui, comme son prédécesseur, recommandait la prise en charge publique des soins de fertilité jusqu'à concurrence de trois cycles¹⁷⁸. Celui-ci eut malheureusement le même effet que son prédécesseur et la disparité des services de fertilité est toujours existante.

2.2.2 Organisation des soins

Jusqu'en 2002, il existait en Angleterre plus de 96 autorités locales réparties partout à travers le Royaume-Uni¹⁷⁹. Chacune d'entre elles possédait le pouvoir de déterminer les soins qui feraient partie de son panier de services ainsi que les critères afin d'accéder à ceux-ci. Elles ont donc été fusionnées de manière à former 28 autorités stratégiques¹⁸⁰. En 2006, dans une deuxième tentative de revoir l'organisation des soins de santé, la secrétaire d'État à la santé de l'époque, Patricia Hewitt, annonçait que les 28 autorités stratégiques seraient à nouveau fusionnées afin qu'il n'y ait désormais plus que 9 autorités stratégiques et 151 Primary Care Trusts (PCTs)¹⁸¹. Enfin, le 31 mars 2013, le *Health and Social Care Act*

¹⁷⁵ BROWN, Clare. « Evidence submitted by the National Infertility Awareness Campaign (NICE 44), [en ligne] :<<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmhealth/503/503we53.htm>> (page consultée le 19 juillet 2013).

¹⁷⁶ DEPARTMENT OF HEALTH. « Human Fertilisation and Embryology Act 2008 », 26 juillet 2010, [en ligne] :<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20130107105354/http://www.dh.gov.uk/en/Publicationsandstatistics/Legislation/Actsandbills/DH_080211> (page consultée le 19 juillet 2013).

¹⁷⁷ *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, c. 22, [en ligne] :< <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>> (page consultée le 19 juillet 2013).

¹⁷⁸ NICE. « Fertility : Assessment and treatment for people with fertility problems », Février 2013, NICE clinical guideline 156, [en ligne] :<<http://www.nice.org.uk/nicemedia/live/14078/62769/62769.pdf>> (page consultée le 19 juillet 2013).

¹⁷⁹ SOC HEALTH. « Reform of the National Health Service Chronology », [en ligne] :< <http://www.sochealth.co.uk/national-health-service/reform-of-the-national-health-service/>> (page consultée le 19 juillet 2013).

¹⁸⁰ WANLESS, Derek. « Securing our Future Health : Taking a Long-Term View », Final Report, Avril 2002, [en ligne] :< <http://si.easp.es/derechos/ciudadania/wp-content/uploads/2009/10/4.informe-wanless.pdf>> (page consultée le 19 juillet 2013) ; NHS. « Delivering the NHS Plan : next steps on investment, next steps on reform », Avril 2002, [en ligne] :< <http://www.nhs.uk/history/net/deliveringthenhsplan.pdf>> (page consultée le 19 juillet 2013).

¹⁸¹ HM GOVERNMENT. DEPARTMENT OF HEALTH. « Our health, our care, ours ay : a new direction for community services : a White paper from the Government about health and social care », [en ligne] :< http://www.gatesheadolderpeoplesassembly.co.uk/home2/images/stories/our_health_our_care_our_say_easy_read_version.pdf> (page consultée le 19 juillet 2013) ; NHS. « Supporting people with long term conditions to... », [en ligne] :<

2012¹⁸² abolissait les PCTs et les autorités stratégiques en créant plusieurs centaines de nouvelles entités¹⁸³ : les *commissioning groups*¹⁸⁴.

En Écosse, les entités responsables de l'élaboration des politiques en matière d'organisation des soins de santé sont les NHS Boards. Il en existe quatorze et ceux-ci sont présents sur tout le territoire écossais¹⁸⁵. Il s'agit de: Ayrshire et Arran, Borders, Dumfries et Galloway, Fife, Forth Valley, Grampian, Greater Glasgow et Clyde, Highland, Lanarkshire, Lothian, Orkney, Shetland, Tayside, Western Isles. Ainsi, à l'image des PCTs en Angleterre, chaque NHS Board en Écosse est libre de déterminer quels soins feront partie de son panier de services couverts par le NHS et quels seront les critères qui en permettront leur accès.

En pratique, les NHS Boards ainsi que les *commissioning groups* offrent trois niveaux de soins : les soins primaires, secondaires et tertiaires.

De manière générale, en matière d'infertilité, le rôle des prestataires de soins primaires comprend les tests diagnostiques, la gestion de l'obésité ainsi que l'induction ovarienne¹⁸⁶. Généralement, ces traitements sont octroyés par les médecins généralistes. Les tests diagnostiques réalisés dépendront de chaque couple mais ceux les plus couramment réalisés demeurent les tests sanguins, le spermogramme, l'évaluation du niveau de FSH¹⁸⁷ ainsi que l'hystérosalpingographie¹⁸⁸. Au niveau de la gestion de l'obésité, le rôle du médecin généraliste consiste essentiellement à conscientiser les couples du lien entre l'obésité et le faible taux de succès des techniques de PMA. Celui-ci peut également être appelé à élaborer certaines diètes hypocaloriques¹⁸⁹ et à conseiller à ses patientes d'incorporer des suppléments d'acide folique à leur alimentation¹⁹⁰.

Les soins secondaires, quant à eux, comprennent notamment l'insémination intra-utérine avec ou sans stimulation ovarienne, la laparoscopie ovarienne, l'endométriome, le transfert intratubaire de gamètes ainsi que les traitements médicamenteux tels que l'utilisation de gonadotrophines.

Les soins tertiaires regroupent normalement les traitements de FIV et d'ICIS, la congélation et la conservation de gamètes et d'embryons¹⁹¹. Il est important de savoir que pour pratiquer ce type de soins, toute clinique de fertilité se doit d'obtenir une licence¹⁹² auprès

http://selfmanagementsupport.health.org.uk/media_manager/public/179/SMS_resource-centre_publications/Self%20care%20-%20a%20guide%20to%20developing%20local%20strategies%20and%20good%20practice.pdf (page consultée le 19 juillet 2013).

¹⁸² *Health and Social Care Act 2012*, c. 7, [en ligne] : < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/7/contents/enacted> > (page consultée le 19 juillet 2013).

¹⁸³ *Id.*, art. 33 et 34.

¹⁸⁴ *Id.*, art. 13-14 et 25-28.

¹⁸⁵ SCOTTISH GOVERNMENT. « NHS Boards », [en ligne] : < <http://www.scotland.gov.uk/Topics/Health/NHS-Workforce/NHS-Boards> > (page consultée le 19 juillet 2013).

¹⁸⁶ WILKES, Scott. « Management of infertility in primary care », *British Journal of Healthcare Management*, 2009, Vol. 18, No. 10, p. 530

¹⁸⁷ L'hormone folliculo-stimulante (FSH) est une hormone gonadotrophine qui, associée à l'hormone lutéinisante, agit sur la fonction des glandes sexuelles. Elle est sécrétée par la glande hypophyse.

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ *Id.*

¹⁹⁰ BRITISH FERTILITY SOCIETY. NATIONAL INFERTILITY AWARENESS CAMPAIGN AND CHILD. SHAW, Laurence M. A. SHAW. BALEN, Adam. LENTON, Elizabeth. BROWN, Clare et GREENWOOD, Berkeley. « National health service provision for the management of infertility : the case for funding and reorganization of fertility services in the UK », *Human fertility*, 2002, Vol. 5, p. 172.

¹⁹¹ *Id.*, p. 173.

¹⁹² HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY AUTHORITY. « Guide to licencing : legislative framework », [en ligne] : < http://www.hfea.gov.uk/docs/Legislative_Guide_to_Licensing.PDF > (page consultée le 19 juillet 2013).

de la *Human Fertilisation and Embryology Authority*.

En temps normal, en Angleterre ainsi qu'en Écosse, la prise en charge de l'infertilité s'opérera en suivant l'ordre logique des prestataires de soins. Ceux-ci seront appelés à consulter un médecin généraliste (soins primaires) qui, suite aux différents tests réalisés, optera de les référer (ou non) aux soins secondaires. Il pourrait également rediriger les couples vers une clinique privée si ceux-ci ne rencontrent pas les conditions d'admissibilité aux traitements de PMA pris en charge par le NHS. Il peut également arriver que, dans certaines circonstances, un couple franchisse les soins primaires et soit directement référé aux soins tertiaires. Il s'agit notamment du cas où un couple présente une infertilité diagnostiquée pour laquelle seuls des soins tertiaires semblent justifiés. Par conséquent, bien que l'organisation des soins de santé au Royaume-Uni ait été construite de manière à franchir hiérarchiquement les soins primaires, secondaires et tertiaires, il peut arriver que certains soient appelés à suivre une trajectoire différente¹⁹³.

2.2.3 Critères d'accès

En Angleterre de même qu'en Écosse, la décision de couvrir certains traitements diffère d'une région à l'autre. En effet, il n'existe pas de cadre législatif énumérant les critères d'accès en termes d'accès aux soins de PMA ainsi que le nombre de cycles couverts par le NHS. Toutefois, il existe une limitation importante contenue à l'intérieur du *Human Fertilisation and Embryology Act*¹⁹⁴, laquelle impose à tout clinicien qui octroie un service de fertilité de tenir compte du besoin de l'enfant d'obtenir du soutien parental¹⁹⁵.

En Angleterre, les lignes directrices émises par le NICE¹⁹⁶ recommandent la couverture de trois cycles de fécondation *in vitro*. Toutefois, ces lignes ne comportent aucun caractère contraignant pour les différentes « autorités locales ». Ainsi, au fil des années, la limitation des ressources a entraîné un resserrement au niveau du nombre de cycles offerts ainsi qu'au niveau de l'accès à ceux-ci. Des critères d'admissibilité ont donc été créés afin d'offrir ces soins à ceux présentant le plus de chance de réussite ainsi qu'à ceux présentant une infertilité médicale. Ainsi, certains critères d'exclusion ont vu le jour restreignant de ce coup l'accès aux services de fertilité aux célibataires, aux individus ayant obtenu des soins de source privée, aux fumeurs, aux personnes présentant un IMC supérieur à 39, à celles ayant obtenu une procédure de stérilisation et même à celles ayant déjà des enfants. Afin de tempérer ces critères, la grande majorité des autorités locales ont implanté un mécanisme de « demande individuelle de financement »¹⁹⁷. Ce processus permet aux personnes ne répondant pas aux critères d'admissibilité de présenter une demande individuelle de financement dans les cas où leur situation personnelle le justifie.

Tout comme l'Angleterre, l'Écosse a adopté une série de critères afin de limiter l'accès aux traitements de PMA. Ainsi, pendant plusieurs années, les disparités existant entre les

¹⁹³ Scott WILKES, préc., note 184.

¹⁹⁴ *Human Fertilisation and Embryology Act 2008*, préc., note 174.

¹⁹⁵ *Id.*, art. 14(2) b).

¹⁹⁶ NICE, préc., note 176.

¹⁹⁷ NHS. « Interim commissioning policy : individual funding requests », Avril 2013, Réf : NHSCB/CP/03, [en ligne] :<<http://www.england.nhs.uk/wp-content/uploads/2013/04/cp-03.pdf>> (page consultée le 19 juillet 2013).

différents NHS Boards ont suscité de vives réactions auprès de la population¹⁹⁸. Dans le but de remédier aux disparités qui existaient entre les différents NHS Boards, le ministre de la Santé Michael Matheson annonçait qu'en date du 1^{er} juillet 2013, les recommandations contenues dans le « *National Infertility Group Report* »¹⁹⁹ relatives à l'uniformisation des critères d'admissibilité aux traitements de fertilité prendraient place²⁰⁰. Ainsi, les recommandations contenues à l'intérieur de ce rapport proposent²⁰¹ :

- d'offrir deux cycles frais de FIV/ICIS ainsi qu'un nombre illimité de transferts d'embryons congelés aux patientes âgées de moins de 40 ans;
- d'offrir un cycle frais de FIV/ICIS aux femmes âgées entre 40 et 42 ans;
- de restreindre l'accès aux couples non-fumeurs depuis au moins trois mois avant le début des traitements;
- d'exclure les couples consommant des substances illicites ou abusives;
- d'exclure les couples ayant suivi un traitement à la méthadone depuis moins d'un an avant le début des traitements;
- d'exclure les couples consommant de l'alcool avant ou pendant les traitements;
- de réserver les traitements aux couples présentant un IMC supérieur à 18,5 et inférieur à 30;
- d'exclure les couples ayant suivi une procédure de stérilisation volontaire;
- d'exclure les couples où un des partenaires a déjà subi deux ou plus de deux cycles de FIV;
- de réserver les traitements de FIV aux couples présentant une relation stable d'une durée égale ou supérieure à deux ans.

