



HAL
open science

Circulation des gamètes : la marchandisation est-elle inéluctable ?

Marie-Xavière Catto

► **To cite this version:**

Marie-Xavière Catto. Circulation des gamètes : la marchandisation est-elle inéluctable ?. Marie-Xavière Catto; Elodie Bertrand; Alicia-Dorothy Mornington. Les limites du marché. La marchandisation de la nature et du corps, Mare & Martin, pp.237-264, 2020, Collection de l'Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne, 9782849344743. <halshs-05349852>

HAL Id: halshs-05349852

<https://shs.hal.science/halshs-05349852v1>

Submitted on 5 Nov 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

CIRCULATION DES GAMÈTES : LA MARCHANDISATION EST-ELLE INÉLUCTABLE ?

Marie-Xavière CATTO*

*Maîtresse de conférences en droit public, Université Paris 1, ISJPS, UMR 8103,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – CNRS*

Le régime juridique de la circulation des éléments et produits du corps humain traduit, depuis les premières lois de bioéthique de 1994, certains grands principes communs : le non-profit, le bénévolat, l'inviolabilité du corps humain et l'anonymat. Des corps servent de ressources et, quelle que soit la finalité de la circulation des éléments (thérapeutique, procréative ou scientifique), ils doivent être prélevés ou recueillis, et leur accessibilité dépend de la volonté, du consentement ou de l'absence d'opposition de la personne à l'origine de ceux-ci. L'importance de cette circulation, lorsqu'ils sont prélevés à des fins thérapeutiques ou procréatives, dépend également des indications, c'est-à-dire des conditions et du champ des bénéficiaires auxquels ils sont susceptibles d'être affectés. Un écart entre le nombre d'éléments nécessaires pour répondre aux besoins et le nombre d'éléments effectivement prélevés ou recueillis *et utilisables* traduit généralement une situation de pénurie. Dans le cadre du débat sur l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes célibataires en France, le risque de pénurie devient un argument, régulièrement avancé, pour refuser cette ouverture, celle-ci ne pouvant conduire qu'à la fin de la gratuité, ou plus généralement à des logiques de marché¹. Les termes du débat sont ainsi régulièrement déplacés de la question de l'ouverture de l'AMP à celle du maintien des principes éthiques. Plus généralement, la pénurie ou la rareté de la ressource amène fréquemment l'idée que seul le marché serait susceptible de la résorber. C'est cette perspective qui sera ici contestée, en recherchant l'origine de cette pénurie, déjà partiellement constatée, et en défendant que cette ouverture pourrait ne compromettre aucun principe bioéthique. Néanmoins, la crainte exprimée d'une marchandisation des gamètes ne nous semble pas relever seulement d'un

* Cette publication reprend ma partie d'une intervention commune avec Laurence BRUNET, qui avait alors présenté les aspects non marchands des dons entre vifs, lors du colloque des 13 et 14 septembre 2018. Je remercie beaucoup, pour leurs relectures aussi attentives que critiques, Élodie BERTRAND, Laurence BRUNET et Pierre JOUANNET dont les commentaires m'ont permis d'améliorer ce texte.

1. Pour des exemples récents, séances du 24 sept. 2019, par T. Bazin, *JOAN*, p. 7968, ou M. Le Pen, *JOAN*, p. 7995, X. Breton, 2^e séance du 27 sept. 2019, *JOAN*, p. 8225, etc.

argument rhétorique opportun à des fins politiques. Elle nous paraît fondée. Loin d'être un repoussoir théorique – ou une réponse possible –, une logique de marché est déjà en partie à l'œuvre et tolérée ou permise par le droit français. Il nous semble que la pénurie et la violation des principes bioéthiques qu'elle occasionne doivent être imputées au cadre intellectuel du droit de la procréation, largement repris de la déontologie construite par les CECOS, mais qui elle-même était partiellement reprise du cadre juridique du don du sang. Ce cadre, dans ce qu'il a de propre à la procréation, rend impensables certaines options à même de l'éviter. La révision des lois de bioéthique pourrait permettre, en réinterrogeant ce cadre, de mettre fin aux logiques de marché existantes et de prévenir leur extension.

Mais qu'en est-il, d'abord, de cette pénurie annoncée ? Dans son rapport de 2018, l'Agence de la biomédecine constate qu'en 2015 « le nombre de dons pour prendre en charge l'intégralité de[s] couples est estimé à 1 400 pour le don d'ovocytes et 300 pour le don de spermatozoïdes »². Or, cette année-là, 540 femmes ont donné leurs ovocytes³ et 255 hommes ont donné leur sperme. Néanmoins, si la pénurie d'ovocytes est réelle et importante, il n'y a pas de pénurie de sperme.

Concernant les ovocytes, une pénurie actuelle. La pénurie d'ovocytes est structurelle depuis les premières FIV ayant techniquement rendu possibles les dons d'ovocytes, ce qui est largement imputable au manque de moyens alloués depuis 1994 aux centres prenant en charge les donneuses d'ovocytes⁴. Celle-ci tend néanmoins lentement à diminuer, le nombre de dons progressant au cours des dix dernières années plus vite que la demande⁵. Mais l'écart demeure important. Les dons demeurant insuffisants, les délais d'attente peuvent s'étendre sur plusieurs années et les couples se tournent fréquemment vers l'étranger⁶. Le chiffre relatif à la demande, faute de connaissance exacte des départs (notamment lorsqu'aucune demande de prise en charge par un CECOS ou par l'assurance maladie n'est effectuée), semble devoir être amplifié⁷. En outre, trois éléments

2. Agence de la biomédecine (ci-après ABM), *Rapport sur l'application de la loi de bioéthique*, janv. 2018, p. 29.

3. ABM, *ibid.*, p. 29. Il n'y a donc qu'une ponction par femme, v. ABM, *Rapport médical et scientifique 2017*, Tableau AMP5. Don de gamètes de 2013 à 2016.

4. *État des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, févr. 2011, p. 4, p. 51, p. 65-66, p. 73 et s.

5. Pour un état des lieux antérieur, *ibid.*, p. 4 (et depuis 2005, annexe 4, p. 69).

6. *Ibid.*, p. 4.

7. Dans les pays étrangers, la proportion de Français bénéficiaires de dons d'ovocytes est très importante (évaluée à 20,6 % dans 6 pays européens), v. C. LARUELLE et A. DELBAERE, « Le don d'ovocytes en Belgique », in P. JOUANNET (coord.), *Procréation, Médecine et Don*, 2^e éd., Lavoisier, 2016, p. 59. C'est la raison principale des départs à l'étranger des couples hétérosexuels, v. V. ROZÉE, « Approche démographique : dis-moi qui tu es et je te dirai où aller », in M.-X. CATTO et K. MARTIN-CHENUT (dir.), *Procréation assistée et filiation. AMP et GPA au prisme du droit, des sciences sociales et de la philosophie*, Mare & Martin, coll. de l'ISJPS, vol. 54, 2019, p. 169.

vont aller dans le sens d'une augmentation de la pénurie à la suite de la révision de la loi de bioéthique de 2019-2020. Premièrement, la fin du dispositif de 2011 : afin de lutter contre la pénurie, le législateur en 2011 avait prévu de permettre des dons de gamètes de personnes nullipares, et autorisé l'autoconservation en contrepartie du don. Les textes réglementaires conditionnant l'entrée en vigueur de cette disposition ne sont parus qu'à la fin de l'année 2015⁸. Le dispositif, moins perçu comme une possibilité de don pour les personnes nullipares que comme un chantage au don pour les femmes qui, avançant en âge, voulaient autoconserver des gamètes, a été unanimement dénoncé⁹, et n'a pas été repris dans le projet de loi relatif à la bioéthique déposé en juillet 2019. La remise en cause de cette contrepartie a pu faire craindre une augmentation de la pénurie. Il a été répondu que le don par les personnes nullipares demeure et que la majorité des donneuses ne souhaite pas autoconserver¹⁰, ce qui est attesté par les chiffres puisque les personnes nullipares ne sont pas majoritaires et qu'elles seules pouvaient y prétendre. Néanmoins, la forte croissance des dons au cours de l'année 2016 (540 dons en 2015, 746 en 2016¹¹) s'explique, parmi d'autres facteurs, aussi par ces quelques 20 % de donneuses et 50 % de donneurs nullipares, par définition nouveaux en 2016. Cela ne signifie pas qu'ils souhaitent tous autoconserver et que la même proportion de personnes ne donnera plus demain, mais tous pouvaient y prétendre¹², et il n'est pas exclu que la recherche de ce bénéfice ait motivé un certain nombre de donneurs et de donneuses n'ayant pas procréé. Aussi, la modification législative prévue semble avoir légitimement pu faire craindre une diminution des dons¹³. Deuxièmement, l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules va augmenter les besoins, puisqu'un nombre plus important de femmes (seules ou en couple) va pouvoir prétendre bénéficier d'un don, augmentation qui semble ne pas avoir été évaluée. Or le recours au don d'ovocytes est notamment dû à l'âge, et les femmes seules

8. Décret n° 2015-1281 du 13 oct. 2015 relatif au don de gamètes, *JO*, 15 oct. 2015, p. 19108, et arrêté du 24 déc. 2015 pris en application de l'article L. 2141-1 CSP, *JO*, 8 janv. 2016.

9. CCNE, avis n° 129, 25 sept. 2018, p. 117-118 ; DDD, avis n° 18-23, 10 oct. 2018, relatif à la bioéthique, p. 7-8 ; CE, *Rapport du 28 juin 2018. Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, La Doc. fr., 2018, p. 81.

10. ABM, procès-verbal du Conseil d'orientation du 17 janv. 2019, p. 6 ; ABM, procès-verbal du Conseil d'orientation du 14 mars 2019, p. 7.

11. ABM, *Rapport d'activité 2017*, p. 65.

12. Devant la Commission spéciale relative à la loi de bioéthique, A. Buzyn, ministre de la Santé, imputait l'augmentation des dons à la possibilité, nouvelle, de donner pour les personnes nullipares sans lier cette augmentation à la possibilité de conserver en contrepartie (*Rapport AN n° 2243*, t. II, p. 253). Or il est difficile de prévoir l'effet de la suppression de cette possibilité sans connaître la proportion de personnes nullipares qui ont demandé à autoconserver en 2016.

