

La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui

Jehanne Sosson ⁽¹⁾

Selon la Cour de justice, le droit de l'Union n'impose pas qu'une mère commanditaire ayant eu un enfant par gestation pour autrui bénéficie d'un congé de maternité La Cour européenne des droits de l'homme adopte également une position de neutralité par rapport à la gestation pour autrui

Introduction

La gestation pour autrui est aujourd'hui un sujet polémique: ce nouveau mode d'engendrement divise les scientifiques, les philosophes et éthiciens, les juristes, les législateurs et par-delà les opinions publiques, au point de susciter des discours parfois extrêmes la présentant d'un côté comme un mode nouveau d'esclavagisme des femmes, tantôt comme un magnifique acte d'altruisme.

Au cœur de la question, il y a, d'abord et avant tout, un enfant. À côté du ou des adultes confrontés à une incapacité physique de mettre au monde par eux-mêmes, et dont la dénomination elle-même fait écho à la position éthique adoptée par les uns et les autres (on parlera tantôt de «*parents commanditaires*» ou de «*parents d'intention*»). À côté d'une femme (elle-même en couple ou non) qu'on qualifie de «*mère porteuse*». Ce qui indique déjà qu'on la considère bien comme la mère de l'enfant (même si elle n'en est pas la mère génétique, ni même juridique dans certains pays). À côté, en outre, dans certains systèmes, d'éventuels intermédiaires dont la place et le rôle peuvent soit être éminemment problématique s'ils s'insèrent dans un processus où l'argent circule, soit permettre une réflexion approfondie sur la place et le rôle de chacun des acteurs du processus.

En tout cas, nul ne conteste que ce soit l'intérêt de l'enfant qui doit être le centre de la réflexion éthique et juridique. Cet intérêt est néanmoins perçu et défini de façon radicalement différente par les adultes concernés selon leur place, d'une part, et, sans doute, leur conception morale de la gestation pour autrui, d'autre part. Ainsi, au nom de l'intérêt de l'enfant,

certain législateurs ont radicalement interdit la gestation pour autrui; d'autres ont décidé de légalement l'autoriser, par des lois qui soit la libéralisent, soit, à l'inverse l'encadrent plus strictement; d'autres, enfin, ne la réglementent pas et laissent leur droit commun opérer, avec des conséquences pratiques contrastées ⁽²⁾.

On pourrait penser que le droit de l'Union européenne n'est *a priori* pas concerné par un tel débat. Pourtant, la Cour de justice devient, au fil du temps, «*l'une des scènes juridiques sur lesquelles se dénouent certains des plus poignants drames éthiques contemporains*» ⁽³⁾, aux côtés de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: la «*C.E.D.H.*»).

Cette place grandissante de la bioéthique en droit de l'Union s'explique notamment par le rôle de concepts fondamentaux sur lesquels l'ordre juridique de l'Union

(1) Jehanne Sosson est professeur à la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain (Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine), professeur invité à l'Université Saint-Louis-Bruxelles et avocat au barreau de Bruxelles. Elle peut être contactée à l'adresse jehanne.sosson@uclouvain.be. Cet article est paru dans le *J.D.E. (Journal de droit européen)*, 2015/2, p. 52) qui nous en a aimablement autorisé la reproduction (voy. sa présentation en couverture arrière de ce numéro).

(2) Pour un aperçu de droit comparé, voy. J. SOSSON et G. WILLEMS, «Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et international», *La gestation pour autrui: vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 239 et s.; Commission internationale de l'État civil, *La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les États membres de la CIEC*, note de synthèse rédigée par F. GRANET et le Secrétariat général de la CIEC, étude mise en ligne en février 2014, consultée le 8 octobre 2014, <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>; L. BRUNET, J. CARRUTHERS, D. KING, K. DAVAKI, J. MCCANDLESS et C. MARZO, *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, European Parliament, Directorate General for International Policies, Policy Department C, mis en ligne en mai 2013, consulté le 8 octobre 2014, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/474403I1POL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2013/474403I1POL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf).