Un descriptif plus détaillé des différentes conditions d'admissibilité aux traitements de fertilité pour l'Angleterre de même que pour l'Écosse est disponible à l'**Annexe A** du présent rapport.

2.3 Belgique

2.3.1 Historique

La première phase de régulation des activités de PMA s'est opérée en 1975. À ce moment, le Conseil national de l'Ordre des médecins introduisait l'article 88 à l'intérieur du *Code de déontologie des médecins*. Cet article avait pour objectif de limiter l'insémination artificielle

¹⁹⁸ JOHNSON, Simon. « IVF postcode lottery across Scotland revealed » 30 juillet 2010, [en ligne] :< <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/scotland/7919375/IVF-postcode-lottery-across-Scotland-revealed.html>> (page consultée le 19 juillet 2013) ; JONES, Ben. « Scotland's IVF postcode lottery challenged », 29 octobre 2010, [en ligne] :< http://www.bionews.org.uk/page_50617.asp> (page consultée le 19 juillet 2013).

¹⁹⁹ SCOTTISH GOVERNMENT. « National infertility group report », Janvier 2013, [en ligne] :<<http://www.scotland.gov.uk/Resource/0042/00421950.pdf>> (page consultée le 19 juillet 2013).

²⁰⁰ SCOTTISH GOVERNMENT. « NHS IVF services to be fairer and faster », 15 mai 2013, [en ligne] :< <http://www.scotland.gov.uk/News/Releases/2013/05/IVFservices15052013>> (page consultée le 19 juillet 2013).

²⁰¹ *Id.*

avec donneur aux couples mariés ayant consenti par écrit à cette procédure²⁰². Aucune autre disposition n'apportait des spécifications par rapport aux traitements de PMA.

Pendant les années 1980-1990, il n'existait aucune réglementation relativement aux pratiques de PMA en Belgique. La Belgique était donc considérée, selon certains auteurs, comme étant un des pays les plus permissifs d'Europe. La structure politique de l'époque ainsi que la fragmentation des soins hospitaliers ont notamment été blâmées pour cette carence législative²⁰³. À cette époque, certains sont même allés jusqu'à la qualifier de paradis bioéthique²⁰⁴. Cette qualification a également été utilisée en raison du manque d'encadrement normatif pour les cliniques pratiquant des soins de fertilité.

En 1982, un projet de loi a été introduit au parlement belge²⁰⁵. Celui-ci proposait de réguler les pratiques de don de sperme et de cryopréservation en interdisant toute commercialisation de ces pratiques. Ce projet de loi introduisait également l'obligation d'obtenir le consentement des deux partenaires mariés en cas d'insémination artificielle avec donneur et officialisait la paternité pour les couples recourant aux procédures de PMA. Bien que ce projet de loi n'ait pas été adopté, celui-ci a contribué à la modification de l'article 318(4) du Code civil, lequel énonçait désormais que le mari qui a consenti à être donneur dans le cas d'une insémination artificielle ne pouvait contester sa paternité²⁰⁶.

L'étape suivante qui a marqué le développement des techniques de PMA a été la création du Comité consultatif de bioéthique de Belgique le 6 mars 1995²⁰⁷. Ce comité a notamment été appelé à émettre de nombreux avis concernant les activités à travers les années. Ce comité a notamment été appelé à émettre de nombreux avis concernant les activités à travers les années. Ainsi, en 1996, alors que 35 centres de fertilité étaient en opération, celui-ci a émis un avis qui aura engendré la mise en place d'un mécanisme d'obtention de licence obligatoire afin de pratiquer la médecine de reproduction²⁰⁸. Sur la foi de cet avis, un décret fédéral était adopté le 15 février 1999²⁰⁹ énonçant les conditions spécifiques d'obtention d'une licence obligatoire permettant la pratique des activités de PMA. Ce décret introduisait également l'obligation pour tous les hôpitaux de rapporter toutes leurs activités de PMA sur une base annuelle mais n'apportait toujours pas de limitations en termes de critères d'accès à ces traitements ou de prise en charge publique des soins de fertilité.

De 1999 à 2003, de nombreux débats parlementaires sont intervenus afin que les soins de PMA soient encadrés et que le financement public de ces soins soit modifié. Ces débats ont donné lieu à la création de onze projets de loi ainsi que d'un comité sénatorial.

²⁰² OMBLET, William. « Access to assisted reproduction services and infertility treatment in Belgium in the context of the European countries », *Pharmaceuticals Policy and Law* 9, 2007, p. 189-201.

²⁰³ *Id.*

²⁰⁴ VARONE, Frédéric et SCHIFFINO, Nathalie. « Assisted reproductive technologies in Belgium: A Bioethical Paradise? », *Comparative Policy Design Project: 5th international meeting*, Zurich, February 2001.

²⁰⁵ William OMBLET., préc., note 200.

²⁰⁶ *Id.*

²⁰⁷ *Id.*

²⁰⁸ *Id.*

²⁰⁹ 15 FEVRIER 1999 – Arrêté royal fixant les normes auxquelles les programmes de soins de « médecine de la reproduction » doivent répondre pour être agréées, [en ligne] :< <http://wallex.wallonie.be/PdfLoader.php?type=doc&linkpdf=8703-7835-1096>> (page consultée le 14 juillet 2013).

Dans l'intervalle, en 2002, le gouvernement belge nommait un comité d'experts afin de réviser la politique de remboursement des frais de PMA. À l'origine, la politique en vigueur remboursant de 50 à 70 % des frais de PMA avait été instaurée dans un contexte de limitation des ressources. Ainsi, ce groupe d'experts était appelé à innover la politique en place sans toutefois occasionner de frais supplémentaires. Le budget nécessaire afin d'implanter la nouvelle politique serait obtenu en limitant le nombre de naissances multiples. Dans l'intervalle, un groupe d'experts indépendant avait été mandaté par le gouvernement afin d'établir le coût d'un cycle de FIV. Ce groupe en vint à la conclusion qu'un montant de 1200 euros était raisonnable dans les circonstances. C'est alors que le Collège des médecins « médecine de reproduction » ainsi que la *Belgian Society for Reproductive Medicine* conclurent une entente tarifaire impliquant la réduction des naissances multiples et la gestion des coûts du programme de remboursement²¹⁰.

Par la suite, deux lois et deux arrêtés royaux verront le jour et marqueront l'évolution des pratiques en matière de médecine de reproduction: *la Loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro*²¹¹, *la Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*²¹², *l'Arrêté royal relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux du 25 avril 2002*²¹³ et *l'Arrêté royal du 4 juin 2003 modifiant l'Arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux*²¹⁴. Les deux lois sont venues officialiser les paramètres à l'intérieur desquels les activités de PMA ainsi que la recherche sur les embryons issus des pratiques de PMA pouvaient se tenir. Quant à l'arrêté du 4 juin 2003, celui-ci couvrait ce que son prédécesseur avait omis de couvrir : les frais de laboratoire tels que personnel, appareillage, matériel et coûts indirects²¹⁵ et réaffirmait certaines modalités afin de bénéficier de la couverture publique des traitements de PMA. Ces modalités seront discutées sous le volet « critères d'accès » ci-après.

Enfin, les plus récents développements en matière de PMA ont eu lieu avec l'arrivée de deux autres instruments législatifs. D'une part, *l'Arrêté royal du 6 octobre 2008 instaurant un remboursement forfaitaire pour les traitements de l'infertilité féminine*²¹⁶ est venu limiter le coût des traitements de FIV. D'une seconde part, *la Loi du 19 octobre 2008 relative à*

²¹⁰ SCHIFFINO, Nathalie. RAMJOUÉ, Céline et VARONE, Frédéric. « Biomedical Policies in Belgium and Italy : From Regulatory Reluctance to Policy Changes », 2009, *West European Politics*, 32:3, 559-585. Voir aussi: Voir à cet effet : <http://www.sante.belgique.be/eportal/Healthcare/Consultativebodies/Doctorscolleges/Reproductivemedicine/index.htm?fodnlang=fr#Ug08kxZG6Qs..>

²¹¹ 11 MAI 2003. - Loi relative à la recherche sur les embryons in vitro. (M.B. 28/05/2003), [en ligne] :< <http://www.ieb-eib.org/en/pdf/l-20030511-rech-embryons.pdf>> (page consultée le 14 juillet 2013).

²¹² 6 JUILLET 2007. - Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes. (M.B. 17/07/2007), [en ligne] :< <http://www.ieb-eib.org/en/pdf/l-20070706-pma.pdf>> (page consultée le 14 juillet 2013).

²¹³ 25 AVRIL 2002. - Arrêté royal relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux. [en ligne] :< http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2002042549> (page consultée le 14 juillet 2013).

²¹⁴ 4 JUIN 2003 - Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux. [en ligne] :<http://www.health.belgium.be/internet2Prd/groups/public/@public/@dg1/@datamanagement/documents/ie2divers/19074125_fr.pdf> (page consultée le 14 juillet 2013).

²¹⁵ Ceci comprend les coûts générés par la procédure de laboratoire incluant la recherche des gamètes en vue d'insémination, la mise en fécondation par FIV/ICSI, la culture des embryons obtenus et leur évaluation morphologique, ainsi que la cryoconservation (congélation, stockage et décongélation) des embryons.

²¹⁶ 6 OCTOBRE 2008 - Arrêté royal instaurant un remboursement pour les traitements de l'infertilité féminine, M.B. 14/10/2008, [en ligne] :< <http://www.ieb-eib.org/nl/pdf/ar-20081006-remboursement-fiv.pdf>> (page consultée le 14 juillet 2013).

*l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique*²¹⁷ a officiellement assimilé les centres de procréation médicalement assistée à des banques de matériel corporel humain et a officialisé leur gouverne par l'Agence fédérale de médicaments et des produits de santé.

2.3.2 Organisation des soins

Il existe deux types d'établissements offrant des soins de fertilité en Belgique. Il s'agit des établissements de catégorie A (sans laboratoire de PMA) ainsi que ceux de catégorie B (avec laboratoire de PMA). Selon les plus récentes données, il existerait treize institutions de type A²¹⁸ ainsi que dix-huit institutions hospitalières de type B²¹⁹.

De leur côté, les établissements de type A sont appelés à²²⁰ :

1. Procéder au diagnostic et au traitement de problèmes de stérilité, y compris l'indication de recourir à des techniques de PMA;
2. Informer le patient de l'ensemble des méthodes appliquées lors de l'utilisation de l'ensemble des techniques et des frais y afférant;
3. Octroyer un traitement contrôlé « super-ovulation », y compris le monitoring endocrinien et échographique;
4. Procéder ou faire procéder aux examens techniques, bactériologiques, hormonaux, et biologiques nécessaires pour pouvoir appliquer des techniques de PMA;
5. Prélever des gamètes et assurer leur traitement adéquat et leur transport vers un programme B;
6. En collaboration avec des personnes qualifiées, offrir l'accompagnement psychologique, social, juridique et moral nécessaire afin de leur permettre d'analyser les informations reçues et de prendre en charge les problèmes qui en découlent;
7. Rédiger une brochure d'informations et des protocoles de traitement en collaboration avec des programmes B, définition d'indications, assurance de la continuité du service;
8. Procéder à l'enregistrement et au suivi de la qualité en ce qui concerne ce programme de soins en collaboration avec des programmes B.

De leur côté, les établissements de type B peuvent accomplir certains rôles qui appartiennent aux établissements de type A (points nos 5 à 8)²²¹. Tout comme les établissements de type A, ceux de deuxième catégorie possèdent également certains rôles qui leur sont propres. Il s'agit de la réimplantation d'embryons, la congélation et la

²¹⁷ 19 DECEMBRE 2008. - Loi relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique, [en ligne] : http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2008121944&table_name=loi > (page consultée le 14 juillet 2013).

²¹⁸ SÉNAT DE BELGIQUE. « Questions et réponses », session de 2005-2006, no 3-54, 22 novembre 2005, p. 4767 [en ligne] :< <http://www.senaat.be/www/webdriver?MltabObj=pdf&MlcolObj=pdf&MlnamObj=pdfid&MltypeObj=application/pdf&MlvalObj=50334750>> (page consultée le 14 juillet 2013).

²¹⁹ *Id.*

²²⁰ 15 FÉVRIER 1999 – Arrêté royal fixant les normes auxquelles les programmes de soins de « médecine de la reproduction » doivent répondre pour être agréées, préc., note 207, art. 5.