13. ABM, procès-verbal du Conseil d'orientation du 17 janv. 2019, p. 6.

Les limites du marché

sont plus âgées en moyenne¹⁴, alors qu'elles n'auront pu autoconserver leurs gamètes antérieurement. Troisièmement, enfin, la pénurie d'ovocytes sera encore accrue par la possibilité de recourir à un double don de gamètes, en voie d'être autorisé¹⁵, et qui sera vraisemblablement préféré à l'accueil d'embryon.

En revanche, malgré des écarts parfois constatés entre les besoins et les dons, il n'y a pas eu, avant 2019, de pénurie de sperme en France¹⁶. Ce constat peut s'expliquer par le fait de puiser dans les stocks antérieurement constitués, les années où les besoins sont supérieurs aux dons. En revanche, médecins (l'Académie de médecine en 2014¹⁷, ou les praticiens auditionnés devant la Commission spéciale¹⁸) comme institutions (le Conseil d'État¹⁹, la Mission d'information de l'Assemblée nationale²⁰) ont exprimé la crainte d'une pénurie à l'avenir en raison de l'élargissement des indications. Étant donné l'équilibre actuel entre les dons et les besoins, la multiplication par 2,6²¹ des besoins avec l'ouverture de l'AMP pour les femmes seules et en couple homosexuel risque bel et bien d'occasionner une pénurie²². Une baisse des dons est en outre à craindre en raison du droit nouveau reconnu aux personnes nées d'un don de gamètes qui en feraient la demande d'avoir accès, à leur majorité, à l'identité des donneurs. Car, s'il est régulièrement affirmé, en prenant l'exemple du Royaume-Uni, que le profil des donneurs va changer, et qu'après une courte diminution leur nombre réaugmente²³, il est moins fréquemment rappelé que le pays qui sert de référence à l'argumentation a fait évoluer son régime d'indemnisation pour lutter contre un problème structurel de pénurie, passant à un

14. Académie de médecine, « Ouverture de l'assistance médicale à la procréation avec sperme de donneur à des indications non médicales », séance du 27 mai 2014, *Bull. Acad. Natle Méd.*, 198, p. 957 et 966.

15. *Étude d'impact. Projet de loi relatif à la bioéthique*, 23 juill. 2019, p. 86. L'interdiction disparaît de l'article L. 2141-3 CSP.

16. Constat par la directrice générale de l'ABM, procès-verbal du Conseil d'orientation du 17 janv. 2019, p. 7. Par le gouvernement : *Étude d'impact* du 23 juill. 2019 préc., p. 28 (les délais d'attente sont inférieurs à un an, p. 29, même si une pénurie qualitative peut exister – délais plus longs pour les couples originaires d'Afrique notamment).

17. Académie de médecine, séance du 27 mai 2014 préc., p. 965.

18. V. J. Belaisch-Allard et I. Nisand, Commission spéciale bioéthique, le 3 sept. 2019.

19. CE, *Rapport du 28 juin 2018* préc., p. 15 ; CCNE, avis n° 129, 25 sept. 2018, p. 127.

20. AN, *Rapport d'information n° 1572 de la Mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, J.-L. TOURAINE, *Renouveler les lois de bioéthique. Quels progrès ? Quelle dignité ? Quel humanisme ?*, 2019, p. 62, spéc. p. 63-64.

21. Selon l'étude d'impact préc. (du 23 juill. 2019, p. 27 et 38), demain, il y aurait 1 760 couples hétérosexuels + 2 750 couples de femmes et femmes seules = 4 510 bénéficiaires, soit une multiplication par 2,56 des besoins.

22. Point contesté, de manière surprenante, par A. Buzyn devant la Commission spéciale le 11 sept. 2019, vidéo à 2h52 de discussion, propos retranscrits beaucoup plus brièvement dans *Rapport AN n° 2243*, 14 sept. 2019, t. 2, p. 197.

23. *Étude d'impact* du 23 juill. 2019 préc., p. 161-162.

forfait²⁴ qui relèverait, en droit français, d'une forme de rémunération, et qu'en outre la demande depuis la levée de l'anonymat est satisfaite à plus de 70 % par le recours à l'importation de sperme rémunéré (du Danemark et des États-Unis)²⁵.

Il paraît donc raisonnable de craindre une pénurie de spermatozoïdes à l'avenir²⁶. Or une telle pénurie existe déjà pour les ovocytes en France, et aucune réponse satisfaisante ne lui a été apportée, ce qui rend vraisemblable la généralisation ou l'amplification des problèmes déjà constatés.

En l'absence de réponse satisfaisante, sur le plan interne, au problème structurel de pénurie d'ovocytes, les couples hétérosexuels partent fréquemment à l'étranger, les règles en droit de l'Union européenne leur permettant de s'y rendre et de voir leurs soins pris en charge²⁷. Dans le cadre des soins programmés (lorsque la personne se rend à l'étranger à cette fin), l'État membre ne peut refuser l'autorisation préalable si, d'une part, la personne répond aux critères qui justifieraient la prise en charge en France et si, d'autre part, « ces soins de santé ne peuvent être dispensés sur son territoire dans un délai acceptable sur le plan médical »²⁸. Or les délais pour les dons d'ovocytes sont estimés entre 1 et 3 ans²⁹, donc les caisses acceptent, faute de « délai acceptable », cette prise en charge à l'étranger. En 2015, pour l'ensemble des activités d'AMP à l'étranger, 85 % (1 265 sur 1 500) des demandes ont obtenu un accord du Pôle médical pour suivre les soins à l'étranger et ont ainsi été remboursées, tout au moins en partie. L'Espagne est le premier pays de destination (70 % des cas, en diminution), suivie de la République tchèque (plus de 20 %, en croissance), puis marginalement la Grèce et la Belgique³⁰. Or

24. Actuellement, « for sperm donors the limit is a fixed sum of £35 per clinic visit including expenses, and for egg donors the limit is a fixed sum of £750 per cycle of donation, including expenses », HFEA, *Egg and Sperm Donation in the UK: 2012-2013*, p. 3. Dès lors que l'indemnité est fixée sur la base d'un forfait et que les dépenses sont incluses dans le montant alloué mais ne le déterminent pas, il n'y a plus de neutralité financière de l'acte (basée sur le seul remboursement des frais *réellement occasionnés*, ce qui est le cas en France).

25. HFEA, *Trends in Egg and Sperm Donation 2017* (released October 2019), en ligne, tableaux 6 et 7. En 2017, la demande de sperme est satisfaite à 24,5 % par des donneurs du Royaume-Uni (en baisse constante depuis 2012), 36,3 % du Danemark, 37,2 % des États-Unis.

26. Sauf si, avant même de faire appel à un don de sperme en France, les personnes se rendaient à l'étranger pour contourner la levée de l'anonymat, mais cela à notre connaissance n'a pas été évalué.

27. Ces soins sont prévus et organisés par la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers.

28. Directive 2011/24/UE, *ibid.*, art. 8.5.

29. ABM, *Rapport sur l'application de la loi de bioéthique*, janv. 2018, p. 35.

30. Centre national des soins à l'étranger (CNSE), *Rapport 2015*, p. 51-54 [en ligne]. En résumé, « le coût moyen d'une PMA s'élève à 5 019 € (4 487 € pour les actes médicaux et 592 € de frais de transport) » et « le montant moyen remboursé s'élève, quant à lui,

Les limites du marché

le montant alloué au « donneur » est en Espagne de 45 euros pour un recueil de sperme³¹ et de 916 euros pour le prélèvement d'ovocytes³². Les « donneurs » sont indemnisés en République tchèque³³, le montant pour les ovocytes est de 300 à 1 000 en Belgique³⁴ et de 600 à 800 € en Grèce³⁵. L'IGAS constatait ainsi, en raison du recours à l'étranger, que « 80 à 85 % des ovocytes dont ont bénéficié des receveuses françaises sont issus d'un processus incluant, sous une forme ou une autre, une rémunération ou une indemnisation des donneuses »³⁶. Ainsi les Françaises partent à l'étranger et l'assurance maladie française contribue à financer un système qui permet la rémunération de donneuses – espagnoles, tchèques, etc. –, ainsi que des cliniques privées. Alors que ces départs violent les principes tant de non-lucrativité que de bénévolat, certains médecins français confrontés à la pénurie orientent leurs patientes vers des cliniques privées à l'étranger, démarche relevant d'une entremise prohibée par le Code pénal³⁷. Cette disposition, rappelée par le ministère de la Santé dans une lettre du 21 décembre 2012³⁸, a été largement contestée jusqu'à l'annonce en 2016, par un communiqué du ministère de la Santé, de « l'abrogation du texte interprété comme pénalisant les gynécologues ». Le Gouvernement signalait ainsi que, malgré le maintien des dispositions pénales,

à 1 372 € pour les actes de PMA et à 266 € de frais de transport ». Par conséquent « la prise en charge s'élève en moyenne à 32,1 % ». Le coût est plus élevé en Espagne, pour les assurées, que dans les autres pays.

31. D. LE LANNOU, « Quelle stratégie pour améliorer le recrutement des donneurs de gamètes ? », *Gyn. Obs. et fert.* 2013, 41, p. 714.

32. En Espagne, « The National Commission of Assisted Reproduction currently sets the rate of compensation at €916, based on an estimate of the amount of work time lost (38 hours at €15 per hour), travel expenses (€270), meals (€40), and discomfort for hormone injections (€36) », A. PELLICER cité par Nuffield Council on Bioethics, *Human Bodies: Donation for Medicine and Research*, 2014 [en ligne], p. 74.

33. Nous n'avons pas trouvé les montants pour la République tchèque (CZ ci-après), mais plus généralement en Europe, une somme fixe est attribuée aux « donneurs » indépendamment des coûts, et elle est soit déterminée par les établissements eux-mêmes (AT, BE, CZ, EE, NL, SE, SK), soit à un niveau national (CZ, DK, FI, HU, SI, UK), et l'inconvénient lié au don est également indemnisé dans certains pays (BG, CZ, DK, LV), Commission staff working document on the implementation of the principle of voluntary and unpaid donation for human tissues and cells, Bruxelles, 21.4.2016 SWD(2016) 128 final, p. 15.

34. IGAS, *État des lieux...*, *op. cit.*, p. 43 et p. 300, selon un exemple de pratique dans une clinique, note 54, p. 32.

35. En Grèce en matière d'ovocytes, la somme allouée est « légèrement supérieure au salaire mensuel moyen », F. MERLET et B. SÉNÉMAUD, « Prise en charge du don d'ovocytes : réglementation du don, la face cachée du tourisme procréatif », *Gyn. Obs. et Fert.* 2010, 38(1), p. 39.