(3) Comme l'indique Stéphanie HENNETTE VAUCHEL, «Deux poids, deux mesures: GPA, congé maternité de la mère commanditaire et procréation en droit de l'Union européenne», *La Revue des droits de l'homme* [en ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 8 mai 2014, consulté le 6 octobre 2014, n° 1, <http://revdh.revues.org/653>.

s'est construit, et spécialement les libertés de circulation, conçues comme incluant la liberté des patients de circuler pour obtenir des services médicaux ⁽⁴⁾. Les éléments et produits du corps humain, d'une part, et les services reproductifs d'autre part, circulent entre des ordres juridiques au sein desquels il existe une liberté de circulation des personnes et des services.

On ne peut plus, dans des matières relevant de la bioéthique et notamment la gestation pour autrui, se borner aujourd'hui à opposer une logique des «*droits de l'homme*» à celle de l'Union conçue comme une logique du «*marché*» ⁽⁵⁾. Car même si, dès lors que c'est par le «*prisme*» des services qu'elle est amenée à intervenir, la Cour de justice de l'Union européenne est appelée à s'interposer dans des débats éthiques par un biais «*oblique*» ⁽⁶⁾, même s'il ne lui appartient pas de prendre position sur le fond de ces questions, et si elle peut s'en tenir à un raisonnement juridique qui fait l'économie de toute référence à la morale, elle n'en déploie pas pour autant un discours neutre du point de vue des valeurs, comme le souligne S. Henette Vauchet ⁽⁷⁾.

C'est au départ de cette assertion qu'après avoir rappelé en substance les principes pouvant être retirés des deux arrêts rendus par la Cour de justice le 18 mars 2014, nous tenterons de mettre ceux-ci en perspective avec trois arrêts prononcés très récemment par la C.E.D.H. en matière de gestation pour autrui.

I. La gestation pour autrui et la Cour de justice

Les deux affaires devant la Cour de justice, c'est-à-dire *C.D. c. S. T.*⁽⁸⁾ et *Z. c. A Government Department and the Board of management at a community school* ⁽⁹⁾, concernent une ressortissante britannique et une ressortissante irlandaise qui avaient toutes deux eu recours à la gestation pour autrui; la première dans son pays, conformément au droit anglais qui permet et organise le recours à celle-ci à des conditions et selon une procédure réglementée ⁽¹⁰⁾, la seconde en Californie (sachant que le droit irlandais ne réglemente pas en interne la gestation pour autrui, de sorte que celle-ci n'y est ni prohibée, ni autorisée, même si elle y est pratiquée ⁽¹¹⁾).

Dans le premier cas (*C.D. c. S. T.*), la mère d'intention n'était pas la mère génétique de l'enfant, celui-ci ayant été conçu avec le sperme de son compagnon et l'ovule d'une autre femme; dans le second (*Z. c. A Government Department and the Board of management of a community school*), la mère d'intention souffrait d'une

affection l'empêchant de mener à bien une grossesse, mais l'enfant avait pu être conçu avec ses gamètes et celles de son mari, de sorte qu'ils en étaient, tous deux, génétiquement les parents.

Dans l'affaire *C.D. c. S. T.*, la mère porteuse est, en vertu du droit anglais, au départ considérée comme la mère de l'enfant, mais les parents d'intention peuvent agir en justice pour obtenir un *parental order* qui, à l'instar d'une adoption, leur permet d'être considérés comme les parents de l'enfant et fait disparaître le lien avec la mère porteuse ⁽¹²⁾. Dans le cas irlandais en revanche, le nom des parents d'intention figurait directement dans l'acte de naissance, et non celui de la mère porteuse, en application du droit californien.

La Cour va pourtant raisonner de façon similaire dans les deux affaires qui lui seront soumises à la suite du recours introduit par les deux femmes en raison d'un refus de leurs employeurs respectifs de leur octroyer un congé de maternité. Dans deux arrêts de grande chambre prononcés le 18 mars 2014, elle répond que le droit de l'Union ne prévoit pas, au bénéfice des mères commanditaires, un droit à un congé payé équivalent à un congé de maternité ou à un congé d'adoption.

La Cour de justice considère tout d'abord que l'objectif de la directive 92/85 relative aux travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes ⁽¹³⁾ est la protection de travailleuses en situation de vulnérabilité particulière découlant de la grossesse, de sorte que l'attribution d'un congé de maternité sur le fondement

(4) Voy. la directive 2011/24/UE du 9 mars 2011 qui règle de manière générale la question des soins de santé transfrontaliers, *J.O.*, L 88, 4 avril 2011, p. 45.