²²¹ *Id.*, art. 3.

conservation de gamètes et d'embryons ainsi que la réalisation de traitements adaptés des gamètes (FIV, ICIS).

2.3.3 Critères d'accès

La législation belge prévoit certains critères en termes d'admissibilité aux traitements de fertilité pris en charge par l'assurance santé publique. Ces traitements sont conditionnels à l'obtention d'une information loyale des participants du centre de fécondation²²², à l'obtention d'un accompagnement psychologique²²³ ainsi qu'à la conclusion d'une entente écrite entre le centre de fertilité et les individus requérant les traitements²²⁴.

En terme d'accès général aux traitements de fertilité, la loi ne prévoit aucun critère précis concernant le profil du ou des auteurs du projet parental. De plus, cette législation ne requiert pas de condition particulière de vie en couple ni de restriction en terme d'orientation sexuelle. Par conséquent, les services de fertilité sont ouverts tant aux personnes seules qu'aux couples, et ce, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels²²⁵. Toutefois, il est important de noter que bien qu'il n'existe pas de critères d'accès précis en termes d'habitudes de vie, chaque centre possède la liberté d'invoquer une clause de conscience et peut refuser l'accès à certaines demandes qui lui sont adressées²²⁶.

Afin de comptabiliser le nombre de cycles couverts par l'assurance santé, l'*Arrêté royal instaurant un remboursement pour les traitements de l'infertilité féminine* classe les types de procédures en trois catégories : PMA 1, PMA 2 et PMA 3. La fécondation *in vitro* est classifiée sous l'appellation PMA 1, le don d'ovocyte sous PMA 2 et la stimulation ovarienne ainsi que l'insémination intra-utérine sous PMA 3. Par conséquent, la couverture d'assurance maladie couvre six cycles de PMA 1 ou PMA 2 et six cycles de PMA 3.

En termes d'âge, le prélèvement de gamètes ainsi que la demande d'implantation d'embryons ou d'insémination de gamètes sont restreints à certaines femmes, le tout indépendamment de leur financement public. Le prélèvement de gamètes est donc ouvert aux femmes majeures, âgées de 45 ans maximum²²⁷ alors que l'implantation d'embryons ou l'insémination de gamètes ne peuvent être effectuées chez les femmes de plus de 47 ans²²⁸. Aucune limite d'âge n'a été fixée pour les hommes. En pratique, il apparaît toutefois que certains centres limitent l'accès aux hommes âgés de 45 ans²²⁹. En ce qui concerne le financement public des soins de PMA, la limite d'âge est moindre. En effet, l'arrêté royal du

²²² 6 JUILLET 2007. - Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, préc., note 210, art. 6 al. 1 (1).

²²³ *Id.*, art. 6 al. 1(2).

²²⁴ *Id.*, art. 7.

²²⁵ DUBOIS, M et FOIDART, J.M. « Procréation médicalement assistée : Cadre législatif en Belgique », 22 février 2009, [en ligne] : <http://www.seg-web.org/index.php/fr/dernieres-nouvelles/89-analyses-scientifiques/89-procreation-medicalement-assistee-cadre-legislatif-en-belgique> (page consultée le 14 juillet 2013).

²²⁶ 6 JUILLET 2007. - Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, préc., note 210, art. 5.

²²⁷ *Id.*, art. 4.

²²⁸ *Id.*

²²⁹ DUBOIS, M et FOIDART, J.M., préc., note 223.

4 juin 2003²³⁰ a fixé l'âge maximal d'éligibilité de la femme à 42 ans²³¹.

En termes de nombre d'embryons implantés, ceux-ci varient en fonction de l'âge de la femme. Par conséquent, afin que les soins de PMA soient pris en charge, ceux-ci doivent respecter les directives suivantes²³² :

Embryons frais ²³³			
Âge	Nombre de tentative(s)	Qualité de l'embryon	Nombre d'embryon(s)
35 ans et -	1 ^{re}	A-B-C	1
	2 ^e	A (excellente)	1
		B-C (satisfaisante)	2
3-6 ^e	A-B-C-	2	
36-39 ans	1 ^{re} -2 ^e	A-B-C	2
	3 ^e	A-B-C	3
40-42 ans	1 ^{re} -6 ^e	A-B-C	Au choix

Ainsi, dans les cas où les embryons transférés seraient congelés, leur nombre est limité à deux, indépendamment de l'âge de la femme²³⁴.

2.4 Danemark

2.4.1. Historique

En 1984, la ministre des Affaires domestiques, Britta Schall Holberg, annonçait la nomination d'un comité appelé à se positionner sur les problèmes éthiques tels que la recherche embryonnaire, les techniques de PMA et les techniques de diagnostic préimplantatoire²³⁵. C'est alors que le 3 juin 1987, ce comité était officiellement créé via le *Danish Act no 353*²³⁶ et déposait, un peu plus d'une année plus tard, son tout premier rapport intitulé « *The price of progress* »²³⁷. En effet, la couverture de ce rapport où figuraient Adam et Ève consommant le fruit de l'arbre des connaissances en disait beaucoup sur la conception de l'époque des techniques de PMA²³⁸. Les réticences face à l'usage des techniques de PMA se sont également traduites via certaines demandes exercées par les partis politiques de l'époque. En effet, certaines demandes ont été faites par le parti socialiste de l'époque afin qu'un moratoire complet sur l'usage de ces techniques soit ordonné²³⁹. Comme celui-ci n'a pas eu lieu, les traitements de FIV conférés sur une base expérimentale à l'Hôpital Rigshospitalet ont perduré²⁴⁰. Ainsi, comme la législation de

²³⁰ 4 JUIN 2003 - Arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 25 avril 2002 relatif à la fixation et à la liquidation du budget des moyens financiers des hôpitaux, préc., note 212.

²³¹ *Id.*, art. 76 bis al. 1 (1).

²³² *Id.*, art. 76 bis al. 1 (1) (2) et (3).

²³³ DUBOIS, M et FOIDART, J.M., préc., note 223.

²³⁴ *Id.*, art. 76 bis.

²³⁵ *Id.*

²³⁶ THE DANISH COUNCIL OF ETHICS. « The Act on The Danish Council of Ethics », [en ligne] :< <http://etiskraad.synkron.com/sw297.asp>> (page consultée le 22 juillet 2013).

²³⁷ THE DANISH COUNCIL OF ETHICS. « About the Council », [en ligne] :< <http://etiskraad.synkron.com/sw295.asp>> (page consultée le 22 juin 2013).

²³⁸ LARSEN, Lars Thorup. « Governing reproduction : The Genealogy of assisted reproduction policies in Denmark », Paper for « The Government of life » symposium, Copenhague, 8-10 Avril 2013, p. 6.

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ *Id.*

l'époque était quasi inexistante, les médecins pratiquant des traitements de fertilité n'avaient qu'à obtenir un consentement écrit ainsi qu'une approbation du comité d'éthique de l'établissement. Rapidement, la demande pour les traitements de PMA a augmenté, ce qui a occasionné la création de critères d'admissibilité aux traitements de fertilité. Des critères d'exclusion en termes d'âge, de statut civil ainsi que d'orientation sexuelle ont rapidement fait surface. Toutefois, l'autorégulation qui s'opérait parmi la profession médicale inquiétait les politiciens de l'époque qui la voyaient d'un mauvais œil.

L'année 1987 a été un point tournant dans l'histoire des soins de fertilité. En effet, cette année marquait le début du financement des soins de PMA au Danemark en dépit de toute législation encadrant ces pratiques. En effet, cette décision s'est opérée de façon administrative sans avoir recours à quelque débat politique ou consultation publique. Les critères d'accès aux services de fertilité sont demeurés les mêmes.

Le 10 juin 1997, la première loi²⁴¹ encadrant spécifiquement les techniques de procréation assistée a vu le jour. Cette loi a permis de mettre par écrit ce qui se déroulait en pratique. Les soins de procréation étaient offerts uniquement aux couples hétérosexuels ne possédant pas d'enfants et où la femme n'était pas âgée de plus de 45 ans. De plus, certaines limitations ont également été fixées relativement à l'état civil des individus formant le couple. Ainsi, afin d'avoir accès aux traitements de PMA, les couples devaient être mariés ou faire partie d'une relation similaire à celle d'un couple marié. Tous ces critères limitaient nécessairement l'accès aux services de PMA aux homosexuels ainsi qu'aux personnes seules. Les raisons sous-jacentes à ces interdictions reposaient, semble-t-il, essentiellement sur le « meilleur intérêt de l'enfant » de naître en ayant un père et une mère²⁴².

Pendant les années qui auront suivi la mise en place de cette loi, certains débats persisteront relativement à l'interdiction pour les couples homosexuels d'avoir accès aux traitements de fertilité. Par ailleurs, en raison d'un vide législatif interdisant uniquement aux médecins de pratiquer des traitements de PMA, certaines sages-femmes ont rapidement commencé à offrir des traitements d'insémination artificielle²⁴³. Ces pratiques ne sont pas passées sous le silence. Toutefois, en dépit des nombreuses tentatives de la part du « Christian's People's Party » afin d'y faire échec, celles-ci ont perduré²⁴⁴. C'est en 2006 que La *Loi Danoise no 460 du 10 juin 1997* fut amendée afin de retirer l'exigence pour les couples de faire partie d'une union hétérosexuelle.

²⁴¹ *Danish Law no 460 of 10 June 1997 regarding artificial insemination in connection with medical treatment, diagnostics and research et cetera*, [en ligne] :< <https://www.retsinformation.dk/forms/r0710.aspx?id=84963>> (page consultée le 22 juillet 2013) ; *Circular letter no. 17277 of 22/09/1997 regarding a new Danish law on artificial insemination and new requirements for access to treatment*, [en ligne] :< <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=10233>> (page consultée le 22 juillet 2013) ; *Directions of 30 September 1997 of the National Board of Health, Denmark (DACEHTA) regarding artificial insemination and other assisted reproductive treatment*, [en ligne] :< <http://www.sst.dk/publ/vejledninger/97/1997KBVeledning.pdf>> (page consultée le 22 juillet 2013) ; *Danish Order no. 728 of 17 September 1997 on artificial insemination*, [en ligne] :< <http://retsinformation.w0.dk/Forms/R0710.aspx?id=85683&exp=1>> (page consultée le 22 juillet 2013) ; *Danish Order no. 758 of 30 September 1997 on reporting of IVF treatment et cetera and preimplantation diagnostics*, [en ligne] :< <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=85768>> (page consultée le 22 juillet 2013)

²⁴² CARBIN, Maria. HARJUNEN, Hannele et KVIST, Elin. « (in)appropriate mothers : policy discourses on fertility treatment for lesbians in Denmark, Finland and Sweden », [en ligne] :< <http://www.mirovni-institut.si/data/tinymce/Publikacije/Doing%20families/05%20-%20Carbin.pdf>> (page consultée le 22 juillet 2013).

²⁴³ LARSEN, Lars Thorup., préc., note 236, p. 13.

²⁴⁴ *Id.*

Ces dernières années, il apparaît que les conflits sur les techniques de PMA ont davantage porté sur son financement plutôt que son encadrement législatif. Ainsi, certains questionnements ont été soulevés à savoir si le gouvernement se devait de financer publiquement ces traitements ou s'il s'agissait plutôt d'une responsabilité personnelle qui reposait sur les épaules des couples infertiles. Ainsi, comme le système de santé danois est principalement financé publiquement, la seule façon de remettre en question le financement des soins de PMA était de mettre en doute le caractère « médicalement nécessaire » de ces soins²⁴⁵.

En 2010, en réponse à la crise financière qui touchait l'Europe, le parti Libéral-Conservateur a décidé de couper le financement des traitements de PMA²⁴⁶. Il a été convenu que les examens diagnostiques demeureraient offerts mais que les traitements coûteraient désormais 30 000 couronnes danoises. Cette décision politique ne s'est pas opérée sans protestations de la part des partis politiques minoritaires. En effet, ceux-ci déploraient que le gouvernement fasse fi du principe de gratuité des soins. Les partis au pouvoir rétorquaient toutefois que c'était agir de façon économiquement responsable²⁴⁷. Ceux-ci considéraient également que les soins de PMA étaient superflus et par conséquent, n'étaient pas « médicalement nécessaires ». De plus, comme les examens diagnostiques demeuraient couverts par le système public, le ministre de la Santé de l'époque argumentait que le retrait de la couverture des soins de PMA ne violait pas le principe de la gratuité d'accès aux soins de santé bien que les traitements en tant que tels demeuraient payants²⁴⁸.