36. IGAS, *État des lieux...*, *op. cit.*, p. 33, p. 29.

37. Art. 511-9 CP : « Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme ».

38. Lettre du Directeur général de la santé au Président du Conseil national de l'Ordre des médecins, n° 12.439 du 21 déc. 2012, accessible sur le site du Conseil de l'Ordre.

il n'avait pas l'intention de déclencher de poursuites en matière d'accompagnement des pratiques de délocalisation procréative³⁹. Enfin, si rien n'est fait pour répondre à la demande, l'ouverture de l'AMP risque de conduire les femmes seules et les couples homosexuels *comme hétérosexuels* à l'étranger, et à demander une prise en charge par l'État français à laquelle tous pourront désormais prétendre en cas de délais d'attente non raisonnables. La garde des Sceaux a plusieurs fois affirmé que le consentement devant notaire pour les couples de femmes vaudrait que l'AMP ait lieu en France ou à l'étranger⁴⁰, aucune conséquence n'étant donc tirée, sur le plan civil non plus, de la violation des principes éthiques⁴¹. Cette « solution » – ce refus de tirer des conséquences juridiques de la violation de ces principes par les départs à l'étranger – nous paraît répondre à peu de frais au problème de pénurie, et presque relever d'un renoncement à affronter le problème. Pourtant, répondre aux couples et aux femmes seules en France *dans un délai raisonnable* transformerait le rôle du droit de la sécurité sociale : loin de constituer un mécanisme d'incitation aux déplacements et à la violation des principes éthiques, il permettrait de prévenir les départs et de répondre à la demande dans le cadre du droit de la bioéthique français. Mais les solutions avancées à cette fin ne sont pas plus satisfaisantes.

Afin de répondre à la demande sur le territoire, dans un contexte où de nouvelles pratiques seraient autorisées en France, diverses solutions sont avancées. Si certains réaffirment l'exigence de bénévolat, même si la pénurie augmente⁴², d'autres proposent d'y répondre, notamment pour les ovocytes, par une tarification incitative de l'activité⁴³, l'importation de gamètes depuis des banques étrangères⁴⁴, une « indemnisation » des donneuses⁴⁵, ou encore en favorisant les pratiques de dons

39. Sur cet épisode, v. L. BRUNET, « Assistance médicale à la procréation et libre circulation des personnes. Le droit français au défi », *Ethnologie française* 2017, 3(167), p. 402-403.

40. Commission spéciale, *Rapport AN n° 2243*, 14 sept. 2019, t. 1, p. 62 ; JOAN, 2^e séance du 3 oct. 2019, p. 8452. Elle l'avait déjà affirmé en présentant le projet de loi sur France Inter, Le téléphone sonne, le 19 septembre 2019, 19'.

41. Or il aurait été possible de considérer que, depuis 1994, les couples hétérosexuels recourant à un don de sperme à l'étranger dans des conditions différentes de celles posées par le Code de la santé publique (même si, en l'absence de pénurie, ils ne le faisaient pas) ne voyaient pas leur filiation protégée au titre de l'article 311-20 C. civ. Des conséquences civiles auraient également être tirées pour les couples de femmes (la double filiation devant alors s'établir par d'autres mécanismes). Cela aurait favorisé le respect du bénévolat et du non-profit, et fait peser une obligation plus forte sur le Gouvernement pour répondre à la demande en France, pour tout le monde.

42. CE, *Rapport du 28 juin 2018* préc., p. 15 ; CCNE, avis n° 129, 25 sept. 2018, p. 127.

43. IGAS, *État des lieux...*, *op. cit.*, p. 73-74, p. 80, et annexe 4, p. 85.

44. V. J. Belaisch-Allard et I. Nisand, Commission spéciale bioéthique, vidéo, le 3 sept. 2019.

45. Certains professionnels proposent une « indemnisation forfaitaire » de 250 à 500 euros par don, IGAS, *État des lieux...*, *op. cit.*, p. 58. Hypothèse rejetée par l'IGAS, comme par le Conseil d'État qui s'en faisait également écho, v. *Rapport du 28 juin 2018*

Les limites du marché

relationnels⁴⁶ ou de dons dirigés⁴⁷ (alors que ces deux dernières pratiques permettent des contreparties et l'exercice de rapports de pouvoirs interindividuels)⁴⁸. Une option de plus en plus fréquemment avancée est d'admettre les centres privés lucratifs pour soutenir l'activité, soit de manière générale pour les activités d'AMP avec tiers donneurs (ce que proposent l'IGAS, l'ABM)⁴⁹, soit pour l'instant, mais la proposition poursuit la même finalité, uniquement dans le cadre de l'autoconservation⁵⁰.

La solution avancée se trouverait donc fréquemment dans le marché, ou dans des mécanismes qui cautionnent et renforcent le marché, censé répondre au problème de pénurie, structurel pour les ovocytes, à venir pour le sperme.

Pourtant, sans remettre en cause aucun principe éthique, il serait possible de mieux répondre au projet des couples et des femmes. Des solutions alternatives sont possibles, mais elles sont rarement pensées et proposées. Le rapport de l'IGAS qui décline tous les problèmes n'en émet même pas l'hypothèse⁵¹. Le CCNE, de son côté, n'envisage que de renoncer à l'élargissement de l'accès, de prioriser les couples hétérosexuels, d'assumer des listes d'attente très longues ou de

préc., p. 55. Elle a néanmoins été encore avancée par J. Belaisch-Allard et par I. Nisand, Commission spéciale bioéthique, le 3 sept. 2019 (vidéo, à 3h17').

46. Amendement 1748. Cette pratique, très problématique depuis le départ, avait fait l'objet d'une disposition qui visait à lutter contre par l'arrêté du 30 juin 2017 préc., §V.1 (« La personne souhaitant faire un don de gamètes est informée qu'en aucun cas son don ne constituera un avantage direct individuel dans la prise en charge du couple receveur qui l'a éventuellement sensibilisée »), disposition immédiatement abrogée (arrêté du 12 septembre 2017 modifiant l'arrêté du 30 juin 2017 – c'est son seul objet).

47. Amendements n° 417 et n° 1783 (plusieurs députés LREM), n° 1780 (socialistes), n° 2265 (J.-L. Touraine, rapporteur), déposés devant la Commission spéciale. Ils avaient reçu un avis favorable du rapporteur, défavorable du Gouvernement. Ils n'ont pas été adoptés (Commission spéciale, 12 sept. 2019).

48. La distinction réside dans le fait que dans le don relationnel l'anonymat demeure. Mais, en permettant de trouver un donneur ou une donneuse pour bénéficier plus rapidement d'un don, rien n'empêche une rémunération avant de se présenter au CECOS. Il n'est pas question de dire que ce cas se produit nécessairement, mais que cela est ainsi rendu possible.

49. En cas de défaillance du public, notamment liée à une inégale répartition des centres sur le territoire, IGAS, *État des lieux...*, op. cit., p. 7, p. 43, p. 60, p. 64. L'IGAS espère par-là multiplier les prélèvements. La proposition n'est pas isolée : ABM, *Bilan d'application de la loi de bioéthique du 6 août 2004*, oct. 2008, p. 41 ; N. Massin, Commission spéciale bioéthique, le 3 sept. 2019, et, le même jour, J.-L. Touraine, rapporteur, estimait qu'« il n'y a guère de raison pour que le secteur privé soit banni, ni des pratiques d'autoconservation ovocytaire, ni des pratiques de PMA ». Il a également déposé deux amendements en ce sens.

50. AN, *Rapport (Touraine) de la Mission d'information n° 1572* préc., p. 70. Les députés encore présents en Commission (le 12 septembre, à plus d'1 heure du matin) ont adopté les amendements 1695 et 1727 dont l'objet était l'ouverture de l'autoconservation des gamètes au privé lucratif, sur laquelle l'Assemblée est revenue en séance (amendement 779, avec une demande de scrutin public, adopté lors de la 2^e séance du 27 sept. 2019).

51. IGAS, *État des lieux...*, op. cit.

rémunérer les donneurs (ce qu'il rejette)⁵². Le rapport de la Mission d'information de l'Assemblée nationale envisage les départs à l'étranger ou l'ouverture d'une partie de l'activité au secteur privé, mais pas d'autres solutions⁵³. Il est temps que des propositions émergent précisément pour éviter que l'ouverture programmée de l'accès à l'AMP ne conduise à la remise en cause des principes de non-profit et de bénévolat. Si le marché fait problème aujourd'hui, c'est en raison du modèle bioéthique adopté en France qui l'a rejeté. Mais ce modèle bioéthique semble paradoxalement avoir rendu impensables les manières de l'éviter. Pourquoi ?

Tout le droit français de la bioéthique, en ce qui concerne la circulation des éléments et produits du corps humain, a été historiquement calqué sur le modèle du sang⁵⁴. Les éléments du corps humain sont, lorsqu'ils circulent, soumis à des règles de bénévolat et de non-profit, ce qui implique la prise en charge des frais réellement occasionnés par les activités sans aucune incitation financière. Ces activités sont pour cette raison réservées à des personnes morales de droit public, ou de droit privé mais à but non lucratif, et sont soumises à un principe d'économie, qui conditionne les prélèvements ou les recueils à un risque minimal pour les personnes et à une finalité exclusivement thérapeutique. Le dispositif français, pour l'AMP, a été construit sur le même modèle, l'État prenant en charge la réponse à l'infertilité, dite pathologique, afin d'assimiler les traitements d'AMP à des soins médicaux. Mais la viabilité de ce système est pratiquement mise à mal, dans un contexte où il est l'un des derniers à résister à la rémunération des gamètes et à l'industrie procréative florissant désormais dans plusieurs pays européens⁵⁵.

Ce qu'il faut retenir du dispositif français en matière d'assistance médicale à la procréation, à ce stade, relève de quatre éléments essentiels :

52. CCNE, avis n° 126, p. 44.

53. AN, *Rapport (Touraine) de la Mission d'information n° 1572 préc.*, p. 65-70.

54. Sur l'histoire de la construction du modèle du sang, v. M.-A. HERMITTE, *Le sang et le droit. Essai sur la transfusion sanguine*, Seuil, 1996, p. 67-149. Sur la généralisation du modèle, M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain. Limites de l'usage économique du corps*, LGDJ, 2018, § 21-23 et chap. 4.