(5) En ce sens, S. HENETTE VAUCHEL, *op. cit.*, n° 2.

(6) J. HAUSER, «Gestation pour autrui: le droit social est-il finalement plus important que le droit civil, ou dis-moi qui est ta mère ?», *RTD civ.*, 2013, p. 828.

(7) S. HENETTE VAUCHEL, *op. cit.*, n° 4.

(8) C.J. (Grande chambre), 18 mars 2014, *C.D. c. S.T.*, C-167/12, EU:C:2014:169.

(9) C.J. (Grande chambre), 18 mars 2014, *Z. c. A Government Department and the Board of Management of a Community School*, C-363/12, EU:C:2014:159.

(10) Voy. notamment K. HORSEY et S. SHELDON, «Still hazy after all these years: the law regulating subrogacy», *Medical Law Review*, 20, hiver 2012, pp. 67-89; E. STEINER, «Angleterre: maternité pour le compte d'autrui entre prohibition et permission», in *Gestation pour autrui: Surrogate motherhood*, *op. cit.*, pp. 39-46; M. WELSTEAD, «This Child is my Child; This Child is your Child; This Child Was Made for You and Me - Surrogacy in England and Wales», *The International Survey of Family Law*, 2011 Edition (H. Atkin éd.), Bristol, Family Law, 2011, pp. 165-186.

(11) Voy. notamment M. HARDING, «Irlande, Gestation pour autrui : *Subrogate Motherhood*», F. MONÉGER (dir.), Société de législation comparée, coll. Colloques, vol. 14, Paris, 2011, pp. 173-177; E.S. SILLS et C.M. REALY, «Building Irish families through surrogacy : medical and judicial issues for the advanced reproductive technologies», *Reproductive Health*, 2008, vol. 5, 9, p. 9.

(12) Articles 33 et s. du *Human Fertilization and Embryology Act 2008*.

(13) Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, *J.O.*, L348, 28 novembre 1992, p. 1.

de la directive suppose que [la travailleuse concernée ait été enceinte et ait accouché de l'enfant. En conséquence, une mère commanditaire qui a eu recours à une mère porteuse pour avoir un enfant n'entre pas dans le champ d'application de la directive, y compris lorsqu'elle est susceptible d'allaiter l'enfant après la naissance ou qu'elle l'allaité effectivement (comme c'était le cas de la mère d'intention anglaise dans l'affaire *G.D. c. S. T.*, qui avait allaité l'enfant dès sa naissance).

La Cour ne verra pas dans le refus d'accorder un congé à la mère commanditaire une discrimination fondée sur le sexe contraire à la directive 2006/54/CE⁽¹⁴⁾ sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi dès lors qu'un père commanditaire n'a pas non plus le droit de bénéficier d'un tel congé et que le refus ne désavantage pas particulièrement les travailleurs féminins par rapport aux travailleurs masculins.

Dans la seconde affaire, la Cour va en outre considérer que la notion de handicap au sens de la directive 2000/178/CE⁽¹⁵⁾, qui interdit toute discrimination fondée sur le handicap dans le domaine de l'emploi et du travail, suppose que la limitation dont souffre la personne puisse faire obstacle à sa pleine et effective participation à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs. Elle estime que l'incapacité d'avoir un enfant par des moyens conventionnels ne constitue pas, en elle-même, un empêchement pour la mère commanditaire d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser. Par conséquent, l'impossibilité d'avoir un enfant ne constitue pas un «handicap», au sens de la directive.

II. La gestation pour autrui et la C.E.D.H.

Quelques mois plus tard, la C.E.D.H. a été amenée à statuer à trois reprises en matière de gestation pour autrui.

Les deux premiers arrêts, *Mennesson*⁽¹⁶⁾ et *Labassée*⁽¹⁷⁾ c. France, devenus définitifs, portent sur des situations similaires de couples français ayant eu recours à une gestation pour autrui aux États-Unis (en Californie, dans l'affaire *Mennesson c. France*; dans le Minnesota, dans l'affaire *Labassée c. France*). Ils étaient très attendus. C'est qu'en effet les juridictions françaises avaient jusqu'ici refusé de transcrire et reconnaître en France la filiation valablement acquise à l'étranger d'enfants qui en étaient issus.