Le 3 octobre 2011, Helle Thorning-Schmidt, d'affiliation sociale-démocrate, était élue en tant que première femme à occuper le poste de première ministre. Près d'une année après sa nomination, en 2012, les services de PMA ont été réintégrés au panier de services pris en charge par l'assurance santé publique. Ce retour au *statu quo* ne s'est également pas fait sans protestation de la part des partis politiques minoritaires, lesquels estimaient que ces services n'étaient pas nécessaires et amèneraient le gouvernement tout droit vers la faillite²⁴⁹.

2.4.2. Organisation des soins

Au Danemark, neuf principaux établissements offrent des traitements de PMA pris en charge publiquement²⁵⁰. Quant aux cliniques privées, celles-ci se comptent au nombre de douze et sont réparties à travers le pays²⁵¹.

Concernant l'accès aux soins de PMA au Danemark, celui-ci suit le même modèle qu'au sein des autres pays étudiés. En effet, lorsqu'un couple requiert ce type de soins, celui-ci doit, en temps normal, s'adresser en premier lieu à un médecin généraliste. Celui-ci évaluera la

²⁴⁵ LARSEN, Lars Thorup., préc., note 236, p. 16.

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ *Id.*

²⁴⁸ *Id.*, p. 17.

²⁴⁹ *Id.*, p. 19.

²⁵⁰ Ces établissements sont : Regionshospitalet Brædstrup, Dronninglund, Herlev Hospital, Holbæk Sygehus, Hvidovre Hospital, Odense Universitetshospital, Rigshospitalet, Skejby Sygehus et Regionshospitalet Skive. Voir NORDIC FERTILITY SOCIETY. « Danish clinics », [en ligne] : <http://www.nordicfs.org/index.php?option=com_content&view=article&id=75&Itemid=90> (page consultée le 22 juillet 2013).

²⁵¹ *Id.*

situation du couple et le redirigera vers des soins plus avancés en cas de besoin. Certains examens diagnostiques devront également être pratiqués afin de mieux rediriger les couples vers les ressources les plus appropriées à leur condition. Ces examens pourront être réalisés au sein d'une clinique de fertilité ou d'un établissement hospitalier. Par la suite, les traitements de fertilité (IUI, FIV, ICIS) seront entrepris.

2.4.3 Critères d'accès

En terme d'accès général aux traitements de fertilité, la loi ne prévoit aucun critère précis concernant le profil du ou des auteurs du projet parental. De plus, la loi ne requiert pas de condition particulière de vie en couple ni moins de restriction en termes d'orientation sexuelle. Par conséquent, les services de fertilité sont ouverts tant aux personnes seules qu'aux couples, et ce, qu'ils soient hétérosexuels ou homosexuels. De plus, il n'existe aucune nécessité pour les couples d'être mariés ou de vivre une relation stable depuis une période prédéterminée afin d'avoir accès aux techniques de PMA. Toutefois, la législation danoise impose une restriction importante en refusant l'accès aux couples possédant déjà un enfant issu de leur union.

En termes d'âge, seules les femmes âgées de moins de 40 ans sont admises aux traitements de PMA financés publiquement alors qu'elles doivent être âgées de moins de 45 ans pour les traitements obtenus de source privée. Ces limitations s'expliquent en raison du faible taux de succès des traitements de PMA lorsque les femmes atteignent la quarantaine.

En termes du nombre de cycles couverts par l'assurance maladie publique, ceux-ci se comptent au nombre de trois. Le nombre de cycles obtenus de source privée n'est pas pris en compte dans le nombre total de cycles dispensés par le secteur public. Il demeure toutefois possible pour les couples ou personnes seules d'obtenir des cycles supplémentaires auprès de cliniques privées une fois ce nombre de cycles dépassés.

Note : En raison des difficultés liées à la langue nous avons eu la confirmation de ces informations suivant des discussions avec des professeurs du Danemark. Nous ne pouvons, toujours en raison de ces difficultés, identifier les sources législatives, réglementaires, normatives, exactes de ces informations. La doctrine consultée était peu précise quant à l'origine des sources.

2.5 France

2.5.1 Historique

La première période qui a marqué le développement des techniques de PMA en France a été la naissance d'Amandine, le 24 février 1982, premier bébé éprouvette français issu d'une procédure de FIV²⁵². À cette époque, et ce jusqu'en 1994, aucune réglementation

* En raison des difficultés liées à la langue nous avons eu la confirmation de ces informations suivant des discussions avec des professeurs du Danemark. Nous ne pouvons, toujours en raison de ces difficultés, identifier les sources législatives exactes de ces informations.

²⁵² CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE. « Procréation assistée : la loi face à l'évolution des mœurs », [en ligne] : <<http://www2.cnrs.fr/journal/4398.htm>> (page consultée le 23 juillet 2013).

n'encadrerait les pratiques de PMA. En effet, les médecins chercheurs étaient responsables d'administrer et de limiter l'accès à ces pratiques. À ce sujet, voici ce qu'en disait Dominique Memi, chercheuse au Centre de recherches sociologiques et politiques de Paris :

« en vingt ans, en même temps que l'AMP se banalisait, des résistances éparses à ces pratiques se sont solidifiées, notamment chez certains chercheurs, hommes politiques et médecins. Et pour cause : jusqu'en 1994, les équipes médicales se sont retrouvées seules à administrer l'AMP. Elles ont alors "bricolé" des critères pour décider de l'accès des patients à l'AMP, et ont élaboré des discours de légitimation pour justifier leur choix, non sans quelque malaise parfois. »²⁵³

C'est alors que le 23 février 1983, près d'un an après la naissance d'Amandine, François Mitterrand, président de la République française, créait via l'adoption d'un décret, le tout premier Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé²⁵⁴. En effet, ce comité avait pour rôle de donner des avis sur des problèmes éthiques et des questions de société soulevées par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé²⁵⁵. Il a notamment rendu son premier avis le 22 mai 1984 relativement aux prélèvements de tissus d'embryons et de fœtus humains morts, à des fins thérapeutiques, diagnostiques et scientifiques²⁵⁶.

Le 25 mars 1988, le Conseil d'État publiait son rapport intitulé « *Sciences de la vie : de l'éthique au droit* ». Ce rapport proposait certaines solutions afin d'adapter le droit aux problèmes éthiques qui se posaient relativement aux nouvelles technologies telles que la procréation médicalement assistée, le diagnostic génétique préimplantatoire et la recherche embryonnaire. De façon générale, ce rapport avait pour objectif d'attirer l'attention des pouvoirs publics sur la nécessité de légiférer sur les questions de bioéthique. Le 11 juin 1991, Mme Noëlle Lenoir, chargée de mission pour la bioéthique auprès du Premier ministre, a également déposé une série de 24 rapports intitulés « *Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française* ». Un de ceux-ci portait notamment sur la procréation médicalement assistée et recommandait que des mesures législatives soient prises afin d'encadrer ces techniques²⁵⁷. Ces éléments ont tous contribué à la création de trois principaux outils législatifs :

1. *Loi n° 94-548 du 1 juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés* ²⁵⁸;

²⁵³ CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE, préc., note 250.

²⁵⁴ *Id.*

²⁵⁵ *Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, art. 23, [en ligne] :<

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=293D4266C173AA4341B618C36D8051E2.tpdjo14v_1?cidTexte=JORFTEXT000000549618&idArticle=LEGIARTI000006696796&dateTexte=19940730&categorieLien=id#LEGIARTI000006696796> (page consultée le 23 juillet 2013).

²⁵⁶ VIE PUBLIQUE. « Les questions de bioéthique », [en ligne] :< <http://www.vie-publique.fr/chronologie/chronos-thematiques/questions-bioethique.html>> (page consultée le 23 juillet 2013).

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ *Loi n° 94-548 du 1 juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique aux fichiers et aux libertés*, [en ligne] :< <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000547135&dateTexte=&categorieLien=id>> (page consultée le 23 juillet 2013).

2. *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*²⁵⁹;
3. *Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*²⁶⁰.

En matière de PMA, la *Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994* est venue apporter un certain cadre aux praticiens appelés à pratiquer dans le domaine de la médecine de reproduction. En effet, elle a introduit plusieurs modifications au *Code de la santé publique* de l'époque. À titre d'exemple, les différentes étapes qui devaient être réalisées avant toute procédure de PMA étaient désormais comprises dans cet outil législatif²⁶¹. Celles-ci ont été conservées et seront abordées sous le volet « Organisation des soins » du présent rapport. De plus, la Loi a officiellement introduit les conditions d'admissibilité aux traitements de PMA en énonçant à l'article L152-2 que :

« L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple.

Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. »

Relativement aux choix qui ont été exercés afin de sélectionner ces critères d'accès, voici ce que Dominique Mehl, sociologue au laboratoire du Centre national de recherche scientifique énonçait :

« [la Loi] a opté pour un certain modèle de parenté : celui de la famille naturelle constituée d'un père, d'une mère et de leurs enfants biologiques. Et c'est de ce choix qu'ont découlé toutes les interdictions [...] la formule « père-mère-enfant » reflète la représentation que se fait la société de ce que doit être une « bonne famille ». Il renvoie donc à un état des mœurs. Bien qu'il n'ait jamais été le seul, ce modèle de parenté était le plus fréquent en 1994 »²⁶²

De plus, comme le domaine de la PMA était appelé à évoluer très rapidement, le législateur avait choisi d'intégrer à l'article 21 de cette loi une disposition prévoyant son réexamen

²⁵⁹ *Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain*, [en ligne] : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549619>> (page consultée le 23 juillet 2013).

²⁶⁰ *Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, [en ligne] : <

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=293D4266C173AA4341B618C36D8051E2.tpdjo14v_1?cidTexte=JORFTEXT00000549618&dateTexte=20000621> (page consultée le 23 juillet 2013).

²⁶¹ *Code de la santé publique*, version consolidée du 21 juin 2000, art. L152-10 [en ligne] : <

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=3F2FBC8E7087A53A3703C24F9BC0E011.tpdjo14v_1?cidTexte=LEGITEX T000006072665&idArticle=LEGIARTI000006692556&dateTexte=20130724&categorieLien=id#LEGIARTI000006692556> (page consultée le 23 juillet 2013).

²⁶² CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE, préc., note 250.

dans un délai de cinq ans²⁶³.

Le 15 juin 2000, les dispositions relatives à la PMA contenues au *Code de la santé publique* étaient abrogées via l'ordonnance 2000-548²⁶⁴. En effet, cette abrogation était nécessaire compte tenu du nombre considérable de dispositions législatives qui devaient être ajoutées à l'intérieur du *Code de la santé publique*. De façon générale, l'adoption de cette ordonnance entraîna essentiellement la renumérotation des dispositions en matière de PMA, lesquelles étaient désormais contenues aux articles L-2141 et L-2142 du *Code de la santé publique*²⁶⁵.

Le 6 août 2004, une série de modifications législatives interviendront suite à l'adoption de la *Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique*. Cette loi permettra la création de l'Agence de la biomédecine, établissement public à caractère administratif chargé d'intervenir dans 4 principaux domaines : la transplantation d'organes, tissus et cellules, la procréation assistée, l'embryologie et la génétique humaine²⁶⁶. De plus, cette loi apportera de légères modifications aux dispositions contenues aux articles L-2141-1 à L-2142-4 du *Code de la santé publique*. Toutefois, en ce qui a trait aux critères d'accès aux traitements de PMA, ceux-ci demeuraient identiques.

Le 7 juillet 2011, le législateur français adoptait la *Loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*²⁶⁷. Celle-ci aura permis le retrait de l'exigence pour les couples d'être mariés ou d'obtenir la preuve de deux ans de vie commune. Toutefois, l'exclusion des couples homosexuels est demeurée.

En termes des derniers développements législatifs, la France a adopté, le 25 mai 2013²⁶⁸, la *Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*²⁶⁹. L'adoption de cette loi ne s'est pas faite sans soulever certaines protestations de part et d'autre. Il faut savoir que lors du processus d'adoption de cette loi, certains amendements avaient été proposés afin que le projet de loi inclue certaines dispositions relatives à l'accès aux couples de même sexe aux techniques de PMA. Toutefois, ceux-ci ont été rejetés. Dès lors, le Comité consultatif national d'éthique s'est autosaisi, fin janvier 2013, de multiples questions relatives à l'accès à la PMA telles que l'accès aux couples lesbiens à la PMA, aux femmes célibataires, aux couples d'hommes homosexuels et le financement de la PMA. Le dépôt du rapport par ce comité est prévu pour l'automne

²⁶³ CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE, préc., note 250.

²⁶⁴ Ordonnance 2000-548 du 15 juin 2000, [en

ligne] :<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=1EED3064AC401AB418DB6CDCC3DDE24F.tpdjo13v_2?cidTexte=JORFTEXT000000217229&dateTexte=20130724&categorieLien=id#JORFTEXT000000217229> (page consultée le 23 juillet 2013).