55. L'article 12.1 de la directive 2004/23/CE précise que « les États membres s'efforcent de garantir les dons volontaires et non rémunérés de tissus et cellules ». Les rapports de suivi de la Commission (en 2006, 2011, 2016) précisent qu'aucun État ne rémunère les donneurs, mais la notion d'indemnisation comme de prise en charge des frais varie en leur sein. Ainsi le Danemark et la République tchèque indemnisent « l'embarras causé » en plus des autres formes de prise en charge des frais, d'autres sont passés à des régimes de « remboursement » forfaitaires, permettant des formes de rémunération. Cette marge de manœuvre permet les chiffres antérieurement avancés (notes 30 à 34). Quant à l'industrie procréative florissante en Europe, en plus de l'Espagne, (Danemark, Pays Bas, Grande-Bretagne, Autriche, Suède, Allemagne, etc.), v. « The fertility business is booming. Investors are pouring money into companies that promise to help people conceive », *The Economist*, 8 août 2019.

Les limites du marché

Premièrement, le droit de l'AMP s'est inscrit dans le domaine traditionnel de la médecine, dont l'activité ne se justifie que si les médecins poursuivent un but thérapeutique. La légitimation de leur intervention s'est appuyée sur la construction de l'infertilité comme une pathologie dont seul un couple hétérosexuel pouvait être atteint. Il fallait donc un homme et une femme en âge de procréer.

Deuxièmement, le don de sperme a été calqué sur le modèle du sang. Il devait être le fruit d'une démarche volontaire et, ne portant pas d'atteinte à l'intégrité corporelle, les problèmes éthiques n'avaient pas à être résolus par le fait de privilégier d'autres sources (notamment les cadavres)⁵⁶, comme c'est le cas pour les tissus et les organes.

Troisièmement, si aucun problème éthique n'était posé en raison de l'absence d'atteinte, il fallait légitimer la pratique, alors que le recours au sperme d'un tiers était assimilé à un adultère. Pour écarter l'accusation, il a non seulement fallu reproduire le cadre rappelé (non-lucrativité des activités, bénévolat), mais également le construire comme le don généreux d'un couple déjà parent à un couple qui veut le devenir.

Enfin, lorsqu'utiliser des ovocytes d'une femme tierce a été possible, l'acte a été assimilé dans le modèle du don de sperme (devenu don de gamètes), et l'atteinte que subissaient les femmes a été considérée comme négligeable parce qu'elle a été très simplement négligée.

Le droit de l'AMP a donc partiellement reproduit, mais s'est également partiellement écarté du cadre posé pour les autres éléments et produits du corps humain. La prise en charge de la procréation médicalement assistée a été justifiée par l'institution de corps procréateurs déclarés malades lorsqu'ils sont infertiles. Mais, alors que tout est mis en œuvre pour répondre à la pénurie pour les autres éléments et produits, la ressource en matière de gamètes n'est constituée qu'en vertu d'un cadre dérogatoire aux logiques déployées pour les autres éléments, ce qui explique la limitation des ressources et donc la pénurie, mais également le fait que le marché se présente comme la réponse privilégiée. Pourtant, *il serait possible d'appliquer ou d'étendre au champ procréatif, et notamment aux gamètes, les principes communs du droit médical*. L'extension à ce champ des principes les plus classiques permettrait d'éviter des atteintes à l'intégrité qui pourraient l'être, que des éléments détachés soient détruits, et que la question de l'utilisation éventuelle des éléments *post mortem* cesse d'être réduite à celle de la récupération par la veuve du sperme de son compagnon. Ces options envisageables demeurent largement occultées. Or il serait possible d'accéder aux ressources par l'application des principes communs. Ces possibilités alternatives

56. Ce qui avait été fait par S. Judine pour le sang (tentative de recours aux animaux et défunts avant de prélever des personnes vivantes), mais écarté, v. M.-X. CATTO *Le principe d'indisponibilité du corps humain...*, *op. cit.*, § 209 et 218.

aux logiques de marché (I) se heurtent à des résistances qui nous semblent pouvoir être dépassées (II).

I. DES SOURCES ALTERNATIVES POSSIBLES

Le cadre du droit français de la bioéthique restreint à l'heure actuelle la possibilité de disposer de gamètes à un don volontaire par une personne de son vivant. Il limite ainsi la possibilité de recourir aux éléments déjà détachés (A) quand il écarte la possibilité de l'usage *post mortem* (B).

A. – Disposer des éléments déjà détachés

Aujourd'hui, les femmes peuvent se faire prélever des ovocytes, avec leur consentement et de leur vivant, dans trois circonstances : en cas d'assistance à la procréation intraconjugale impliquant une FIV ; en cas de don ; en cas d'auto-conservation avant un traitement qui risque d'affecter la fertilité.

Dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation, les ovocytes étaient initialement prélevés pour être immédiatement fécondés, puisque l'on savait conserver des embryons mais pas des ovocytes. Pour éviter une stimulation hormonale et un acte chirurgical, lourds pour les femmes, avant chaque transfert embryonnaire, la stimulation conduisait au recueil de plusieurs ovocytes, tous étant fécondés, mais certains seulement étant immédiatement transférés, les autres étant conservés pour des tentatives futures. S'ils n'étaient finalement pas utilisés par le couple, ces embryons devenaient surnuméraires. Le sperme, de son côté, était recueilli au moment où les ovocytes sont prélevés. La vitrification ovocytaire réinterroge cette pratique : il serait possible de conserver des *ovocytes* et de ne constituer d'embryons qu'à chaque projet d'implantation, au lieu de conserver des embryons. Cette évolution a des avantages et des inconvénients. Socialement, elle permettrait aux femmes de préserver la possibilité d'utiliser ultérieurement leurs ovocytes seules, en cas de séparation du couple ou de décès de leur conjoint⁵⁷. Mais, si le couple reste uni, elle constitue médicalement une perte

57. En effet, le couple peut se séparer entre le moment du prélèvement et le moment de l'implantation, mais également après le premier enfant, tout en n'ayant pas utilisé tous les ovocytes prélevés. L'âge des femmes avançant, le fait d'avoir constitué des embryons au lieu de conserver des ovocytes peut potentiellement faire obstacle à tout projet d'enfant pour elles. La séparation et le refus de restitution sont exactement à l'origine de l'affaire *Evans* (Cour EDH, Gde. ch., 10 avr. 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, Req. n° 6339/05 : une femme a un cancer, elle veut faire congeler ses ovocytes, les médecins lui répondent que ses chances de succès seront moindres qu'avec des embryons, son compagnon la rassure : ils seront toujours ensemble. Elle consent, puis subit l'ablation de ses ovaires. Ils se séparent six mois plus tard et lui demande la destruction des embryons. La grande

Les limites du marché

de chances, car la technique est moins efficace pour avoir un enfant⁵⁸. Quelle que soit la position retenue, la conservation de gamètes dans ce cadre est déjà possible. Le Code de la santé publique prévoit explicitement, depuis 2016, que

« la personne dont les gamètes ont été recueillis ou prélevés et conservés dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation pour un projet parental en application de l'article L. 2141-1, est consultée chaque année par écrit sur le point de savoir si elle maintient cette modalité de conservation »⁵⁹.

Les situations donnant lieu à cette pratique, pour les deux types de gamètes, sont énumérées dans l'arrêté de bonnes pratiques de 2017⁶⁰, et cette possibilité a permis en 2016 à « 5 507 patients de bénéficier d'une conservation de spermatozoïdes au cours d'une prise en charge d'AMP », quand « l'activité de conservation des ovocytes a concerné 812 patientes en 2016 »⁶¹. Des gamètes sont ainsi conservés, et non seulement des embryons, dont l'usage peut être différé.

Dans le cadre d'un don, des ovocytes sont prélevés afin d'être affectés à un autre couple. Leur vitrification, plutôt que leur fécondation immédiate, permettrait également d'éviter la création d'embryons surnuméraires et « l'attribution d'un plus petit nombre d'ovocytes pour chaque receveuse à chaque tentative »⁶². On attribuerait ainsi le strict nécessaire, ce qui en laisserait de plus nombreux disponibles. La pratique soulève également la question de l'opportunité de faire des embryons immédiatement ou de conserver des ovocytes vitrifiés. Par ailleurs, le don a également rendu possible l'autoconservation si le nombre d'ovocytes prélevés était suffisant⁶³, mais, comme nous le rappelions, la disposition va être supprimée.

chambre considère que le refus de restitution a ménagé l'équilibre entre les intérêts, §§ 89-90). P. Jouannet nous indique que, « aujourd'hui, il serait proposé à madame Evans de congeler et conserver des fragments d'ovaire plutôt que des embryons ou des ovocytes ».

58. En 2016, les taux d'accouchements après tentative d'AMP intraconjugale qui fait suite à un transfert d'embryons congelés (TEC) est de 19,2 % (ABM, *Rapport médical et scientifique* 2017, Figure AMP9). Le taux d'accouchements après transfert d'embryons constitués après vitrification des ovocytes est de 7,32 % (615 tentatives et 84 enfants nés après utilisation d'ovocytes vitrifiés), *ibid.*, § après le tableau AMP6.

59. Art. R. 2141-17 introduit par le décret n° 2016-273 du 4 mars 2016 relatif à l'AMP.

60. Arrêté du 30 juin 2017 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 modifié relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, § II.10.

61. ABM, *Rapport médical et scientifique* 2017, § Les conservations de gamètes en cours de prise en charge pour une AMP.

62. L. BOYER *et al.*, « Lettre à la rédaction : La face cachée du don d'ovocyte : quelle face ? », *Gyn. Obst. et fert.* 2010, 38, p. 300.

63. Les règles de répartition sont fixées par l'arrêté du 24 déc. 2015 pris en application de l'article L. 2141-1 du CSP.

Dans le cadre de la préservation de sa fertilité enfin,

« 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 » (art. L. 2141-11)⁶⁴.

Aujourd'hui les prélèvements dans ce cadre sont très fréquents, permettant, en 2016, 4 727 autoconservations de spermatozoïdes et 124 conservations de tissus testiculaires, quand ils ont permis 1 323 conservations d'ovocytes et 299 conservations de tissus ovariens⁶⁵. Il serait alors possible, en cas d'absence d'utilisation pour soi, de les réutiliser, en distinguant les cas où la préservation de fertilité est liée à une pathologie (type cancer) – dans ce cas l'affectation à un tiers paraît devoir être écartée⁶⁶ – et les cas où elle est effectuée sur un corps sain⁶⁷, permettant la conservation de gamètes ne posant pas les mêmes problèmes de sécurité sanitaire.

Que deviennent alors ces éléments une fois recueillis et conservés ?