La C.E.D.H., tout en réaffirmant clairement le principe selon lequel les liens entre les parents d'intention et leurs enfants nés d'une gestation pour autrui relèvent de la vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, va considérer que l'ingérence opérée dans le droit au respect de la vie familiale des parents est prévue par loi, dès lors que le droit français prohibe la gestation pour autrui et qu'elle poursuit un but légitime défini comme étant «la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but (...) de préserver les enfants et (...) la mère porteuse»⁽¹⁸⁾. Elle va reconnaître une importante marge d'appréciation aux États dans une matière sur laquelle il n'y a pas de consensus en Europe et suscitant «de délicates interrogations d'ordre éthique»⁽¹⁹⁾ tant en ce qui concerne l'autorisation, ou non, de ce mode de procréation que la reconnaissance, ou non, des liens de filiation qui en découlent lorsqu'il a lieu à l'étranger. La Cour se garde donc de prendre position sur la gestation pour autrui elle-même et ne prône, dans ces arrêts, ni l'interdiction, ni l'obligation, pour les États, d'admettre cette technique. Elle va considérer que les obstacles concrets engendrés par le refus de reconnaître en France la filiation ne suffisent pas à caractériser une violation du droit à une vie familiale⁽²⁰⁾.

C'est le terrain du droit au respect de la vie privée, et plus spécifiquement le droit à l'identité, des enfants qui va constituer la clé : l'incertitude juridique dans laquelle ils se trouvent quant à leur filiation et quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française ainsi que les conséquences défavorables sur le plan successoral ne sont pas compatibles avec l'intérêt supérieur des enfants⁽²¹⁾, et ce d'autant plus qu'un des parents en est également le géniteur eu égard à l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun⁽²²⁾. La Cour en conclut qu'il y a violation du droit des enfants au

(14) Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, *J.O.*, L204, 26 juillet 2006, p. 23.

(15) Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.*, L303, 2 décembre 2000, p. 16.

(16) C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Mennesson c. France* (req. n° 65192/11).

(17) C.E.D.H. (5^e sect.), 26 juin 2014, *Labassée c. France* (req. n° 65941/11).

(18) Arrêt *Mennesson c. France*, précité, point 62.

(19) Arrêt *Mennesson c. France*, précité, point 79.

(20) Arrêt *Mennesson c. France*, précité, point 94.

(21) Arrêt *Mennesson c. France*, précité, point 99.

(22) Arrêt *Mennesson c. France*, précité, point 100.

respect de leur vie privée.

Ces arrêts ont déjà fait couler beaucoup d'encre ⁽²³⁾, et l'on attend de connaître la position qu'adopteront la jurisprudence, voire le législateur français, pour s'adapter aux condamnations strasbourgeoises.

Enfin, le troisième arrêt, *D. et autres c. Belgique* ⁽²⁴⁾, concerne un État qui n'interdit pas légalement la gestation pour autrui sur son territoire et dont la jurisprudence accepte, d'une part, de «régulariser», la situation juridique de l'enfant via une adoption par la mère d'intention (la mère porteuse étant la mère légale de l'enfant) et même, au terme de raisonnements juridiques souvent complexes et pointus, de reconnaître le(s) lien(s) juridique(s) de filiation avec le(s) parent(s) d'intention en cas de gestation pour autrui à l'étranger ⁽²⁵⁾. Mais, en amont, les autorités belges refusent parfois dans ce cas de délivrer les documents de voyage permettant à l'enfant de rejoindre le territoire belge avant que sa filiation y soit reconnue.