²⁶⁵ Ordonnance 2000-549 du 15 juin 2000, [en

ligne] :<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=1EED3064AC401AB418DB6CDCC3DDE24F.tpdjo13v_2?cidTexte=JORFTEXT000000217229&dateTexte=20000622&categorieLien=cid#JORFTEXT000000217229> (page consultée le 23 juillet 2013).

²⁶⁶ AGENCE DE LA BIOMÉDECINE. « Nos activités et domaines d'expertise », [en ligne] :< <http://www.agence-biomedecine.fr/Nos-activites-et-domaines-d>> (page consultée le 16 août 2013).

²⁶⁷ *Loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*, art. 33, [en ligne] :<

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=1EED3064AC401AB418DB6CDCC3DDE24F.tpdjo13v_2?cidTexte=JORFTEXT00024323102&dateTexte=20110709> (page consultée le 23 juillet 2013).

²⁶⁸ Décret n° 2013-429 du 24 mai 2013 portant application de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et modifiant diverses dispositions relatives à l'état civil et du code de procédure civile, [en ligne] :< http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20130528&numTexte=3&pageDebut=08733&pageFin=08735> (page consultée le 23 juillet 2013).

²⁶⁹ LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, [en ligne] :<

http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20130518&numTexte=3&pageDebut=08253&pageFin=08256> (page consultée le 23 juillet 2013).

2013²⁷⁰.

2.5.2 Organisation des soins

En France, les traitements de fertilité pris en charge par la sécurité sociale peuvent être obtenus au sein d'établissements hospitaliers ou à l'intérieur de cliniques de fertilité. Cependant, afin que ceux-ci soient à même de fournir ces soins, ils doivent notamment se conformer aux nombreuses formalités contenues à l'Arrêté du 3 août 2010²⁷¹ et au Décret n° 2006-1661 du 22 décembre 2006²⁷².

De plus, selon l'article 2141-10 du *Code de la santé publique*²⁷³, toute prise en charge par un centre de fertilité doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale. À cette fin, le centre doit se conformer à quatre principales étapes :

- 1 Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption;
- 2 Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, de leurs effets secondaires et de leurs risques à court et à long terme, ainsi que de leur pénibilité et des contraintes qu'elles peuvent entraîner;
- 3 Informer ceux-ci de l'impossibilité de réaliser un transfert des embryons conservés en cas de rupture du couple ou de décès d'un de ses membres;
- 4 Leur remettre un dossier-guide comportant notamment : un rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption et la PMA, une description des techniques de PMA, l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information sur tous ces sujets.

De plus, une série de formalités administratives²⁷⁴ doivent être réalisées par les différents professionnels de la santé afin d'établir un dossier médical commun pour le couple. Celles-ci varient de l'obtention de pièces d'identité aux antécédents médicaux, de l'obtention d'un consentement écrit du couple à la mise par écrit des résultats des tests diagnostiques et des observations cliniques.

²⁷⁰ VIE PUBLIQUE. « Le débat sur l'assistance médicale à la procréation », 12 février 2013, [en ligne] :< <http://www.vie-publique.fr/discours/selection-discours/debat-acces-assistance-medicale-procreation-amp.html>> (page consultée le 23 juillet 2013)

²⁷¹ Arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, JORF no 0211 du 11 septembre 2010, p. 16522, texte no 24, Annexe, [en ligne] :< <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022809674&dateTexte=&categorieLien=id>> (page consultée le 23 juillet 2013).

²⁷² Décret n° 2006-1661 du 22 décembre 2006 relatif au diagnostic prénatal et au diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro et modifiant le code de la santé publique, nor : SANP0622071D, [en ligne] :< <http://www.fivfrance-pro.com/JO-23-12-06-2.pdf>> (page consultée le 24 juillet 2013).

²⁷³ Code de la Santé Publique, (version consolidée le 24 juillet 2013), art. 2141-10, [en ligne] :<<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=93B84382734FFFFB675EF40E0386C9CF.tpdjo16v.2?idSectionTA=LEGISCTA000006171132&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20130715>> (page consultée le 15 juillet 2013).

²⁷⁴ Arrêté du 3 août 2010 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, préc., note 269.

Il est également important de mentionner que le *Code de la sécurité sociale* prévoit l'exonération du ticket modérateur pour les investigations nécessaires au diagnostic de la stérilité et pour le traitement de celle-ci²⁷⁵. Ainsi, afin de pouvoir bénéficier de ce remboursement, le couple doit adresser un certificat médical à son centre de sécurité sociale. Le médecin-conseil du centre peut souhaiter rencontrer le couple avant de donner son accord, dans un délai d'un mois. Une fois la notification d'exonération obtenue, les frais de l'AMP, les examens complémentaires et les médicaments sont pris en charge à 100 %²⁷⁶.

2.5.3 Critères d'accès

À la lecture de la législation qui encadre les pratiques de PMA en France, il apparaît que ce pays fait partie de ceux qui en limitent le plus strictement l'accès. En effet, l'article L. 2141-2 du *Code de la santé publique*²⁷⁷ énonce :

« 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 oeuvre l'assistance médicale à la procréation »
(nos soulignés)

Cette disposition législative contient plusieurs éléments qui encadrent l'accès aux traitements de PMA : l'âge, l'orientation sexuelle, les causes justifiant l'accès aux traitements de PMA ainsi que l'exigence d'un consentement²⁷⁸.

En termes d'âge, le *Code de la santé publique*, tout comme la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, ne définit pas la notion d'être en « âge de procréer ». Toutefois, contrairement au Québec, la *Cotation des actes médicaux*, publiée le 30 mars 2005 dans le Journal Officiel apporte un certain éclairage. En effet, celle-ci énonce que les actes d'assistance médicale à la procréation ne peuvent pas être remboursés au-delà du jour du 43^e anniversaire de la femme²⁷⁹.

²⁷⁵ *Code de la sécurité sociale*, (version consolidée 24 juillet 2013), art. L322-2, [en ligne] :<

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DE1EAD9C5C9CE2707EDC3B14D58A2E3B.tpdjo03v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006172595&cidTexte=LEGITEXT000006073189&dateTexte=20130724> (page consultée le 24 juillet 2013).

²⁷⁶ HEARD, Isabelle. « Conditions de l'AMP en France chez les couples concernés par le VIH », Hôpital européen Georges Pompidou, Paris, [en ligne] :< <http://www.infectiologie.com/site/medias/JNI/2004/CT/CT04-02-Heard-jni04r.pdf>> (page consultée le 24 juillet 2013).

²⁷⁷ *Code de la Santé Publique*, préc., note 271, art. 2141-2.

²⁷⁸ *Id.*

²⁷⁹ *Décision du 11 mars 2005 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie*, JORF n°74 du 30 mars 2005 page 5309, texte no 4, section 09.02, [en ligne] :<

http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=20050330&numTexte=00004&pageDebut=00004&pageFin=> (page consultée le 23 juillet 2013).

En termes d'orientation sexuelle et de statut civil, l'article 2141-1 impose la formation d'un couple, cela signifie avant tout que la PMA n'est pas ouverte aux personnes célibataires. De plus, tel que nous l'avons abordé précédemment, l'accès aux techniques de PMA en France est restreint aux couples hétérosexuels. Par conséquent, les couples de femmes et d'hommes sont exclus, jusqu'à nouvel ordre, des services pris en charge par la sécurité sociale.

En termes de l'obtention du consentement, celui-ci doit être obtenu après qu'une information complète et accessible relative à la pénibilité du traitement, de ses risques et des limites réglementaires ait été divulguée par le clinicien. Le consentement est donc obtenu après l'écoulement d'un délai de réflexion d'une durée minimale d'un mois et doit être signé par les deux membres du couple²⁸⁰.

En termes de l'ouverture aux soins de PMA, il est important de souligner que seuls les couples présentant une infertilité médicalement diagnostiquée ou ceux pour lesquels il existe un risque de transmission d'une maladie à l'enfant à naître ou à un des deux membres du couple pourront être admis aux services de PMA. À cet effet, seules les maladies présentant un certain caractère de gravité seront prises en compte.

En termes du nombre de cycles couverts, la *Cotation des actes médicaux* énonce également que ceux-ci diffèrent selon le type de traitement utilisé. Concernant la fécondation *in vitro* (FIV ou ICIS), quatre cycles complets sont couverts. Ainsi, tous les actes tels que les consultations, échographies, traitements hormonaux et prélèvements folliculaires sont pris en charge par la sécurité sociale. Relativement à ceux d'insémination artificielle, une seule insémination par cycle peut être remboursée avec un maximum de six afin d'obtenir une grossesse²⁸¹.

²⁸⁰ HEARD, Isabelle., préc. note 274.

²⁸¹ *Décision du 11 mars 2005 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge ou remboursés par l'assurance maladie*, préc., note 277.

3. PROCRÉATION MÉDICALEMENT ASSISTÉE ET DROITS DE LA PERSONNE

3.1 Le devoir de non-ingérence de l'État quant aux décisions en matière de procréation

3.1.1 L'État ne peut empêcher un couple ou un individu de *ne pas* procréer

D'abord, aux États-Unis, c'est en 1965 que le droit à la vie privée, incluant les décisions en matière de procréation, fut reconnu pour la première fois par la Cour Suprême américaine dans l'arrêt *Griswold v. Connecticut*²⁸². Alors que les moyens de contraception étaient bannis aux États-Unis, la Cour s'est prononcée quant à l'existence d'un droit à la vie privée (découlant du neuvième amendement de la Constitution) couvrant jusqu'aux actes posés dans la chambre à coucher des couples mariés et qui, par conséquent, les protégeait contre l'immixtion de l'État dans cette sphère de leur vie intime (« right to marital privacy »). Bien que la reconnaissance du droit à la vie privée était limitée aux couples mariés exclusivement, cette décision jouera un rôle de tremplin dans les années à venir. Ce droit sera appelé à devenir un droit de plus en plus inclusif. Il est intéressant de noter qu'en *obiter dictum*²⁸³, certains juges ont soulevé qu'il ne s'agissait pas d'un droit appartenant aux couples mariés, mais un d'un droit appartenant aux individus... Cette pensée deviendra la vision majoritaire américaine quelques années plus tard.

En effet, en 1972, dans *Eisenstadt v. Baird*²⁸⁴, la protection du droit à la vie privée est étendue du couple marié à l'individu en vertu du droit à l'égalité prévu au quatorzième amendement de la Constitution américaine. Fondé sur ce droit à la vie privée élargi, la Cour suprême s'est questionnée en 1973 quant à la légalité de l'avortement dans *Roe v. Wade*²⁸⁵. Elle en a conclu que « the right of personal privacy includes the abortion decision, but that this right is not unqualified and must be considered against important state interests in regulation ». Par ailleurs, dans cette même décision, la Cour suprême va scinder la période gestationnelle en trois périodes, la première au cours de laquelle l'État n'a aucun intérêt dans la vie du fœtus et la troisième où l'avortement est interdit. Cette méthode fut modifiée en 1992 dans l'affaire *Planned Parenthood v. Casey*²⁸⁶, où elle fut réduite à deux périodes. En tout état de cause, il est clair qu'aux États-Unis, le droit de ne pas procréer est protégé par la Constitution américaine, via le droit à la protection de la vie privée des individus.

Au Canada, l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit ceci : « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »²⁸⁷ Les droits à la sécurité et à la liberté ont été traités conjointement dans de nombreux jugements. Le plus

²⁸² *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

²⁸³ Il arrive que le juge insère dans les motifs de sa décision une considération qui ne se rapporte pas directement à la solution du litige et par laquelle il exprime une opinion sans valeur décisive et dénuée de l'autorité de chose jugée sur une situation voisine ou une évolution souhaitable de la jurisprudence, voire de la législation ou encore simplement sur l'air du temps. Il le fait par incidente, « soit dit en passant », ce qui est le sens littéral de cette expression latine. Elle se distingue du motif surabondant en ce que le juge n'a pas entendu la retenir pour fonder sa décision.

