

# LE DON DE GAMÈTES PAR CEUX QUI N'ONT PAS PROCRÉÉ : UNE INNOVATION DE LA LOI DU 7 JUILLET 2011 (1)

Par **Valérie DEPADT-SEBAG\***

*Voir le résumé en page 6 / See the abstract in page 6*

**D**epuis 1994, l'assistance médicale à la procréation (AMP) constitue l'un des secteurs réglementés par le droit de la biomédecine. Les lois de 1994 ont été revues et modifiées à deux reprises, la dernière ayant abouti à la loi relative à la bioéthique du 7 juillet 2011.

C'est probablement en matière d'AMP que cette loi était la plus attendue, car c'est en ce domaine qu'ont eu lieu les plus vives polémiques. Ces dernières avaient trait essentiellement à la question de l'anonymat du don de gamètes, dont le projet initial prévoyait la levée partielle, à l'admission de la gestation pour autrui et l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe, notamment aux couples de femmes. Sur l'ensemble de ces sujets, la loi de 2011 a réaffirmé les principes antérieurs, s'inscrivant dans la continuité. L'anonymat du don de gamètes est maintenu, la gestation pour autrui reste une technique condamnée par l'article 16-7 du Code civil et l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, en réaffirmant le caractère thérapeutique de l'AMP, a fermé toute possibilité d'ouverture de ces techniques aux couples de même sexe.

Si le régime relatif à l'AMP ressort de la révision législative peu changé dans ses lignes principales, il connaît certaines modifications dont une, qui, bien que peu commentée, mérite l'attention. Celle-ci relève du secteur de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur. Depuis 1994, la loi encadre le don de gamètes au bénéfice d'une couple infertile. Ainsi, elle admet indifféremment les dons de gamètes masculins ou féminins, mais elle interdit la pratique dite du « double don », l'article L. 2141-3 du code de la santé publique disposant qu'un embryon ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des membres du couple.

\* Maître de conférences HDR à la faculté de droit de l'Université Paris 13, Sorbonne Paris Cité, Membre de l'IRDA, membre associé de l'EA 1610, Université paris-Sud 11.

(1) Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

Les dons de gamètes se trouvent soumis aux grands principes qui régissent l'ensemble des dons de produits du corps humains, à savoir l'anonymat et la gratuité. Or, la loi, si elle a maintenu ces principes, a modifié le régime de l'AMP avec tiers donneurs en ouvrant le cercle des donneurs à ceux qui n'ont jamais procréé (I), accompagnant la création de cette nouvelle catégorie de donneurs d'une disposition spécifique résidant dans la possibilité qui leur est offerte de bénéficier de l'autoconservation de leurs gamètes (II).

## I. L'ÉLARGISSEMENT DU CERCLE DES DONNEURS DANS LA LOI DU 7 JUILLET 2011

L'article 29, II, 2° de la loi du 7 juillet 2011 a enrichi l'article L. 1244-2 CSP relatif au don de gamètes d'un alinéa nouveau, par lequel il supprime la condition de procréation antérieure (A), pour des raisons qu'il convient ici de recenser (B).

### A. La suppression de la condition de procréation antérieure

La première phrase de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 1244-2 CSP, relatif au don de gamètes, disposait sous l'empire de la loi du 6 août 2004 que : « Le donneur doit avoir procréé ». Par « le donneur », le texte désignait à la fois les donneurs et les donneuses de gamètes. Cette disposition, qui ne se retrouve dans le droit d'aucun autre pays que la France, constituait la reprise et l'application au don d'ovocytes de la charte des CECOS qui excluait le don de sperme par des hommes qui n'avaient pas encore procréé (2).

Elle trouvait sa raison d'être dans la volonté de protéger les donneurs, tant d'un point de vue physiologique que psychologique, en évitant le recrutement de

(2) Centre de conservation des œufs et du sperme.

personnes certes majeures, mais trop jeunes pour réaliser tant le sens que la portée de leur acte.

Passant outre les raisons qui avaient motivé la condition de procréation antérieure, le législateur de 2011 a décidé d'autoriser le don de gamètes par des personnes n'ayant pas procréé, cette disposition nouvelle se trouvant désormais inscrite à l'article L. 1244-2 CSP dans sa dernière mouture.

Au-delà de la suppression de la condition de procréation antérieure, la formulation actuelle de l'article pris dans sa globalité porte à s'interroger sur son sens.