Le régime de l'affectation des éléments détachés diffère selon la finalité première qui a occasionné leur détachement : pour soi ou pour le don.

Le décret de 2016 prévoit que *les gamètes conservés pour soi*, dans le cadre d'un projet parental ou en cas de préservation de sa fertilité, puissent, si la personne ne maintient plus ce projet pour elle, *soit être donnés à la recherche, soit faire l'objet d'un don, soit être détruits*⁶⁸. Le dispositif est très proche de celui qui est prévu pour les embryons surnuméraires (art. L. 2141-4 CSP). Si la personne,

64. La possibilité existe depuis 2004, l'article a simplement été reformulé à l'occasion de la transposition de la directive 2004/23/CE par l'ordonnance n° 2008-480 du 22 mai 2008.

65. ABM, *Rapport médical et scientifique 2017*, § Les autoconservations dans le cadre de la préservation de la fertilité.

66. Il semble que l'on ne puisse toujours s'assurer que les tissus ou cellules ne contiennent pas de cellules cancéreuses, ce qui pose des questions même pour les patientes à qui l'on envisage de les restituer postérieurement, L. BRUNET, « La préservation de la fertilité féminine avant un traitement potentiellement stérilisant : une pratique d'avenir dans un cadre juridique à parfaire », in M. GRYNBERG et R. FRYDMAN (dir.), *Préservation de la fertilité*, Éditions Eska, 2013, p. 432-433. Il semble que cela ait été la raison pour laquelle initialement, « la restitution ultérieure des paillettes n'est faite qu'au patient lui-même », arrêté du 11 avr. 2008 préc., § III.4.1 ; repris dans l'arrêté du 3 août 2010, § III-4.1, mais ce n'est plus systématiquement le cas, comme en atteste l'art. R. 2141-18 CSP qui autorise le don dans ce cadre.

67. Par ex. en cas d'endométriose ou avant des traitements de changement de sexe.

68. Pour les éléments prélevés dans le cadre d'un projet parental, art. R. 2141-17, pour la préservation de sa fertilité, art. R. 2141-18.

Les limites du marché

au cours de la consultation annuelle, accepte un changement de finalité (don à la recherche, don à un autre couple, destruction), le consentement doit être explicite et réitéré au bout de trois mois, et la personne peut le révoquer, alors que ces gamètes sont détachés, « jusqu'à l'utilisation des gamètes ou jusqu'à ce qu'il soit mis fin à leur conservation »⁶⁹. En d'autres termes, le consentement doit être explicite, écrit, renouvelé, précédé d'au moins un entretien (art. R. 2141-20 CSP). Il n'y a don qu'à ces conditions, donc le silence vaut refus de les utiliser. Ce point est confirmé par les dispositions générales prévues en cas de décès ou de silence des personnes qui ne sont plus en âge de procréer. L'absence de réponse aux consultations annuelles (tant qu'elles sont en âge de procréer) conduit au maintien de la conservation, inutilisée, et l'absence de réponse une fois l'âge de la procréation dépassé vaut refus, donc destruction des gamètes⁷⁰. On ne récupère donc pas, dans le régime des déchets, ces gamètes pourtant disponibles et dont les principaux intéressés se désintéressent manifestement.

En cas de don, la part des gamètes qui, en contrepartie du don, a été conservée pour soi ne sera au contraire jamais détruite, que la personne décède, ne réponde pas ou dépasse l'âge de procréer. Elle est réaffectée au don. La possibilité d'un refus explicite de donner les gamètes initialement prévus pour soi n'est même pas envisagée⁷¹.

Qu'en est-il de l'usage en cas de décès ? Les gamètes ou embryons issus d'un projet d'AMP ne sont pas restituables au conjoint survivant⁷², même si cette disposition fait l'objet de débats récurrents. Il serait donc possible de les utiliser. Mais depuis 2004, alors que le législateur reconnaissait comme possible « l'utilisation d'éléments et de produits du corps humain à une fin médicale ou scientifique autre que celle pour laquelle ils ont été prélevés ou collectés », il faisait dans le même article une exception, spécifique à l'AMP, afin de confirmer le principe de non-restitution posé en 1994 : « Ces dérogations ne sont pas admises lorsque les éléments initialement prélevés consistent en des tissus ou cellules germinaux. Dans ce dernier cas, toute utilisation pour une fin autre que celle du prélèvement initial est interdite en cas de décès de l'intéressé » (art. L. 1211-2 CSP, inchangé depuis 2004). Il serait possible de considérer qu'il y a une ambiguïté dans ce texte, permettant de les utiliser, parce que *la fin procréative demeure* (même si ce ne sont pas les personnes initiales qui procréent). Néanmoins, le texte n'est pas interprété en ce sens. Le Conseil d'État confirme, dans son récent

69. Art. R. 2141-17-III, pour le projet parental, art. R. 2141-18-II, pour la préservation de sa fertilité, introduits par le décret n° 2016-273 du 4 mars 2016 relatif à l'AMP.

70. Décret n° 2016-273 du 4 mars 2016 relatif à l'AMP, art. 6.

71. Décret n° 2015-1281 du 13 oct. 2015 relatif au don de gamètes, art. R. 1244-7 CSP. Nous y reviendrons, en II, 2.

72. Loi n° 94-654 du 29 juill. 1994, art. L. 152-2 (contre TGI Créteil, 1^{er} août 1984, *JCP G* 1984, II 20321). Puis : Cass. civ., 9 juill. 1996, *D.* 1996, Jur., p. 376 (refus de restitution d'embryon).

rapport : « Les gamètes font l'objet d'une destruction automatique en cas de décès de celui qui a procédé à leur conservation »⁷³. Il faut cependant distinguer deux configurations :

– Lorsque la personne n'a pas explicitement donné ses gamètes et décède, ils doivent être détruits. En 2016, le décret précise que, « dès publication du présent décret, il est mis fin à la conservation des gamètes ou des tissus germinaux conservés [en cas de projet parental ou de préservation de la fertilité] dès lors que les personnes concernées sont décédées »⁷⁴.

– Lorsqu'elle décède après les avoir donnés, les gamètes ne sont pas détruits, le régime général relatif au don de gamètes s'applique⁷⁵.

B. – Prélever post mortem

Hors du champ procréatif, la pratique médicale comme le droit médical, en exigeant la proportionnalité des atteintes, a toujours privilégié les prélèvements sur les morts plutôt que sur les vivants, afin d'éviter de porter atteinte à l'intégrité corporelle d'une personne en bonne santé, l'acte risquant alors de la compromettre ou impliquant de prendre un risque pour elle qui pourrait, par un prélèvement *post mortem*, être évité. Pour des fins scientifiques, il a toujours été possible de prélever gamètes ou gonades. À des fins procréatives, en revanche, cela n'a jamais été appliqué⁷⁶. Le résultat est que, hors du sang – qui n'est pas prélevé *post mortem* pour des raisons historiques contingentes⁷⁷ –, il est légalement possible de tout prélever *post mortem*, en l'absence d'opposition explicite du vivant de la personne, sauf les gamètes. Or il s'agit d'une ressource techniquement accessible et utilisable, du moins pour le sperme.

73. CE, *Rapport du 28 juin 2018 préc.*, p. 64.

74. Décret n° 2016-273 du 4 mars 2016 relatif à l'AMP, art. 6, *idem* arrêté du 30 juin 2017 préc., § II.10.

75. L'art. R. 2141-18 II 1° distingue le cas de don et le cas de décès, la généralité de la formule en vertu de laquelle « il est mis fin à la conservation des gamètes en cas de décès de la personne » ne s'appliquant que dans le cas de décès en l'absence de décisions, qui implique la destruction. Dans le sens de cette interprétation, les dispositions communes auxquelles il est renvoyé, et notamment les éléments d'informations figurant à l'article R. 1244-5 CSP, n'exigent nullement, pour le médecin, de s'assurer que la personne est en vie au moment de l'utilisation des gamètes.

76. On trouve simplement de manière surprenante, dans une circulaire, la déclaration par la Maternité-Hôpital Sainte-Croix de Metz d'une activité d'implantation de tissus de type « embryon, sperme », confondus avec d'autres tissus principalement prélevés sur les défunts, Circulaire DGS n° 95-105 du 26 déc. 1995 relative au contrôle des tissus d'origine humaine utilisés dans les établissements publics et privés de santé, BOSP n° 96/11, p. 181.

77. M.-X. CATTO, *Le principe d'indisponibilité du corps humain...*, *op. cit.*, § 218, 259, avec une conséquence sur les cellules souches hématopoïétiques, § 259.

Un prélèvement de sperme sur personne décédée a été pour la première fois décrit en 1980⁷⁸. Il est possible, notamment par électro-éjaculation, de recueillir des spermatozoïdes sur défunt, mais aussi par un prélèvement chirurgical. Aux États-Unis, il arrive ainsi que, régulièrement, des proches demandent de le pratiquer sur des hommes accidentellement décédés⁷⁹, et des prélèvements d'ovocytes ont également pu être réalisés⁸⁰. Il serait enfin possible de résoudre la pénurie d'ovocytes par des prélèvements réalisés sur des fœtus avortés⁸¹.

Dans tous les cas, et malgré l'absence de stricte détermination réglementaire des organes, tissus et cellules susceptibles d'être prélevés sur les défunts dans le cas des morts encéphaliques⁸², il n'a jamais été suggéré en France de permettre de prélèvement *post mortem*, ni de rendre possible l'expression spontanée et volontaire d'un tel don, par exemple en s'inscrivant sur un registre. Mais certaines prises de position ont défendu l'idée qu'un consentement explicite devait permettre les prélèvements et l'usage à titre posthume des gamètes⁸³. Une telle disposition est explicitement prévue, par exemple, par la législation québé-

78. C. M. ROTHMAN, « A method for obtaining viable sperm in the postmortem state », *Fertil. Steril.* 1980, 34(5), p. 512, cité par S. KAHAN *et al.*, « Postmortem sperm procurement: A legal perspective », *The Journal of Urology* 1999, 161, p. 1840-1843.

79. S. KAHAN *et al.*, *ibid.*, p. 1842 (l'épouse, mais pas seulement : petite amie, amis, etc.).

80. American Society for Reproductive Medicine (ASRM), « Posthumous collection and use of reproductive tissue: A committee opinion », *Fertil. Steril.* 2013, 99(7), p. 1844. La ressource pour les ovocytes nous paraît néanmoins particulièrement limitée. Il semble infiniment plus probable, d'un point de vue strictement technique, d'en obtenir à partir de prélèvements de tissus germinatifs ou de prélèvements d'ovaires, ce que suggérait P. JOUANNET cité dans le Rapport FAGNIEZ, Doc. AN, n° 761, T1, p. 12, qui visait par cette remarque à en obtenir à des fins scientifiques en évitant un marché des ovocytes et de faire subir des atteintes corporelles aux femmes.