²⁸⁴ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

²⁸⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

²⁸⁶ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

²⁸⁷ Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11 [Charte canadienne].

important en ce qui nous concerne est l'affaire *Morgentaler*²⁸⁸, où trois médecins étaient accusés d'avoir pratiqué des avortements dans leur clinique de l'Ontario, pratiques illégales selon l'art. 251 du *Code criminel* de l'époque. En 1988, la Cour suprême a jugé que le fait d'interdire à une femme, sous peine d'emprisonnement, le droit d'interrompre une grossesse qu'elle ne souhaite pas mener à terme, au moyen de procédures arbitraires, constituait une grave atteinte tant à sa liberté qu'à sa sécurité. Pour sa part, la juge Wilson a interprété le droit à la liberté de l'article 7 comme étant plus qu'une simple protection contre la contrainte physique, mais comme incluant le droit de prendre ses propres décisions sur des questions fondamentales, comme celles de procréer ou non, sans que l'État ne s'immisce dans cette sphère. D'autres juges de la majorité ont aussi tranché quant à l'inconstitutionnalité de l'article, mais plutôt sur la base du droit à la sécurité de la femme, se voyant contrainte, par les dispositions en cause, à une charge administrative longue et ardue, limitant d'autant les possibilités réelles d'avortement. Qu'ils tranchent sous l'égide du droit à la liberté ou du droit à la sécurité, tous les juges concluent que l'article du Code criminel ne se justifie pas dans une société libre et démocratique. Par conséquent, l'article 251 du Code criminel a été jugé inconstitutionnel puisque violant l'art. 7 de la Charte²⁸⁹.

À la lumière de ces enseignements brièvement résumés, il est possible de conclure que l'état actuel du droit interdit à l'État de s'immiscer dans la sphère privée des individus, notamment en leur interdisant de ne pas procréer. Les individus peuvent recourir, dans un cadre légal défini, aux moyens de contraception disponibles ou à l'avortement, pour ne pas se reproduire sans que l'État ne puisse interférer dans ces décisions. Il existe donc ce que l'on appelle un droit négatif de procréer.

3.1.2 L'État ne peut empêcher un couple ou un individu de procréer

Ici, la question à se poser est la suivante : l'État peut-il empêcher un individu ou un couple de procréer? Aux États-Unis, dès 1942, la Cour suprême a répondu par la négative, en jugeant que la stérilisation involontaire d'un condamné récidiviste allait à l'encontre de son droit fondamental de procréer, reconnu comme « a basic civil right of man ». En 1972, dans l'affaire *Stanley v. Illinois*²⁹⁰, la Cour en rajoute en soulignant que le droit d'enfanter et d'élever ses enfants est plus important même que le droit de propriété. Cette déclaration survient lorsqu'un père conteste la validité d'une clause visant à mettre automatiquement les enfants sous la garde de l'État à la mort de leur mère, lorsque le père ne vit plus en relation conjugale avec elle et qu'il n'est pas marié. Elle évoque que « [p]ersonal choice in marriage and family life is one of the liberties protected by the Due Process Clause of 14th amendment ».

Une décision relativement récente de la Cour européenne des droits de l'homme est pertinente quant au droit négatif de procréer. Dans la décision *Dickson c. R.-U.*²⁹¹, il a été décidé qu'un homme condamné à quinze années de prison avait le droit d'enfanter et que l'État ne pouvait s'ingérer dans sa vie privée en l'empêchant, lui et sa conjointe, d'avoir

²⁸⁸ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

²⁸⁹ Notons que même si l'article controversé n'a pas été retiré du Code criminel et qu'il s'y retrouve encore aujourd'hui (art. 287 C.c.), il est officiellement devenu invalide et inapplicable.

²⁹⁰ *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972).

²⁹¹ *Dickson c. Royaume-Uni*, Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, requête 44362/04, Strasbourg, 4 décembre 2007.

accès à l'insémination artificielle. Il a été établi que le refus de l'État de leur permettre d'avoir recours aux services d'insémination artificielle violait l'art. 8 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, qui se lit comme suit :

Art. 8

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...)
2. 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.

La Cour estime que le droit au respect de la vie privée et familiale des individus inclut notamment leur décision de devenir des parents génétiques (par. 66) et que l'État ne peut donc interférer en les empêchant d'atteindre cet objectif.

Au Canada, c'est toujours l'article 7 de la Charte canadienne qui protège le droit des individus contre toute immixtion de l'État dans les décisions liées à la procréation. L'affaire de la Cour suprême *E c. Ève*²⁹² est pertinente ici. En résumé, il s'agit de la mère d'une jeune déficiente mentale adulte qui s'adresse au tribunal afin d'obtenir l'autorisation de consentir à la stérilisation de la jeune fille par ligature tubaire, invoquant les conséquences émotionnelles négatives qu'une grossesse pourrait avoir sur elle ainsi que l'incapacité de celle-ci à s'occuper d'un bébé. La plus haute instance du pays a cassé le jugement de l'instance précédente et « a statué que la stérilisation non thérapeutique pratiquée sans consentement constituait une "grave atteinte au droit d'une personne" et une "atteinte irréversible et grave aux droits fondamentaux d'une personne". Elle a également insisté sur la "reconnaissance juridique du caractère fondamental du droit de procréer" et sur "le grand privilège de procréer". »²⁹³. En clair, l'État n'est pas fondé à priver un individu, peu importe son aptitude à consentir à des soins ou non, du droit fondamental de procréer.

À la suite de la revue de l'état du droit en la matière, force est de constater qu'il existe bel et bien un droit *néгатif* de procréer, c'est-à-dire le droit, pour tout individu, de voir l'État s'abstenir d'interférer dans ses décisions en matière de procréation. Il s'agit d'ailleurs davantage d'une *liberté de procréer*. L'État ne peut ni empêcher un individu de ne pas procréer (ex. : contraception/avortement) ni l'empêcher de procréer (ex. : détention en établissement pénitencier/stérilisation forcée). Ce qui constituera le cœur du présent rapport sera toutefois la suite : l'État a-t-il des obligations positives en matière de procréation? Doit-il prendre des mesures particulières dans le but d'aider les individus à procréer?

²⁹² *R. c. Ève*, [1986] 2 R.C.S. 388.

²⁹³ Anne-Marie Savard, essai de maîtrise sur le prélèvement de gamètes post-mortem, p.42. Notons que cet arrêt provient d'une province de Common Law, l'Île-du-Prince-Édouard, et qu'il portait en partie sur la compétence *parens patrie* du tribunal mais que les passages qui nous intéressent concernent plutôt les propos de la Cour sur le caractère fondamental du droit de procréer.

3.2 Les devoirs de l'État quant à l'offre et au financement des soins et services

Comme nous l'avons indiqué précédemment, le devoir de non-ingérence de l'État est parfaitement clair. Ce qui l'est moins est de savoir s'il existe des obligations pour l'État de donner aux individus la possibilité de procréer. Il n'existe aucun fondement juridique autonome (que ce soit dans une charte, une loi ou un arrêt de jurisprudence) quant à un éventuel droit *positif* de procréer, c'est-à-dire qui imposerait à l'État l'obligation de prendre des mesures positives afin de donner la chance à tous les individus de procréer²⁹⁴. Les instruments internationaux auxquels le Canada a adhéré²⁹⁵ ne peuvent non plus constituer un fondement adéquat pour conclure à l'existence d'un droit positif de procréer, puisqu'ils ne sont pas exécutoires au Canada, n'ayant pas été incorporés par voie législative dans le droit interne du pays²⁹⁶. En ce sens, ils ne peuvent traduire qu'un « idéal ». Toutefois, il y a lieu de noter que certains des textes internationaux vont très loin sur ce plan. Par exemple, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, que le Canada a signé en 1976, déclare ceci :

Article 23

1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État.
2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.

Discutant d'ailleurs du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (et de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*²⁹⁷) des auteurs soutiennent qu'il est difficile de savoir si ces dispositions appuient un droit réellement *positif* de procréer, alors qu'ils affirment ceci :

[Des] travaux préparatoires des deux traités portent à croire que les droits énoncés ne visaient pas à imposer une obligation positive aux États en matière d'assistance à la procréation, mais qu'ils visaient plutôt les individus qui jouissent de la capacité physiologique de reproduction. Cette position trouve un appui dans l'observation générale 19, énoncée par le comité des droits de l'homme, selon laquelle le droit de fonder une famille implique, en principe, la possibilité de procréer et de vivre ensemble. [...] D'autres par contre ont soutenu qu'en raison de leur obligation de faire en sorte que les individus

²⁹⁴ L'arrêt de la Cour suprême *Gosselin c. Québec* [2002] 4 R.C.S. 429 est univoque quant au rejet de l'art. 7 de la *Charte canadienne* comme fondement d'une quelconque obligation positive de l'État. La Cour affirme que « jusqu'à maintenant, rien dans la jurisprudence ne tend à indiquer que l'art. 7 impose une obligation positive à l'État. On a plutôt considéré que l'art. 7 restreint la capacité de l'État de porter atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il n'y a pas d'atteinte de cette nature en l'espèce et les circonstances ne justifient pas une application nouvelle de l'art. 7, selon laquelle il imposerait à l'État l'obligation positive de garantir un niveau de vie adéquat. ».

²⁹⁵ Nous pensons principalement au *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Rés. A.G. 2200 (XXI), 16 décembre 1966, 21 GAOR Supp. 16 Doc. A/6316 (1967), entré en vigueur le 3 janvier 1976 et à la *Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948*, Résolution de l'Assemblée générale 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).

²⁹⁶ A. Bayefsky, *International Human Rights Law: use in Canadian Charter of Rights and Freedoms litigation*, Toronto, Butterworths, 1992, p. 25, où l'auteure affirme qu'en règle générale, un traité ne fera partie de la législation canadienne que par l'effet d'une loi prise à cet effet. Pour une vision beaucoup plus contraignante des engagements internationaux pris par le Canada en matière d'accès aux soins de santé, voir M. Laverdière, « Les suites de l'arrêt Chaoulli et les engagements internationaux du Canada en matière de protection des droits fondamentaux », (2007) 38 *R.D.U.S.* 1.

²⁹⁷ Convention CEDAW, adoptée le 18 décembre 1979 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Elle est entrée en vigueur le 3 septembre 1981 après avoir été ratifiée par 20 pays.

jouissent des droits énoncés dans les traités ci-dessus, les États parties doivent faciliter le droit à la reproduction, même par des moyens artificiels.²⁹⁸

Quoi qu'il en soit, encore une fois, ces divers instruments internationaux transmettent tout au plus une idée des valeurs sur lesquelles s'appuient les différentes juridictions, dont le Canada, les ayant ratifiés, mais ne sont pas exécutoires, du moins dans l'état actuel du droit. Par ailleurs, le droit de procréer, dans sa perspective positive, pourrait découler d'un éventuel « droit à la santé », surtout si l'on considère la définition très large de la *santé* inscrite dans le préambule de 1946 de la *Constitution de l'Organisation mondiale de la santé*, selon laquelle « la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité »²⁹⁹. Or, même là encore, ni la *Charte canadienne*³⁰⁰ ni la *Charte des droits et libertés de la personne*³⁰¹, loi quasi constitutionnelle québécoise, ne protègent un droit distinct à la santé³⁰². Quant à eux, les instruments internationaux auxquels le Canada a adhéré³⁰³ ne peuvent traduire qu'un « idéal de la responsabilité de l'État pour ce qui est d'assurer la sécurité sociale de base, y compris les soins de santé »³⁰⁴, puisqu'ils ne sont pas exécutoires au Canada, n'ayant pas été incorporés par voie législative dans le droit interne du pays, comme nous l'avons vu. Toutefois, bien que ces engagements ne constituent pas un fondement adéquat pour conclure à l'existence d'un droit à la santé au Canada, il y a lieu de noter que certains des textes internationaux vont très loin sur ce plan. Par exemple, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, que le Canada a signé en 1976, est assez clair quant à l'existence d'un droit à la santé, disposant ceci : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'à toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre »³⁰⁵. Mais, faut-il le répéter, ces dispositions ne signifient, du moins au Canada, que des vœux, des idéaux ou des objectifs à atteindre.

Sans assise constitutionnelle ou quasi constitutionnelle au droit à la santé, la législation québécoise peut néanmoins prévoir, dans son corpus juridique, un droit d'accès aux soins et services de santé. C'est exactement ce que le Québec a fait, en 1971, dans le cadre de l'adoption de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*³⁰⁶, devenant ainsi la

²⁹⁸ Katherine Van Heugten et Judy Hunter, « Le meilleur des mondes : Au carrefour de la biotechnologie et des droits de la personne », Publication gouvernementale Canada, juillet 2005, à la p.2-7.

²⁹⁹ Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946.

³⁰⁰ Partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11 [Charte canadienne].

³⁰¹ L.R.Q. c. C-12 [Charte québécoise].