Effectivement, l'alinéa 1<sup>er</sup>, resté inchangé, dispose que « Le donneur doit avoir procréé. Le consentement des donneurs et, s'ils font partie d'un couple, celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit et peuvent être révoqués à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes. Il en est de même du consentement des deux membres du couple receveur ». L'extension du don de gamètes à celles et ceux qui n'ont pas procréé figure au dernier alinéa du texte, aux termes duquel « Lorsqu'il est majeur, le donneur peut ne pas avoir procréé... ». Ce texte signifie-t-il qu'il existe deux catégories de donneurs, l'une comprenant les donneurs majeurs et l'autre les mineurs ? Doit-on comprendre que le mineur est autorisé à faire don de ses gamètes sous réserve qu'il ait déjà procréé, la suppression de cette condition ne s'adressant qu'à la catégorie des donneurs ayant atteint l'âge de la majorité ? C'est ce que semble indiquer le texte en consacrant un alinéa aux donneurs sans plus de précisions et un autre précisant un régime spécifique au don réalisé par des majeurs.

Or, l'article 1241-2 CSP, inchangé depuis la loi du 4 août 2013, exclut le don par des personnes mineures. Il dispose qu'« aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain en vue de don ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale ».

Ce principe connaît une dérogation, inscrite à l'article L. 1241-3 CSP, en vertu duquel « en l'absence d'autre solution thérapeutique, un prélèvement de cellules hématopoïétiques recueillies par prélèvement dans la moelle osseuse ou dans le sang périphérique peut être fait sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa sœur ».

Faut-il déduire le l'article L. 1244-2 CSP que le législateur a instauré une nouvelle exception à l'article précité ? Une lecture littérale le laisse à penser, alors qu'une lecture exégétique conduit à n'y voir qu'une maladresse de forme, dans la mesure où à aucun endroit des travaux préparatoires, il n'est question d'autoriser le don de gamètes par des personnes mineures.

On peut penser de cette maladresse de forme qu'elle traduit les hésitations et les réserves du législateur face à la loi nouvelle.

## B. Les raisons de l'évolution législative

Les différents rapports et travaux qui, depuis quelques années, se sont penchés sur la question de la levée de la condition de procréation antérieure au don l'ont envisagée essentiellement du point de vue des dons d'ovocytes, pour trois raisons principales.

La première, qui constitue l'argument majeur en faveur de la suppression de la condition de primomaternité, réside dans le souci de lutter contre la pénurie d'ovocytes. Selon les régions, les délais d'attente d'un don d'ovocytes varient entre dix-huit mois et cinq ans (3).

La deuxième réside dans la volonté de parvenir à un rajeunissement de la moyenne d'âge des donneuses (4). Effectivement, compte tenu du fait que la moyenne d'âge du premier enfant se situe autour de vingt-huit ans, sur une population de quatre millions de femmes de moins de trente ans, seules 1,5 million sont déjà mères alors que sur deux millions de femmes dont l'âge se situe entre 30 et 34 ans, 1,5 million, ont déjà au moins un enfant (5). Du fait du déclin de la production ovocytaire liée à l'âge, les dons relativement tardifs, moins efficaces tant du point de vue quantitatif que qualitatif, aboutissent à un taux de grossesse inférieur. Ainsi l'Agence de la biomédecine, dans son bilan d'application de la loi du 6 août 2004, préconise une réflexion sur l'éventuelle suppression de la condition de procréation antérieure (6) et le Conseil de l'Orientation de l'Agence, dans une délibération de 2012, recommande de « fixer à 21 ans l'âge minimum requis pour pouvoir être donneuse ou donneur de gamètes » (7).

La dernière raison réside dans le tourisme procréatif, que la suppression de la condition de primomaternité permettrait d'endiguer. Le recours au don de gamètes représente l'ultime tentative d'avoir un enfant par AMP. Les couples, lorsqu'ils décident de tenter cette technique, ont souvent derrière eux un long passé d'échecs de tentatives intraconjugales et face à des perspectives d'attente de plusieurs années, ils se tournent massivement vers l'étranger pour échapper aux délais des structures françaises. Une étude menée par l'IGAS estime à 80 % d'entre eux les couples s'orientant vers des structures étrangères, essentiellement belges et espagnoles (8). Il en résulte

(3) Etat des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France, Inspection générale des affaires sociales RM2011-024P, Rapport, Tome 1 p. 24.

(4) Rapport d'information n° 2237.

(5) Agence de la Biomédecine, Conseil d'orientation, séance du 6 juillet 2012, délibération 2012-CO-29, p. 2.