81. Trois sources avaient été envisagées, par la HFEA aux débuts des années 1990 : sur des cadavres ou dans les fœtus avortés, car les ovocytes y sont beaucoup plus nombreux qu'après la puberté : « Each fetal ovary contains millions of immature eggs, such a source could allow clinicians to draw on a much larger pool of oocytes ». A. SHUSCHAN et J. SCHENKER y voyaient le moyen de résorber la pénurie d'ovocytes sans porter atteinte aux femmes, et exposent le cadre éthique qui le rendrait admissible dans « The use of oocytes obtained from aborted fetuses in egg donation programs », *Fertil. Steril.* 1994, 62(3), p. 449-451 (citation p. 449). Ces ressources ont été écartées car l'idée semble avoir heurté, v. « Donated ovarian tissue: The public's view », *The Lancet* 1994, 344, p. 204. Reste à décider ce qui répugne le plus, puisqu'on en est à ouvrir contre rémunération le corps de femmes vivantes en bonne santé.

82. Les textes en la matière terminant l'énumération par « autres », v. circulaire n° 97-425 du 17 juin 1997, *BOSP* n° 97/29, Annexe II, p. 97. En revanche, une liste exhaustive est fixée par arrêté sur les morts à cœur arrêté, article R. 1232-4-1 CSP.

83. En ce sens, American Society for Reproductive Medicine, « Posthumous collection and use of reproductive tissue: A committee opinion », art. cité, p. 1842-1845. V. aussi S. KAHAN *et al.*, « Postmortem sperm procurement: A legal perspective », art. cité, p. 1842-1843.

coise, qui exige un consentement explicite écrit du donneur « avant de prélever du matériel reproductif humain sur un donneur après sa mort dans le but de créer un embryon » (à des fins procréatives ou scientifiques)⁸⁴.

La question des *prélèvements post mortem* nous semble soulever des problèmes éthiques d'une autre nature que leur usage une fois prélevés. Mais l'évoquer permet de mettre en exergue que ce qui paraît *évident* est en réalité *décidé*. Même abordée sous ce seul angle de l'élément déjà prélevé et conservé, l'idée d'un consentement explicite à l'usage (postérieur au recueil) *post mortem*, en France, n'a été pensée que pour le conjoint survivant et explicitement rejetée, dès le rapport Braibant⁸⁵. La question continue de se poser dans cette configuration, mais l'expression de la volonté semble devenir un élément pertinent, dans le cadre de l'exercice par le Conseil d'État d'un contrôle de conventionalité concret⁸⁶.

D'autres sources seraient donc potentiellement disponibles, et il nous semble que les résistances à leur usage pourraient être dépassées.

II. DES RÉSISTANCES INDÉPASSABLES ?

Les prélèvements *post mortem* relèvent d'une possibilité étrangère au système que nous connaissons. Les limitations posées concernant l'usage des éléments déjà détachés en revanche nous semblent incohérentes au regard du droit médical général (A) et pourraient être dépassées (B).

A. – Expliquer les incohérences du dispositif

L'organisation actuelle de l'AMP connaît une incohérence majeure. Elle a prétendu répondre à l'infertilité, une maladie. Or, pour toute pathologie nécessitant des ressources tierces, la démarche a toujours été la même : soigner sans porter atteinte aux personnes, et, s'il le fallait, autoriser de leur porter atteinte, mais seulement en l'absence d'alternative. Toute l'AMP est qualifiée de réponse thérapeutique à une pathologie, mais sans jamais autoriser tout ce qui l'est normalement dans un cadre thérapeutique : prélèvements sur défunt, utilisation

84. Règlement sur la procréation assistée (article 8 de la loi sur la procréation assistée), DORS/2007-137, § 3b et § 7a. L'ASRM cite de son côté la législation israélienne.

85. Malgré un consentement explicite, refus par le *Rapport Braibant*, p. 67, p. 123.

86. La juridiction a récemment fait de l'absence d'expression de la volonté du défunt pour un usage *post mortem* un élément fondant le refus d'accéder à une demande d'exportation, cf. CE, 13 juin 2018, n° 421333. Cette décision confirme l'importance de la volonté explicite, qui avait été retenue comme l'un des éléments justifiant au contraire d'accéder à la demande dans la fameuse décision du CE, ass., 31 mai 2016, n° 396848.

Les limites du marché

des déchets, etc. Dans l'AMP, le cadre juridique ne garantit pas la protection de l'intégrité corporelle, mise en péril par les atteintes que subissent des personnes en bonne santé, alors qu'il y a des alternatives. C'est l'atteinte qui est première, car les ovocytes ou embryons ne sont pas *d'abord* utilisés lorsqu'ils sont abandonnés, la ressource existante et déjà produite n'est pas *d'abord* mobilisée. La médecine ici n'applique aucun des principes qui tendent à limiter l'atteinte à la santé d'autrui pour y répondre : *elle peut donc compromettre la santé de personnes qui vont bien, pour d'autres qui ne sont pas malades, alors que la ressource existe, mais qu'elle est détruite*, et donc que le projet parental de ces autres aurait pu être satisfait autrement. C'est une violation complète du principe de proportion en droit médical (généralement rappelé à l'article L. 1110-5 CSP⁸⁷), au respect duquel tout acte médical est normalement subordonné pour être légal, et qui suppose de toujours utiliser les ovocytes déjà prélevés, les embryons déjà constitués, et de ne jamais porter atteinte à une personne en bonne santé. De telles incohérences semblent pouvoir s'expliquer de trois manières, qui concourent ensemble à l'explication.

1. – *L'AMP poursuit un but procréatif et non thérapeutique.* Permettre à un couple de procréer ne relève pas de la prise en charge d'une pathologie⁸⁸. Les deux membres du couple sont généralement en bonne santé, mais ne parviennent pas à procréer. Les médecins répondent à cette impossibilité, mais évacuent alors le but thérapeutique et la santé physique habituellement poursuivis, se mettant au service du désir d'enfant, même si leur activité compromet la santé physique – logique qui conduit aux greffes d'utérus entre vifs⁸⁹. Les médecins cessent en partie d'être médecins, au sens où le minimum d'atteinte et la préservation de la santé physique des acteurs cessent d'être leur objectif. Tout se passe comme si ce nouvel objectif, la procréation, évacuait l'exigence de respect des principes traditionnels, dont le principe de proportion.

2. – *Le modèle du recueil de sperme.* Le don de gamètes étant né avec le recueil de sperme, il a été pensé et saisi à travers cette activité lorsqu'elle s'est étendue aux ovocytes. Les atteintes à l'intégrité occasionnées par les prélèvements d'ovocytes ont été négligées : l'intervention est qualifiée de « bénigne » par le CCNE en 1984⁹⁰, et les ovocytes sont dits être « *recueillis* » (comme le sperme) et non *prélevés*

87. L'article R. 4127-40 CSP le rappelle encore : « Le médecin doit s'interdire, dans les investigations et interventions qu'il pratique comme dans les thérapeutiques qu'il prescrit, de faire courir au patient un risque injustifié ». Or tout prélèvement d'ovocyte pour le don, alors que certains sont détruits, nous paraît injustifié.

88. Nous ne reprenons pas une critique formulée des centaines de fois. Pour les dernières publications, T. DUMORTIER, « Le principe d'égalité et l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes célibataires », *RDP* 2019, 1, p. 136-141 ; CNCDH, avis du 20 novembre 2018 relatif à l'assistance médicale à la procréation, p. 8-9.

89. La première ayant été réalisée en France en avril 2019.

90. CCNE, avis n° 3 du 23 oct. 1984, Rapport, p. 3.

dans le décret de 1988⁹¹. Un cadre existait, il s'agissait aussi de gamètes. La prise en charge des donneuses d'ovocytes a été négligée, les pouvoirs publics n'ont pas donné aux centres les moyens d'assurer l'activité dans de bonnes conditions⁹². Enfin, le fait que ce soit du corps des femmes dont il est question, qui subissent déjà les coûts physiques de la procréation comme de la non-procréation, a rendu invisibles les atteintes à leur intégrité physique. Faute de disposition spécifique à ces recueils, les traitements préalable au don ont pu être facturés aux donneuses elles-mêmes, en l'absence de réglementation minimale, et ce n'est qu'avec le décret de 2000 que la prise en charge a commencé à être organisée⁹³, essentiellement parce qu'il est attendu de ces dispositions qu'elles aient « un impact favorable sur les dons d'ovocytes »⁹⁴. Les femmes prélevées ne sont pas les patientes, mais des supports. Les patients se trouvent de l'autre côté, celui de la demande d'enfants.

3. – *Le cadre intellectuel par lequel la question de l'utilisation en cas de décès a été initialement posée.* Depuis les débuts de l'AMP, la question de la procréation *post mortem* est réduite à celle de la possibilité pour une femme de se faire inséminer par les gamètes de son compagnon, ou d'implanter l'embryon conçu après la mort de son conjoint. Le géniteur est toujours pensé comme le père prématurément décédé de l'enfant, et la pratique reviendrait donc à « créer des enfants sans père » ou « faire naître un orphelin »⁹⁵. Cette préconception explique son rejet par le législateur en 1994 en affirmant que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple [...] L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants [...] et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination »⁹⁶. Cette formulation a précisé pour finalité de rejeter les inséminations *post mortem*⁹⁷. Cependant elle ne régit que les prétentions

91. Décret n° 88-327 du 8 avril 1988, art. 1.

92. Pour un constat de l'oubli des femmes de la part des pouvoirs publics dans ces dispositifs, J.-C. GALLOUX, « L'indemnisation du donneur vivant de matériels biologiques », *RDSS* 1998, p. 8.

93. Décret n° 2000-409 du 11 mai 2000 ; circulaire n° 2000-357 du 30 juin 2000, *BOSP*, n° 2000/28, p. 345-356.

94. Circulaire n° 2000-357 du 30 juin 2000 préc., p. 347. Dans le même sens, ABM, *Rapport oct. 2008* préc., p. 39. Pour des constats de dysfonctionnements encore postérieurs, IGAS, 2011, *op. cit.*, p. 58.