Saisie d'un recours de ressortissants belges ayant eu recours à une gestation pour autrui en Ukraine au moment où ils étaient confrontés à un tel refus, mais statuant après qu'une décision rendue en appel eut finalement ordonné à l'État belge de délivrer lesdits documents ⁽²⁶⁾, la C.E.D.H. Va confirmer l'existence d'une vie familiale justifiant l'application de l'article 8 de la Convention et même préciser que celle-ci existe dès la naissance de l'enfant ⁽²⁷⁾. Le refus initial des autorités belges de délivrer un document de voyage va être qualifié d'ingérence dans le droit des parents d'intention au respect de leur vie familiale ⁽²⁸⁾, l'ingérence pouvant être justifiée par des objectifs légitimes de prévention d'infractions pénales, et notamment de lutte contre la traite des êtres humains, ainsi que la protection des droits d'autrui, ceux de la mère porteuse et de l'enfant ⁽²⁹⁾. La Cour va toutefois conclure que l'État belge, en refusant provisoirement d'autoriser la venue de l'enfant sur le territoire national a agi dans les limites de sa marge d'appréciation, que la Cour réaffirme comme étant «relativement large» en matière de gestation pour autrui ⁽³⁰⁾, la Convention n'obligeant pas les États parties à autoriser l'entrée sur le territoire d'enfants nés d'une mère porteuse sans que les autorités nationales aient pu préalablement procéder à certaines vérifications juridiques pertinentes ⁽³¹⁾ et les conséquences concrètes négatives pour les parents d'intention ayant été limitées.

III. La neutralité en partage

Alors même que les prismes d'analyse sont très différents, on constate que les deux juridictions supranationales font preuve d'une même prudence face à la gestation pour autrui.

La Cour de justice aurait, sans nul doute, si elle l'avait voulu, pu être plus audacieuse. En décidant de limiter la maternité à la grossesse et l'accouchement, elle évite de remettre en cause la conception classique, nationale pourrait-on dire, de la filiation maternelle. Le droit de l'Union ne s'écarte pas du droit civil en se bornant à reprendre le principe *mater semper certa est* qui fait de la femme qui accouche la mère légale de l'enfant ⁽³²⁾.

L'avocat général Kokott, dans l'affaire *C.D. c. S.T.* ⁽³³⁾, avait pourtant suggéré une voie plus audacieuse, trop sans doute pour la Cour: elle proposait de scinder le congé de maternité entre la mère porteuse et la mère d'intention, à tout le moins lorsque l'État membre reconnaît la relation juridique, dans le cas concret, entre la mère commanditaire et l'enfant (ce qui est le cas en droit anglais), proposant ainsi une vision moderne de la maternité n'excluant pas une dissociation entre la maternité génétique et la maternité gestatrice et sans disqualifier ni l'une, ni l'autre.

(23) Voy. notamment F. CHENEDE, «Les arrêts *Mennesson* et *Labassée* ou l'instrumentalisation des droits de l'homme», *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1797 et s.; L. d'AVOUT, «La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Mennesson* et *Labassée*», *Recueil Dalloz*, 2014, pp. 1806 et s.; A. GOUTTENORE, «Convention de gestation pour autrui. Condamnation mesurée de la Cour EDH au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant», *La semaine juridique Édition Générale*, n° 30-35, 28 juillet 2014, p. 877 et s.; H. FULCHIRON et Ch. BIDAUD-GARON, «Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts *Labassée* et *Mennesson* de la C.E.D.H. du 26 juin 2014», *Recueil Dalloz*, pp. 1773 et s.; M. FARGE, «La filiation des enfants issus d'une GPA à l'étranger: la C.E.D.H. se livre à un bon diagnostic des incohérences du droit français, mais prescrit un remède discutable», *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2014, Chrono n° 21.

(24) C.E.D.H. (2^e sect.), 8 juillet 2014, *D. et autres c. Belgique* (req. N° 29173/13).

(25) Pour une synthèse de la jurisprudence belge, voy. J. SOSSON et J. MARY, «L'intérêt de l'enfant: un sésame en matière de gestation pour autrui?», *Rev. trim. dr. fam.*, 2014/3, pp. 552; G. VERHELLEN et L. PLUYM, «Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne)», in *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 195 et s.

(26) Bruxelles, 31 juillet 2013, *Rev. trim. dr. fam.* 2014/3, p. 530.

(27) Arrêt *D. et autres c. Belgique*, précité, point 49.

(28) Arrêt *D. et autres c. Belgique*, précité, point 51.

(29) Arrêt *D. et autres c. Belgique*, précité, point 52.

(30) Arrêt *D. et autres c. Belgique*, précité, point 54.

(31) Arrêt *D. et autres c. Belgique*, précité, point 59.