(6) Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004, octobre 2008, p.41.

(7) Agence de la biomédecine, préc., p. 3.

(8) Etat des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France, préc., p. 5.

que la plupart des enfants nés en France d'un don d'ovocytes ont été conçus à l'étranger dans des conditions ne correspondant pas à la loi française qui, en matière de don de gamètes, répond aux deux grands principes d'anonymat et de gratuité.

Mais à ces arguments s'opposent ceux relatifs à l'intérêt de la donneuse. Au-delà des considérations psychologiques précitées, la disposition de l'article L.L. 1244-2 CSP ancien s'expliquait par la volonté de protéger les donneuses contre une éventuelle stérilité postérieure au don. De fait, le don d'ovocytes, en ce qu'il implique une stimulation ovarienne et une ponction des ovocytes, présente pour la donneuse des risques minimes, mais non négligeables pour sa santé et, notamment, pour sa fécondité. Les traitements préparatoires et les ponctions sous anesthésie comportent des effets indésirables bénins, mais aussi des complications parfois sévères qui peuvent aller jusqu'à la stérilité (9). Ainsi, la mission d'information de l'Assemblée Nationale, après discussion, n'a pas retenu parmi ses propositions l'autorisation d'effectuer un don de gamètes pour les femmes qui n'ont jamais procréé.

Le législateur n'a d'ailleurs pas négligé cet aspect du don d'ovocytes, comme l'atteste le régime de ce dernier.

## II. LE RÉGIME APPLICABLE À LA NOUVELLE CATÉGORIE DE DONNEURS

Celles et ceux qui acceptent d'en faire don sans avoir procréé se voient proposer la conservation de leurs gamètes en vue d'une éventuelle utilisation ultérieure à leur bénéfice (A). Cette mesure, parfaitement compréhensible au regard des risques encourus notamment pour les donneuses, s'avère problématique en ce que sa portée dépasse celle visée par la législateur (B).

### A. La proposition d'auto conservation

L'article L. 1244-2 alinéa 3 CSP, issu de la loi du 7 juillet 2011, supprime la condition de procréation antérieure au don mais aussi, prévoit que le donneur n'ayant pas procréé au moment du don « se voit alors proposer le recueil et la conservation d'une partie de ses gamètes ou de ses tissus germinaux en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation... ».

Si la conservation des gamètes masculins est depuis longtemps parfaitement maîtrisée, tel n'est pas le cas pour les ovocytes. Ce n'est que grâce aux derniers progrès de la science que cette mesure a pu être inscrite

dans la loi de 2011 et le caractère récent de cette possibilité explique certainement les problèmes que pose aujourd'hui la possibilité pour une femme de voir ainsi protégée sa capacité procréative.

On sait que la proposition de l'article L. 1244-2, si elle vise « les donneurs » en général – probablement par souci d'égalité –, s'explique par la volonté de protéger plus particulièrement les donneuses. Or, cet objectif a été rendu possible par la mise au point de la technique de vitrification. Cette technique ultrarapide de congélation permet une meilleure préservation de certaines fonctions cellulaires que le procédé classique – maintenant dénommé « congélation lente » par opposition à la vitrification – entraînant la destruction fréquente des ovocytes au moment de la décongélation. Jusqu'à la révision de la loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique, l'application de cette technique, considérée comme impliquant une expérimentation indirecte sur l'embryon, tombait sous le coup de l'article L. 2151-2 ancien, aux termes duquel « la conception *in vitro* d'embryon humain à des fins de recherche est interdite », ainsi que sous celui de l'article L. 2151-5 ancien aux termes duquel « les embryons sur lesquels une recherche a été conduite ne peuvent être transférés à des fins de gestation ».

La loi du 7 juillet 2011 a expressément autorisé la vitrification à l'alinéa 4 de l'article L.2141-1 CSP, aux termes duquel « La technique de congélation ultrarapide des ovocytes est autorisée ».

Pour autant, cette technique n'est pas ouverte à toutes. D'une façon générale, la conservation pour soi-même s'oppose au principe de solidarité qui sous-tend la pratique des dons d'organes et de produits du corps humain et pourrait constituer un obstacle à la constitution de banques de produits destinés à l'ensemble de la population (10). Partant, la conservation autologue des gamètes n'est autorisée qu'à titre exceptionnel, lorsqu'une personne doit subir un traitement ou une opération risquant d'atteindre sa fertilité (11) ou, depuis loi du 7 juillet 2011, dans le cadre du don par des personnes qui n'ont pas procréé.