95. Rapport BRAIBANT, Conseil d'État, *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, *op. cit.*, p. 59 et p. 133 ; Rapport LENOIR, t. 1, p. 33 ; les parlementaires, par ex. JOAN, 1^{re} séance du 19 nov. 1992, p. 5725, 3^e séance du 24 nov. 1992, p. 5976. Et plus récemment, J.-P. MARGUÉNAUD, in X. LABBÉE (dir.), *L'homme augmenté*, Presses universitaires du Septentrion, 2015, p. 120-121, ou X. BIOY, *Biodroit*, LGDJ, 2016, p. 140.

96. Art. L. 152-2 de la 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.

97. V. par ex. la présentation de S. Veil et l'amendement 177, *JO Sénat* du 18 janv. 1994, p. 239.

des bénéficiaires : elle fait obstacle à la récupération *par l'un des membres* du couple des gamètes de l'autre membre décédé, mais en aucun cas cela n'empêche d'autres futurs parents *vivants en âge de procréer* de récupérer les gamètes ou embryons de personnes décédées. La cadre de la législation relative à la bioéthique, en raison du prisme par lequel la question a été posée, rend invisible ce qui est pourtant rendu possible par la lettre de cette législation : *personne ne naîtrait orphelin de père, ou de mère, si l'on utilisait des gamètes de personnes décédées en maintenant le cadre actuel, exigeant que le couple bénéficiaire de l'AMP soit constitué d'un homme et d'une femme vivants, en âge de procréer, et infertiles*, précisément parce que, dans l'AMP avec tiers donneur, les géniteurs ne sont pas les parents. La situation serait exactement, pour le couple et l'enfant⁹⁸, la même que pour toute insémination avec donneur depuis 1973. Il serait donc possible d'envisager le sort des gamètes *post mortem* hors de la question de la filiation, mais comme des gamètes.

4. – *La question génétique.* Il serait possible de penser que si l'on ne retrouve pas les principes traditionnels du droit médical qui, en exigeant l'application du principe de proportion, privilégierait les ressources déjà extraites du corps, ce n'est pas seulement en raison du but procréatif, mais également de « l'idéologie génétique ». L'AMP n'a pas d'abord émancipé la filiation de la génétique, elle tente d'abord tout pour les lier, tout étant mis en œuvre pour permettre cette procréation des futurs parents avec leurs propres gamètes⁹⁹. C'est encore dans la mesure où juridiquement les deux sont liés que la Cour européenne a fait participer le consentement à l'utilisation des gamètes au respect de la dignité humaine (dans un contexte, où l'utilisation contre le gré du géniteur lui aurait imposé l'établissement de sa paternité¹⁰⁰). Socialement protégé et promu par différents mécanismes, un tel lien s'entend, mais cela revient à négliger une autre hiérarchie des valeurs, qui accorde plus d'importance au respect du corps humain et ne fait pas de la génétique le fondement de la filiation. Aussi, il faudrait affirmer

98. Pour l'enfant, la situation serait distincte si l'anonymat était levé. Mais, même dans ce cas, il est possible de communiquer l'identité d'une personne déjà décédée, ce qui est expressément prévu dans le cadre du CNAOP (v. art. L. 147-6 CASF), et qui sera le cas à l'avenir.

99. Ainsi les textes ont-ils d'abord exigé que le recours à un tiers donneur ne soit possible qu'en dernier ressort (en 1994, art. L. 152-6 CSP), aujourd'hui il est néanmoins possible de faire un autre choix, l'article L. 2141-7 CSP.

100. La Cour considère que, dans le cadre du consentement initial donné par un couple et alors qu'il s'est séparé, « si la requérante est autorisée à recevoir les embryons, J. sera contraint de devenir père [...] La décision du législateur d'adopter des dispositions ne permettant aucune exception, afin que toute personne donnant des gamètes aux fins d'un traitement par FIV puisse avoir la certitude qu'ils ne pourront pas être utilisés sans son consentement, procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par FIV » (Cour EDH, Gde. ch., 10 avr. 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, Req. n° 6339/05, § 73 et § 89).

l'absence d'évidence de cette hiérarchie, et laisser le choix aux parents des techniques, alors qu'une insémination artificielle avec tiers donneur est moins lourde pour une femme qu'une FIV intraconjugale, et qu'un embryon déjà constitué pourrait être utilisé au lieu d'en produire de nouveaux.

S'extraire de ce cadre intellectuel permettrait de percevoir les gamètes comme des gamètes, et par conséquent de dépasser les incohérences du dispositif.

B. – Dépasser les incohérences du dispositif

Les résistances à l'utilisation des ressources existantes ne sont pas indépassables, mais elles sont rendues infiniment plus grandes par l'accès possible à l'identité des donneurs de gamètes qui va être affirmé par la loi de bioéthique de 2020. La loi prévoit en effet la possibilité, pour les personnes nées d'un don de gamètes ou d'embryon, d'accéder à des données non identifiantes, et même à l'identité des donneurs, à leur majorité¹⁰¹. La principale ressource non utilisée, sous le régime de l'anonymat, relevait des embryons surnuméraires, que le législateur, en raison de l'accès à l'identité des donneurs, a prévu de détruire¹⁰², et qu'il sera dorénavant, pour la même raison, infiniment plus difficile de donner et d'accueillir. Les personnes acceptaient jusqu'alors de donner leurs embryons surnuméraires : fin 2015, « 12 686 embryons cédés à l'accueil étaient conservés dans les centres d'AMP »¹⁰³. Les concevoir comme des embryons, et non comme des porteurs d'une identité génétique, aurait permis, par le recours à ces seules ressources en cas de besoins d'ovocytes, de répondre totalement à la pénurie. Constatant la lourdeur de la procédure de l'accueil d'embryon pour les couples, largement calquée sur l'adoption, la CNCDH invitait le législateur à rapprocher l'accueil d'embryon du dispositif général en matière d'AMP¹⁰⁴. La vitrification des ovocytes nous semble être le meilleur moyen pour, à l'avenir, substituer à ces embryons surnuméraires des gamètes conservés séparément, plus susceptibles, chacun, d'être donnés et accueillis¹⁰⁵. Le principal obstacle nous semble

101. Art. L. 2143-2 nouveau issu du projet de loi relatif à la bioéthique, version au 15 oct. 2019, art. 3, al. 9.

102. Projet de loi *ibid.*, art. 3, al. 53. Alors qu'avec ce stock il aurait été possible de répondre aux demandes d'embryons pendant plusieurs dizaines d'années. Cette destruction prévue concerne également les stocks de gamètes restant, à une date fixée par décret, selon une procédure en trois phases expliquée par la ministre devant la Commission spéciale (*Rapport n° 2243*, 14 sept. 2019, t. 1, p. 57). Avec un stock actuel de 90 000 paillettes de sperme, il aurait été possible de répondre aux besoins des couples hétérosexuels pendant environ 13 ans et 5 ans après l'ouverture de l'AMP aux femmes seules et couples de femmes.

103. ABM, *Rapport sur l'application de la loi de bioéthique*, janv. 2018, p. 29.

104. CNCDH, avis relatif à l'assistance médicale à la procréation, 20 nov. 2018, p. 11.

105. En ce sens également, P. BOYER *et al.*, « Lettre à la rédaction », art. cité, p. 300. La discussion reste ouverte, en raison des arguments médicaux énoncés ci-dessus, I, 1, notes 57 et 58.

Les limites du marché

désormais résider dans l'accès à l'identité des donneurs, dont nous espérons qu'il ne fera pas totalement obstacle aux dons de gamètes, ceux-ci restant des éléments et produits du corps humain.

Il paraît en effet surprenant que le droit privilégie la destruction des éléments déjà détachés et dont les personnes, expressément sollicitées, se désintéressent, pour préférer de nouveaux prélèvements, hors du cadre éthique français, à l'étranger. Le nombre de gamètes recueillis ou prélevés va en outre croître avec la possibilité nouvelle de les autoconserver. Or tous les rapports récents s'accordent pour voir dans l'autoconservation un moyen de résorber la pénurie¹⁰⁶. Comme l'Académie nationale de médecine le constatait en 2017 au sujet des autoconservations préventives d'ovocytes, ils sont très rarement récupérés : une étude espagnole montre à 5 ans une récupération dans moins de 10 % des cas¹⁰⁷. Une étude réalisée aux Pays-Bas va dans le même sens : sur 228 femmes ayant conservé leurs ovocytes et répondu à l'étude qui couvre la période 2009-2015, 44 % ont essayé d'avoir un enfant, dont les 3/4 sans recours à l'autoconservation. Seulement onze d'entre elles, sur les 101 à avoir essayé de procréer, ont tenté avec leurs ovocytes cryopréservés¹⁰⁸. Or, si le législateur a prévu que les hommes ou les femmes puissent donner dans ce cadre, explicitement, il a également renouvelé la norme en vertu de laquelle le silence ou le décès impliquait la destruction des gamètes¹⁰⁹. La norme implicite serait donc celle en vertu de laquelle les gamètes sont « trop importants » pour pouvoir être utilisés sans le consentement explicite des personnes. Néanmoins (nous y venons), premièrement, ce n'est pas toujours le cas en droit français aujourd'hui ; deuxièmement, il paraît surprenant de gâcher cette ressource alors que la prise en charge est intégrale et les gamètes peu utilisés¹¹⁰ ; enfin, même si l'on adhère à l'exigence de consentement explicite,

106. CCNE, avis n° 129, 25 sept. 2018, p. 120 et note 138 ; CNCDH, avis relatif à l'assistance médicale à la procréation, 20 nov. 2018, p. 15 ; CE, *Rapport du 28 juin 2018* préc., p. 83 (« L'autoconservation ovocytaire aurait pour double effet, d'une part, de réduire la demande de dons d'ovocytes et, d'autre part, d'augmenter le nombre d'ovocytes disponibles, dans l'hypothèse où une femme n'utiliserait finalement pas ses ovocytes vitrifiés mais les donnerait ») ; *Étude d'impact* du 23 juillet 2019 préc., p. 113, p. 119, p. 121, et A. Taquet, secrétaire d'État auprès de la ministre de la Santé, *JOAN*, 2^e séance du 27 sept. 2019.

107. Académie de médecine, Rapport sur la conservation des ovocytes, *Bull. Acad. Natle Méd.* 2017, p. 556.

108. Ce qui fait un taux de récupération de 11/228, soit 5 %, E. M. E. BALKENENDE *et al.*, « Reproductive outcomes after oocyte banking for fertility preservation », *Reproductive BioMedicine Online* 2018, 37(4), p. 425-433. L'article cite d'autres études dont les résultats sont comparables, dont une de 2016 sur la récupération de sperme dont le taux est de 8 % (p. 430).