³⁰² En ce qui a trait à la Charte canadienne, trois juges majoritaires de la Cour suprême ont signalé, dans l'arrêt *Chaoulli c. Québec (P.G.)* [2005] 1 R.C.S. 791, paragraphe 104, que « La Charte ne confère aucun droit constitutionnel distinct à des soins de santé ». Les juges précisent, au même paragraphe, que « Cependant, lorsque le gouvernement établit un régime de soins de santé, ce régime doit respecter la Charte ». Nous reviendrons sur ce point. Voir aussi J.-P. Ménard, « L'impact du jugement Chaoulli sur les droits des usagers du système de santé », dans Congrès annuel du barreau du Québec (2006), Montréal, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2006, p. 691, où l'auteur reconnaît que « le droit à la santé ne fait pas partie des droits fondamentaux ».

³⁰³ Voir supra, note 305.

³⁰⁴ Groupe de travail sur les soins de santé de l'Association du Barreau canadien, *Un droit à la santé ? Réflexions en vue d'une réforme canadienne*, Ottawa, 1994, p. 26.

³⁰⁵ Article 12 (1) *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, précité. Le second paragraphe de cette disposition prévoit aussi les mesures que les États parties au Pacte devront prendre pour assurer le plein exercice de ce droit « au meilleur état de santé susceptible d'être atteint ».

³⁰⁶ *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 1971, ch. 48, désormais répertoriée L.R.Q., c. S-4.2, ci-après *LSSSS*.

première province à donner une définition de fond au contenu du droit des services de santé³⁰⁷. L'article 5 de cette loi se lit comme suit :

5. Toute personne a le droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée et sécuritaire.

Accès aux services, oui, mais quels services? Telle est la question pertinente à se poser ici. En effet, dans un contexte de ressources limitées, tel que l'on le connaît aujourd'hui, il est évident qu'on ne saurait imposer à l'État de couvrir et financer tous les soins possibles et imaginables. L'on peut donc se demander quels sont les soins et services que l'État doit offrir et financer ici, au Québec et au Canada. Sans entrer dans les détails concernant la *Loi canadienne sur la santé*³⁰⁸, soulignons que cette loi fédérale prescrit les conditions que les provinces doivent respecter quant à leur système de santé si elles souhaitent obtenir du gouvernement fédéral le versement d'une pleine contribution pécuniaire pour les services de santé assurés et les services complémentaires de santé fournis en vertu d'une loi provinciale. Or, l'une de ces conditions est l'accessibilité³⁰⁹, signifiant que le régime provincial d'assurance-santé doit obligatoirement fournir à la population les «services de santé assurés» sans obstacle financier, direct ou indirect. Or, toujours selon cette loi, les «services de santé assurés» sont *grosso modo* (il serait superflu et trop long de reprendre l'entièreté des définitions) les services *médicalement nécessaires* fournis dans un hôpital ou par un médecin³¹⁰. Toutefois, il n'y a pas de définition de l'expression «médicalement nécessaires». Il en revient à chacune des provinces de déterminer quels seront les services qu'elle voudra faire entrer dans cette catégorie.

3.2.1 Le pouvoir discrétionnaire de l'État quant aux décisions politiques

D'une manière générale, il est reconnu en droit que l'État possède une large discrétion quant aux décisions politiques qu'il doit prendre³¹¹. Sauf en de rares exceptions, les tribunaux n'interviendront pas pour annuler ce type de décisions et observeront plutôt ce que l'on appelle la retenue judiciaire. Ce principe a été confirmé une fois de plus dans l'arrêt de la Cour d'appel *Cilinger c. P.G. du Québec*³¹², en 2004. Comme ce jugement concerne une décision politique liée à l'allocation des ressources en santé au Québec, il vaut la peine que nous fassions ressortir les points saillants. Dans cette affaire, une dame souhaitait obtenir l'autorisation d'entreprendre un recours collectif au nom de toutes les femmes victimes du cancer du sein qui n'auraient pas bénéficié de traitements de radiothérapie après leur chirurgie dans le délai qu'elle estime médicalement acceptable de huit semaines. Son action en responsabilité extracontractuelle était dirigée contre chacun des établissements de santé qui offrent des services de radiothérapie et contre le Procureur général, à titre de représentant du ministère de la Santé et du gouvernement. Le juge de la Cour supérieure a

³⁰⁷ Groupe de travail sur les soins de santé de l'Association du Barreau canadien, préc. note 302, p. 34. Toujours selon cette source, le Québec est également la province allant le plus loin dans la définition législative du contenu et des limites de ce droit. Voir p. 33. D'ailleurs, cette constatation est encore d'actualité.

³⁰⁸ L.R.C. (1985), ch. C-6 (L.C.S.).

³⁰⁹ Voir l'art. 12 L.C.S.

³¹⁰ Voir les définitions, notamment de «services de santé assurés», «services hospitaliers» et «services médicaux», à l'art. 2 L.C.S.

³¹¹ *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228.

³¹² *Cilinger c. P.G. du Québec*, [2004] 2943 (C.A.).

autorisé le recours contre les établissements de santé mais l'a cependant rejeté contre le Procureur général au motif que les griefs découlaient de *décisions politiques* du gouvernement, à savoir où sont affectées les ressources dont il dispose et dans quelle proportion. À ce sujet, le juge de la Cour supérieure s'exprime ainsi :

Ces décisions de politique par le Gouvernement ne peuvent être attaquées que lorsqu'il est établi qu'elles ont été prises de mauvaise foi, ou si elles sont si manifestement déraisonnables qu'elles excèdent le pouvoir discrétionnaire du Gouvernement. La preuve au dossier n'établit *prima facie* ni l'une ni l'autre de ces possibilités³¹³.

La Cour d'appel a confirmé cette décision et s'exprime ainsi :

En l'espèce, comme nous l'avons vu plus tôt, l'appelante dirige ses reproches contre les décisions de l'Assemblée nationale et celles du ministre de la Santé et des Services sociaux. C'est essentiellement le cadre législatif et réglementaire mis en place pour baliser l'utilisation des ressources et faire échec aux dépassements budgétaires qui est dans la mire de l'appelante. Ces décisions sont à la fois discrétionnaires et souvent le résultat des inévitables arbitrages des agents de l'État entre les différents enjeux sociétaux. Il est donc incontestable, comme l'a décidé le premier juge, que le débat se situe dans la sphère politique et est, par conséquent, soustrait à l'action des tribunaux³¹⁴.

Il est donc acquis que l'État est relativement souverain dans l'exercice de la prise de décisions politiques et face aux choix – souvent difficiles – de financer ou non tel ou tel soin ou service. Cette souveraineté est d'ailleurs reflétée dans la décisions de plusieurs provinces canadiennes qui ont fait le choix de ne pas offrir de services de PMA (à ce sujet, nous référons le lecteur à la deuxième partie du présent rapport).

Malgré cette importante discrétion, toute décision politique n'est pas totalement à l'abri de la surveillance des tribunaux. En effet, tel qu'il ressort de la jurisprudence, les décisions étatiques doivent néanmoins être prises de bonne foi, être raisonnables et respecter les dispositions des chartes des droits. C'est à cet égard, d'ailleurs, que les décisions sont fréquemment contestées, comme nous le verrons dans les prochains paragraphes.

Dans la section suivante, nous analyserons la confrontation du pouvoir discrétionnaire de l'État avec les chartes des droits et libertés, notamment l'article 15, dans le cas où l'État décide de *ne pas* offrir et financer un service. L'idée ici est de voir si l'État québécois est contraint d'offrir et financer les services de procréation assistée, comme il a décidé de le faire en 2009. Par la suite, nous verrons plutôt quelles sont les obligations de l'État lorsqu'il choisit effectivement d'offrir et financer un soin ou un service, notamment dans le cas où il souhaiterait en limiter l'accès en fonction de différents critères.

3.2.2 Le choix de *ne pas couvrir* un soin ou service et ses limites

³¹³ *Cilinger c. Centre hospitalier de Chicoutimi*, [2004] R.J.Q. 3083, par. 118.

³¹⁴ *Id.*, par. 16.

L'exemple jurisprudentiel le plus éloquent ici est l'affaire *Auton c. C.-B.*³¹⁵. Dans cette affaire, il s'agit d'un groupe de parents d'enfants autistes poursuivant la province de la Colombie-Britannique, alléguant que son omission de financer la thérapie comportementale pour le traitement de l'autisme était contraire au paragraphe 15(1) de la Charte canadienne, parce que discriminatoire à l'égard des personnes souffrant d'une déficience physique ou mentale. Citons le premier paragraphe de l'art. 15 de la Charte canadienne :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

La question que pose cette affaire est celle de savoir si le fait pour une province de ne pas financer une thérapie en particulier, en l'espèce la thérapie ABA/ICI pour les enfants autistes, porte atteinte à leur droit à l'égalité. Contrairement aux instances inférieures, la Cour suprême du Canada a répondu par la négative. Son raisonnement est le suivant : ce que protège d'abord et avant tout l'article 15 de la Charte est l'égalité de tous devant la *loi*, ce qui signifie que si la loi offre un avantage, elle doit l'offrir pour tous. Or, la Cour ajoute que l'avantage recherché par les demandeurs est le financement de **tous** les soins et services médicalement requis, ce qui n'est pas prévu par la loi. En effet, comme nous l'avons vu, la *Loi canadienne sur la santé* et les dispositions provinciales pertinentes ne garantissent pas à tout Canadien le financement de *tout* traitement médicalement nécessaire. Seuls sont prévus le financement des services médicalement nécessaires *fournis par un médecin ou dans un hôpital* et, au gré de la province, le financement total ou partiel des services non médicalement nécessaires, soit, en Colombie-Britannique, les services offerts par certains « professionnels de la santé » énumérés dans la loi. Plus particulièrement, le gouvernement avait financé un certain nombre de programmes destinés aux enfants autistes mais n'avait pas établi le financement de la thérapie ABA/ICI pour les enfants autistes âgés de trois à six ans en raison, notamment, de compressions budgétaires et du caractère nouveau et controversé de cette thérapie.

La Cour suprême conclut donc que le régime législatif n'est pas discriminatoire en soi parce qu'il assure le financement de services non médicalement nécessaires destinés à certains groupes tout en refusant de supporter financièrement la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes. Il s'agit par définition d'un régime *partiel* de soins de santé dont l'objectif n'est pas de répondre à tous les besoins médicaux. L'exclusion d'un service non médicalement nécessaire en particulier ne saurait donc constituer à elle seule une distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré. C'est au contraire une caractéristique prévisible du régime législatif. La Cour suprême ajoute ceci, de toute première importance :

[2] On comprend la situation des requérants et la décision des tribunaux inférieurs d'ordonner au régime public de soins de santé de payer leurs frais de thérapie. Cependant, la question dont nous sommes saisis n'est pas de savoir

³¹⁵ *Auton c. C.-B.* (P.g.), [2004] 3 R.C.S. 657.

quels services devrait offrir le régime, car il appartient au Parlement et à la législature d'en décider. Notre Cour doit plutôt déterminer si le refus du gouvernement de la Colombie-Britannique de supporter financièrement les services en cause dans le cadre du régime de soins de santé équivaut à un refus injuste et discriminatoire des avantages conférés par le régime, contrairement à l'art. 15 de la *Charte*. Malgré leur solide argumentation, les requérants n'ont pas établi que le refus des avantages contrevenait à la *Charte*.

En conclusion de cette affaire, l'État, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, peut déterminer, pour différentes raisons, de *ne pas* couvrir financièrement tel ou tel soin ou service non médicalement requis et ce n'est pas parce qu'il fait ce choix que cela entraîne nécessairement une discrimination à l'égard des personnes qui auraient pu bénéficier du soin ou du service.

Par ailleurs, bien que le jugement *Cameron v. Nova Scotia*³¹⁶ ne provienne pas de la Cour suprême mais bien de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, ni ne soit très récent, il demeure important dans le cadre de ce rapport puisqu'il soulève les enjeux liés à la décision politique d'un État de ne pas couvrir les frais des techniques de procréation assistée. Il s'agit d'un couple marié dont l'homme souffrait d'infertilité sévère ayant eu recours à des services de procréation assistée dans des cliniques privées de Toronto et de Calgary. De retour à son domicile, en Nouvelle-Écosse, le couple a demandé le remboursement de ses dépenses pour l'obtention de ces services. L'État lui a refusé, prétextant que les services en question (FIV et ICSI) n'étaient pas couverts par le régime d'assurance-maladie de cette province (Medicare). Ainsi, les deux questions qui se posaient étaient celles (1) de savoir si ces services étaient couverts ou non par le régime public de la N.-É. et (2) dans la négative, si ce refus constituait une violation du droit à l'égalité que prévoit l'art. 15 de la Charte canadienne. Concernant la première, la Cour conclut que ces services ne sont effectivement pas couverts par le régime public et fait les remarques suivantes :

[101] A very important limitation in the policy is that insured services be medically necessary or medically required. Of necessity, what is or is not medically required must be judged by those placed in charge of the administration of the policy. The judgment call requires an appreciation not only of medical procedures, but the availability of funds to finance them. The exercise of such judgment is not a function of this Court. Our role is limited to requiring that those who make and administer the policy follow their own rules - in particular, the Act and the Regulations - in doing so. We are not accountable for the raising and expenditure of public monies. The persons who make these decisions under the policy are persons who are directly or indirectly so accountable. Charter considerations aside, as long as their decisions are reached in good faith and are not shown to be clearly wrong, we have no power to overturn them.