Cependant, il résulte du caractère exceptionnel de l'autoconservation des gamètes dans le cadre du don des conséquences qui portent à s'interroger sur une éventuelle extension de cette mesure à l'ensemble des femmes.

(10) CCNE, avis n° 74, 2002.

(11) Article L. 2141-11 CSP, « Toute personne dont la prise en charge médicale est susceptible d'altérer la fertilité, ou dont la fertilité risque d'être prématurément altérée, peut bénéficier du recueil et de la conservation de ses gamètes ou de ses tissus germinaux, en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, ou en vue de la préservation et de la restauration de sa fertilité. Ce recueil et cette conservation sont subordonnés au consentement de l'intéressé et, le cas échéant, de celui de l'un des titulaires de l'autorité parentale, ou du tuteur, lorsque l'intéressé, mineur ou majeur, fait l'objet d'une mesure de tutelle ».

(9) Etat des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France, préc. p. 19.

## B. La portée indirecte de cette mesure

La suppression de la condition de procréation antérieures en matière de dons de gamètes ne fut pas portée sur la scène publique comme d'autres questions relatives à l'AMP, mais elle fit l'objet de vifs débats au sein du Parlement. L'extension du cercle des donneurs de gamètes ne figurait pas dans le projet de loi déposé le 20 octobre 2011 par la Ministre Roselyne Bachelot-Narquin. Elle fut initiée par l'Assemblée Nationale, fit l'objet d'un désaccord entre les deux chambres qui persista en deuxième lecture et fut finalement réintégrée par la commission mixte paritaire, en dépit des observations des sénateurs, après que son rapporteur eut relevé à propos de la pénurie d'ovocytes qu'elle « entretient des dérives graves et contraires aux principes de nos lois bioéthique » (12).

Il est désormais possible pour une femme qui n'a pas d'enfant de préserver sa capacité ovocytaire en effectuant un don d'ovocyte. On peut donc penser que certaines femmes verront dans cet acte un moyen plus qu'une fin, le don devenant la condition de l'autoconservation. Cette possibilité, envisagée par le législateur comme une mesure de protection des femmes, risque de devenir la raison du don, bien loin de l'intention altruiste qui donne à ce dernier tout son sens. Un don déterminé par la contrepartie n'est plus un don. Est-il encore possible de considérer le consentement au don, dans ce contexte, comme un consentement libre, dénué de toute pression ?

Certes, la loi pare à ce danger en précisant que les produits ainsi conservés le seront « en vue d'une éventuelle réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation, dans les condi-

tions prévues au titre IV du livre I<sup>er</sup> de la deuxième partie », c'est-à-dire pour motif thérapeutique. Mais on sait que la frontière entre la thérapeutique et le non thérapeutique est parfois mince et la femme qui, à partir d'un certain âge inférieur à quarante trois ans, ne parvient pas à concevoir un enfant en raison de l'amenuisement de sa capacité ovocytaire répond aux conditions prévues à l'article L. 2141-2CSP. Face à une telle pathologie, la vitrification des ovocytes apporte une solution qui permet à la femme ayant préalablement bénéficié de cette technique de concevoir un embryon par ses propres forces génétiques.

Dans ce contexte scientifique, à la recherche d'une solution qui permettrait le respect du principe de gratuité sans entraver l'accroissement des dons attendu par la mise en œuvre de l'article 1244-2 nouveau, une question s'impose : l'autoconservation des gamètes ne doit-elle pas être permise à tous ?

Dans un communiqué de 2012, le collège national des gynécologues et obstétriciens français s'est prononcé en faveur du droit à l'autoconservation des ovocytes pour toutes les femmes (13).

Parmi les raisons énoncées, le collège mentionne qu'il « ne serait pas admissible, comme la loi le prévoit pourtant, de limiter la possibilité d'autoconservation aux seules femmes qui accepteraient de donner une partie de leurs ovocytes. Un tel chantage nous paraît éthiquement inacceptable ».

Il arrive que la portée d'un texte de loi ne se révèle que lorsqu'il est mis en application. Ainsi, une loi qui transcrit une avancée technique peut ouvrir de nouvelles problématiques sociales et éthiques, auxquelles le droit doit faire face. ■

(12) Assemblée Nationale, Rapport n° 3403 fait au nom de la commission spéciale.

(13) CNGOF, communiqué du 12 décembre 2012.