(32) Même s'il reçoit des traductions légales différentes, ce principe s'applique dans un grand nombre de pays européens. Seuls un nombre limité de pays admettent une exception, comme la France qui permet l'accouchement sous X, et donne donc à la femme qui accouche la possibilité de ne pas être juridiquement la mère de l'enfant.

(33) Conclusions de l'avocat général Mme Juliane Kokott, présentées le 26 septembre 2013, *C-167/12, C.D. c. S.T.*, disponibles sur le site de <http://curia.europa.eu>.

La Cour de justice n'a pas souhaité s'engager dans cette voie, alors même qu'elle s'était montrée plus ouverte dans des arrêts précédents en matière de procréation médicalement assistée ⁽³⁴⁾ ou même de paternité ⁽³⁵⁾, où elle s'était éloignée d'une vision purement corporéiste de la maternité. En matière de gestation pour autrui, en revanche, elle se borne à «renvoyer la balle» aux États membres en veillant à préciser que ceux-ci sont libres d'accorder un congé de maternité ou un congé d'adoption à la mère commanditaire s'ils le souhaitent.

Elle adopte, en cela, une position très proche de celle de la C.E.D.H. que certains auteurs ⁽³⁶⁾ qualifient de «*ni-ni*» : ni obligation, ni interdiction.

C'est le même principe de neutralité par rapport à la gestation pour autrui qui est mis en œuvre dans la jurisprudence des deux juridictions supranationales. Et même si la Cour de justice n'utilise pas (encore?) la même terminologie, c'est bien une «*large marge d'appréciation*» qu'elle reconnaît aussi aux États dans une matière aussi éthiquement sensible.

Conclusion

La matière de la gestion pour autrui et les arrêts rendus en 2014 par les juridictions supranationales illustrent la dynamique complexe des relations entre le droit de l'Union et les principes fondamentaux ⁽³⁷⁾.

Elle nous paraît attester de ce que les libertés de circulation et l'application mécanique des catégories du droit de l'Union dépendent bien, en amont, d'options axiologiques ⁽³⁸⁾ et qu'il serait réducteur de considérer qu'au motif qu'il ne lui revient pas de statuer sur le fond, la Cour de justice ne prend pas position quant aux valeurs.

Dans le même temps, la C.E.D.H., alors même qu'elle peut être, quant à elle, amenée à prendre position sur les valeurs à travers les droits fondamentaux, veille à ne pas heurter les sensibilités nationales sur un sujet aussi éthiquement sensible en évitant d'interdire ou d'obliger les États à admettre cette technique de procréation.

Mais le choix d'une posture de neutralité opéré tant par la Cour de justice que par la C.E.D.H. en cette matière n'est en réalité pas... neutre.



(34) En 2008, dans l'affaire *Mayr* (C.J., 26 février 2008, C-506/06, *Mayr c. Baekerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG*, Rec., 2008, p. I-1017), elle avait considéré qu'il y avait une discrimination fondée sur le genre à l'égard d'une femme licenciée quelques jours après une fécondation *in vitro* et quelques jours avant l'implantation des embryons ainsi obtenus, car, même si celle-ci ne pouvait pas revendiquer la protection accordée par la directive 92/85 aux travailleuses enceintes, son licenciement pouvant être lu comme étant en lien avec la perspective future et/ou probable d'une grossesse.

(35) Dans un arrêt de 2010 (C.J., 30 septembre 2010, *Pedro Manuel Roca Alvarez c. Besa Starf Espania ETT s.a.*, C-104/09, Rec., 2010, p. I-8661), la Cour a jugé que le droit national (espagnol, en l'occurrence) ne saurait réserver aux femmes le congé accordé aux travailleuses allaitantes en considérant qu'un tel congé devait être compris comme concernant les travailleurs comme parents, indépendamment du fait biologique de l'allaitement et devait dès lors être accordé également aux hommes.

(36) N. HERVIEU, *op. cit.* n° 31.

(37) Sur ce sujet voy. notamment A. BAILLEUX, «Les alliances entre libre circulation et droits fondamentaux. Le «*flow*» au cœur de la jurisprudence communautaire», *J.D.E.*, 2009, pp. 157 et s.; O. DE SCHUTTER, «Les droits fondamentaux dans l'Union européenne», *J.D.E.*, 2012, pp. 114 et s.

(38) En ce sens, S. HENETTE VAUCHEL, *op. cit.*, n° 18.