Quant à la seconde question, à savoir si le refus de couvrir financièrement ces services de procréation assistée constitue une violation du droit à l'égalité prévu à l'art. 15 de la Charte

³¹⁶ *Cameron v. Nova Scotia* (Court of Appeal) (1999), 177 D.L.R. 4th.

canadienne, la Cour répond par l'affirmative, mais ajoute que cette discrimination (entre personnes fertiles et infertiles) se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique. Nous tenterons ici d'expliquer cette conclusion et de faire ressortir les principes et enjeux fondamentaux sans toutefois entrer dans tous les détails et subtilités juridiques.

Ici, le couple prétendait que l'État créait une discrimination entre les couples fertiles et infertiles, les premiers se voyant offrir – par le régime public – de nombreux services tout au long de la grossesse de la femme, lors de la naissance de l'enfant ou en cas d'avortement, et les seconds n'ayant pas, du fait de leur « déficience physique » accès à tous ces services. Fait de toute première importance, il faut toutefois préciser que la Cour considère les traitements de procréation assistée visés ici (FIV et ICSI) comme *médicalement nécessaires*, ce qui constitue un aspect crucial et déterminant dans cette décision. Le tribunal affirme ceci :

[172] The government has failed to ameliorate the position of the infertile compared with fertile people. They are unequally treated because they are denied a medically recommended treatment appropriate for them. The fertile on the other hand have no restrictions on access to Medicare for pre-natal treatments and treatments relating to childbirth. "Every aspect is covered".

Au cours de nombreux paragraphes, la Cour explique par la suite que les personnes infertiles font l'objet de stéréotypes et sont désavantagées par rapport aux personnes fertiles et conclut finalement à discrimination. Toutefois, une analyse concluant à la violation de l'art. 15 de la Charte canadienne ne s'arrête pas là. Une seconde étape reste à faire, c'est-à-dire que l'auteur de la discrimination, ici l'État de la Nouvelle-Écosse, peut justifier cette mesure discriminatoire par l'art. 1 de la Charte, s'il souhaite qu'elle demeure valide. L'article 1 de la Charte se lit de la manière suivante :

La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En d'autres termes, il est permis à l'auteur de la discrimination de justifier sa mesure en respectant les critères de l'article 1. C'est à ce stade que le gouvernement néo-écossais a réussi à conserver intacte la mesure de non-financement des traitements de procréation assistée en cause dans cette affaire. En effet, selon la Cour, l'État a réussi à démontrer que la mesure se justifiait dans le cadre d'une société libre et démocratique, en grande partie eu égard au contexte de ressources limitées dans lequel il se trouve. La Cour tient notamment les propos suivants :

[218] I would characterize the objective of the policy here as being to provide the best possible health care coverage to Nova Scotians in the context of limited financial resources. I take judicial notice that these limits have been a major concern for some years. There was evidence in the record as well respecting them. They have threatened, in the minds of most people, the very foundation of health care. It is the general perception that it will take a great deal of effort

to make do with what we have. The respondents also emphasize that the objective of the non-funding of IVF and ICSI includes the controlling of health care costs and the protection of those receiving the procedures from the potential harms of treatments not adequately proven safe. I would take these to be components of the objective as I have stated it.

C'est ainsi que le non-financement des traitements de FIV et ICSI a été jugé valide et fût maintenu en Nouvelle-Écosse. En somme, bien que les deux jugements analysés, *Auton* et *Cameron*, diffèrent sous plusieurs aspects (dans le premier cas, le traitement est considéré comme non essentiel et le refus n'est pas jugé discriminatoire, tandis que dans le second cas, les traitements sont considérés comme médicalement requis et le refus jugé discriminatoire mais valide et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique), force est de constater que l'on en arrive au même résultat : le pouvoir discrétionnaire de l'État est très vaste en matière de décisions politiques, particulièrement lorsqu'il décide de ne pas couvrir financièrement tel ou tel soin ou service. Tant et aussi longtemps qu'il s'appuie sur des motifs rationnels et raisonnables, notamment liés au contexte des besoins grandissants de la population face à des ressources financières limitées, il appert que les tribunaux feront montre d'une très grande réserve et n'interviendront pas³¹⁷.

3.3 Le choix de *couvrir* un soin ou un service et l'interdiction de discrimination

Nous devons étudier la question de savoir quelles sont les obligations de l'État lorsqu'il décide d'offrir ou de rendre accessible à la population un avantage, un soin ou un service. À la suite de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en 1982, il a été maintes fois reconnu par la plus haute instance judiciaire du pays que lorsque l'État offre un tel avantage, il doit le faire de manière uniforme à l'ensemble de la population, en ne créant aucune discrimination à l'égard de certains groupes d'individus, en fonction de caractéristiques personnelles, et ce, conformément à l'article 15³¹⁸. Le passage suivant, emprunté à l'arrêt *Auton* est d'ailleurs très clair à cet égard :

Notre Cour a conclu à maintes reprises que le législateur n'a pas l'obligation de créer un avantage en particulier, qu'il peut financer les programmes sociaux de son choix pour des raisons de politique générale, à condition que l'avantage offert ne soit pas lui-même conféré d'une manière discriminatoire.³¹⁹

Par exemple, dans l'arrêt *Miron c. Trudel*³²⁰, il a été établi que la restriction des indemnités d'assurance-accident aux seules personnes mariées, c'est-à-dire excluant les conjoints de fait, incluse dans une police automobile *type* du régime de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario était discriminatoire au sens de l'art. 15 de la Charte canadienne. En l'espèce, la

³¹⁷ Voir dans le même sens les décisions *Hogan c. Ontario*, [2006] H.R.T.O., no. 32 (refus de l'État d'assumer les coûts de la chirurgie permettant le changement de sexe – Tribunal des droits de l'homme de l'Ontario) et *Armstrong v. B.-C.*, [2008] B.C.H.R.T.D., no. 19 (refus de prendre en charge le coût des tests A.P.S. pour le dépistage du cancer de la prostate – Tribunal des droits de l'homme de la C.-B.).

³¹⁸ Le premier jugement à être rendu concernant l'article 15 fût l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 et concernait la discrimination basée sur la citoyenneté d'un individu.

³¹⁹ *Auton*, préc., note 313, par. 41. La Cour cite ici les arrêts *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, par. 61; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, par. 55; et *Hodge c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, [2004] 3 R.C.S. 357, par. 16.

³²⁰ [1995] 2 R.C.S. 418.

discrimination concernait le statut matrimonial des individus³²¹. L'État qui décide d'offrir un avantage doit l'offrir à tous. Dans le même sens, mais concernant cette fois le motif de l'orientation sexuelle, l'arrêt *M. c. H.*³²² a jugé que le droit de demander des aliments attribué exclusivement aux conjoints de fait de sexe différent selon une loi ontarienne sur le droit de la famille violait l'article 15 de la Charte.

Bien que les victoires obtenues par ces groupes victimes de discrimination soient le fruit de plusieurs années de travail et d'acharnement, il n'en demeure pas moins que ces types de discrimination sont relativement clairs et constituent ce que l'on appelle la *discrimination directe*. Celle-ci survient « lorsqu'une personne est soumise à un traitement différent reposant sur un motif de discrimination prohibé, et ce, de façon ouverte et avouée »³²³. Bien souvent, il y a *intention* de discriminer un individu ou un groupe d'individus en raison de caractéristiques de groupes, réelles ou présumées. Ainsi, par exemple, dans le cadre de l'offre publique de traitements de procréation assistée, il ne serait pas possible pour le gouvernement de restreindre l'accès directement et ouvertement aux couples de sexe différent. Par ailleurs, notons que toute distinction n'équivaut pas nécessairement à discrimination³²⁴ et qu'il pourrait arriver que l'existence d'une discrimination fondée sur l'article 15 de la Charte soit justifiée et justifiable en vertu de l'article 1 de ce même instrument³²⁵.

Le type de discrimination qui est plus difficile à déceler, mais tout aussi contraire à l'article 15 de la Charte, est la *discrimination par suite d'un effet préjudiciable* (ou discrimination indirecte). Dans ce cas, la situation discriminatoire découle de l'application uniforme d'une norme, d'une politique, d'une règle ou d'une pratique, neutre à première vue, ayant néanmoins un effet discriminatoire auprès d'un individu ou d'une catégorie d'individus en leur imposant des obligations ou des conditions restrictives non imposées à autrui. Des normes ou pratiques peuvent donc avoir un effet discriminatoire, « même si cet effet n'a pas été voulu ni prévu. »³²⁶. L'affaire *Eldridge*³²⁷ constitue un bon exemple de ce type de discrimination. En l'espèce, les appelants étaient tous sourds de naissance et leur moyen de communication premier était le langage gestuel. Or, le régime public des soins de santé en Colombie-Britannique ne pourvoyait pas au paiement de services d'interprétation gestuelle. Ces personnes prétendent que l'absence d'interprètes diminue leur capacité de communiquer avec leurs médecins et les autres professionnels de la santé qu'ils consultent et augmentent de ce fait le risque de mauvais diagnostics et de traitements inefficaces. Ils soutiennent que le fait que le gouvernement provincial ne finance pas de services d'interprétation gestuelle à l'intention des personnes atteintes de surdité lorsqu'elles

³²¹ Il faut savoir que l'énumération du premier paragraphe de l'article 15 n'est pas limitative, le terme notamment étant clair à cet égard, et que des « motifs analogues » sont reconnus, le « statut matrimonial » étant un de ceux-là.

³²² [1999] 2 R.C.S. 3.

³²³ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Profilage racial et discrimination systémique des jeunes racisés*, Rapport de la consultation sur le profilage racial et ses conséquences, 2011, p. 13.

³²⁴ Voir l'arrêt de la Cour suprême *Gosselin c. Québec* (Procureur général), [2002] 4 R.C.S. 429, où le plus haut tribunal, bien que ne niant pas que des cas de discrimination fondée sur l'âge puissent exister, ajoute cependant que des distinctions sur cette base sont courantes, nécessaires pour maintenir l'ordre dans notre société et n'évoquent pas automatiquement le contexte d'un désavantage préexistant donnant à croire à l'existence d'une discrimination et d'une marginalisation, ce qui n'est pas le cas de certains groupes raciaux ou religieux (voir par. 31).

³²⁵ Voir l'affaire *Cameron*, précitée note 314 (discrimination sur la base d'une déficience physique, l'infertilité).

³²⁶ *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada* (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1135.

³²⁷ *Eldridge c. Colombie-Britannique* (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624.

reçoivent des services médicaux viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils ont d'ailleurs eu gain de cause. La Cour affirme notamment ceci :

[77] Si nous acceptons le concept de discrimination découlant d'effets préjudiciables, il semble inévitable, du moins à l'étape de l'analyse fondée sur le par. 15(1), que le gouvernement sera tenu de prendre des mesures particulières pour faire en sorte que les groupes défavorisés soient capables de bénéficier d'une manière égale des services gouvernementaux.

En somme, en fonction de l'article 15 de la Charte canadienne, prévoyant l'égalité pour tous devant la loi, à partir du moment où la loi donne un droit d'accès aux soins et services médicaux, comme c'est le cas, elle doit l'offrir à tous de la même manière, quitte à devoir adopter des mesures particulières pour certains groupes défavorisés, comme les personnes atteintes de surdité. Ainsi, même en adoptant une limite d'accès aux techniques de procréation assistée en apparence neutre, basée, par exemple, sur un critère d'infertilité physiologique, il est loin d'être certain, voire improbable, qu'un contrôle juridictionnel fondé sur la violation de l'article 15 de la Charte passerait le test. Nous serions ici en présence d'une discrimination indirecte, certes, mais d'une discrimination tout de même et d'ailleurs aussi interdite que la discrimination directe, de surcroît basée sur un motif – l'orientation sexuelle – ayant fait l'objet de nombreux jugements. Ajoutons à cela le fait que la juridiction québécoise, comme nous l'avons vu, a intégré à son Code civil la possibilité très claire d'établir un lien de filiation entre deux personnes de même sexe (deux femmes) et un enfant, en 2002.