109. Projet de loi relatif à la bioéthique, version au 15 oct. 2019, art. 2, al. 20 et 21.

110. À l'issue de la première lecture à l'Assemblée nationale, la prise en charge de l'autoconservation sera couverte à 100 %, seule la conservation (environ 40 euros par an)

respectueuse de tous les intérêts, il serait possible de modifier le moment de son expression afin de résorber la pénurie.

Les résistances, en effet, peuvent être dépassées, car la dimension explicite et volontaire du consentement est loin d'avoir été la seule norme qui vaille en matière de gamètes. D'une part, ce régime d'absence d'opposition est précisément celui que le pouvoir réglementaire a prévu dans le cadre du décret de 2015, lorsque l'autoconservation était la contrepartie du don¹¹¹. D'autre part, le système juridique autorise déjà l'utilisation d'embryons *post mortem* sans le consentement de la personne puisqu'en matière de don d'embryon « le couple renonçant à son projet parental pour lui-même, ou le membre survivant, fait part de son intention, dans le centre où les embryons sont conservés, de consentir à l'accueil des embryons par un couple tiers »¹¹², point actuellement discuté¹¹³. Jusqu'à présent, la personne décédée n'y consent pas et rien n'est prévu pour lui permettre de s'y opposer : c'est au conjoint survivant d'en décider depuis 1994.

Deux mécanismes permettraient d'utiliser ces ressources, *initialement produites pour les individus eux-mêmes* afin de mettre en œuvre leur propre projet procréatif, donc qui ne posent pas de problème éthique.

La première option relève de l'absence d'opposition, qui réside dans le fait de fortement rapprocher le régime des gamètes de celui des autres éléments et produits du corps humain. À chaque fois que les personnes se feraient prélever des ovocytes ou que du sperme sera recueilli (à l'occasion d'un projet parental, d'une autoconservation pour soi ou d'une préservation de fertilité dans les cas où l'usage pour autrui est envisageable), les personnes seraient expressément informées que tout ce qui ne sera pas utilisé pour elles, une fois sorties des conditions légales et réglementaires prévues à l'article L. 2141-2, al. 3 et 4, pourrait être utilisé pour d'autres finalités, et qu'elles bénéficient d'un droit de révocation permanent jusqu'à leur utilisation. Ce régime est devenu presque impossible, et même difficile à défendre, en raison de la levée possible de l'identité des donneurs et du tournant que cela

restant à la charge des femmes. Dans un contexte où des soins nécessaires sont de plus en plus déremboursés, la moindre des choses, sur le plan social, nous semble de ne pas gâcher les ressources corporelles en diffusant l'idée que chacun ou chacune devrait « évidemment donner » en cas d'absence d'utilisation (et le refus devrait être motivé).

111. Art. R. 1244-7 CSP inséré par le décret n° 2015-1281 du 13 octobre 2015 relatif au don de gamètes : « La conservation des gamètes se poursuit en vue de don : 1° À la demande exprimée par le donneur de ne plus maintenir de gamètes à son bénéfice ; 2° En l'absence de réponse du donneur, consulté à plusieurs reprises, lorsque la durée de conservation a dépassé dix ans ; 3° En cas de décès du donneur ; 4° Si le donneur n'est plus en âge de procréer ». V. dans le même sens arrêté du 30 juin 2017, § VI, qui peut servir également de modèle de formulation pour ce régime.

112. Arrêté du 11 avril 2008 préc., § VI-1, et arrêté du 3 août 2010 préc., § VI-1.

113. La disposition devait être inscrite à l'art. L. 2141-5 CSP, mais des députés ont fait adopter en première lecture un amendement 2053 exigeant la décision en amont par les deux membres du couple en cas de décès.

implique quant aux gamètes, relevant davantage désormais d'une problématique d'identité personnelle que d'un élément et produit « comme les autres » auquel le modèle de l'absence d'opposition tend à les assimiler. Hors adoption de mesures de coordinations nécessaires pour ce système¹¹⁴, le projet de loi a exigé le recueil des données pour les éventuels enfants conçus grâce à ces dons qui en feraient la demande, faisant obstacle à une simple récupération en l'absence d'opposition : des données non identifiantes que l'on ne peut pas récupérer sans l'accord explicite du donneur¹¹⁵ et les motivations de son don « rédigées par ses soins »¹¹⁶. En outre, le sperme, pour des raisons de sécurité sanitaire, doit être validé avant d'être utilisé six mois au moins après le recueil, ce qui est plus difficilement envisageable dans un simple régime d'absence d'opposition (sauf à y procéder, avec l'accord du patient, au tout début du processus) puisque l'information et le consentement à ces tests supposent un consentement explicite.

La seconde option, qui concilie tant l'impératif de lutte contre la pénurie que le respect de la levée de l'identité et le consentement des donneurs, résiderait dans la formulation d'un consentement explicite en amont. Les modèles étrangers existent déjà. Il s'agit, à chaque fois que les personnes se feront prélever des ovocytes ou que du sperme sera recueilli (dans les mêmes conditions), de les informer sur les changements de finalité et de leur demander explicitement si elles souhaitent, en cas d'absence d'utilisation pour elles-mêmes, ou lorsqu'il en reste après utilisation pour soi, donner dans le cadre d'un autre projet parental, donner à la science ou demander la destruction. Cette solution a été retenue en Belgique. Au moment de l'autoconservation, ou pour tout processus d'AMP¹¹⁷, un formulaire type demande aux auteurs du projet si elles souhaitent, en cas de non-utilisation, donner à la science, à la recherche, ou détruire. Des analyses sérologiques sont demandées en amont, permettant l'éventuelle réaffectation¹¹⁸. La case est cochée, le formulaire signé. Il serait possible de le faire pour le sperme recueilli pour tout acte d'AMP. L'accès pour les enfants nés d'un don à des données ne compro-

114. L'article L. 1211-2 CSP (qui interdit le changement de finalité pour les gamètes) devrait être modifié, et il faudrait établir un fichier recueillant les oppositions (sur le modèle de celui qui existe pour les prélèvements *post mortem*).

115. Données identifiantes ou non prévues à l'article L. 2143-3-I.

116. L'article L. 2143-3-I 6° est impossible à réaliser puisque, par définition, la personne ne pourrait pas elle-même rédiger les motivations de son don. Cette précision ne figurait pas dans le préprojet de loi, qui ne mentionnait que « les motivations de son don » (art. 3 du pré-projet, en juin 2019), ce qui aurait permis d'indiquer l'absence d'opposition comme « motivation », le don étant depuis le départ la manière d'indiquer le cadre bioéthique et le type de prélèvement, plus que le caractère spontané ou volontaire du don.

117. Loi du 6 juill. 2017, art. 7, 13, 14 et 15.

118. Si le régime du consentement explicite en amont était retenu en France, il faudrait également procéder à ces analyses en amont (six mois après le recueil, pendant le cours du processus d'AMP) et non une fois l'élément conservé et réaffecté, car sinon le risque d'absence de réponse est grand, comme le refus d'y procéder.

met pas cette possibilité : les personnes rédigeront alors systématiquement les éléments prévus à l'article L. 2143-3-I (relatif au recueil des données identifiantes et non identifiantes) si elles souhaitent donner en cas d'absence d'utilisation. Le Gouvernement a fait précisément de l'exclusion du secteur privé une mesure de facilitation des transferts d'éléments (des centres autorisés pour l'autoconservation vers les CECOS)¹¹⁹ quand le transfert des éléments destinés au don à partir des centres d'AMP intraconjugaux, qui peuvent être à but lucratif, est déjà prévu par les textes¹²⁰. La proposition du consentement explicite en amont a été émise devant la Commission spéciale¹²¹ et reprise par voie d'amendement¹²². Le Gouvernement s'y est opposé, en estimant que les personnes n'avaient pas de « vision claire » au moment de l'autoconservation de ce qu'elles voudraient faire, et qu'elles pourraient également initialement ne pas vouloir donner et le faire par la suite¹²³. Néanmoins la réponse est difficilement compréhensible puisque le principe de révocabilité du consentement s'applique toujours, quel que soit le choix opéré, jusqu'à l'utilisation ou la destruction des gamètes.

Ces seules mesures nous semblent pouvoir permettre de faire disparaître la pénurie de gamètes et de répondre à la demande dans un cadre éthique en France.

119. A. Taquet, 2^e séance du 27 sept. 2019.

120. « Lorsque la personne consent à ce que les gamètes conservés fassent l'objet d'un don, le centre, dans le cas où il n'est pas autorisé pour cette activité, transfère les gamètes à un centre spécifiquement autorisé pour le don d'ovocytes ou de spermatozoïdes. Il transmet également les documents nécessaires à la réalisation du don », arrêté du 30 juin 2017 préc., § II.10.

121. Par nous-même, après l'avoir suggéré lors du colloque ici publié, au ministère de la Santé en juillet 2019, à différents députés lors d'auditions informelles, dans le texte qu'il nous était demandé d'envoyer à la commission spéciale et énoncé devant elle. La proposition, en outre, avait déjà été émise devant les parlementaires, comme en témoigne le rapport de la mission d'information : « Lorsqu'une femme réalise une autoconservation ovocytaire, il lui est demandé ce qu'il adviendra de ses ovocytes dans le cas où ils ne seraient pas utilisés pour elle-même : elle décide alors si elle souhaite qu'ils soient donnés à la banque d'ovocytes, à la recherche biomédicale publique ou qu'ils soient détruits. Comme le rappelle le Réseau Fertilité France dans une contribution adressée à la mission d'information, "ces ovocytes étant déjà prélevés et congelés, le don à une autre femme se révélerait bien plus accessible et éthique que la sollicitation de donneuses dont on connaît le parcours qu'il leur est demandé d'endurer" », AN, *Rapport (Touraine) de la Mission d'information n° 1572* préc., p. 69.

122. La proposition a été reprise par l'amendement n° 2312 soutenu à l'Assemblée par M. Lachaud : « Rédiger ainsi l'alinéa 20 : En l'absence de réponse de la personne durant dix années, ses gamètes peuvent faire l'objet d'un don si celle-ci y a consenti lors du prélèvement de ses gamètes. Elles sont détruites en l'absence de ce consentement ». Le rapporteur J.-L. Touraine a proposé son retrait au profit de l'amendement 2226 dont il prétendait que l'objet était identique mais élargi, ce qui n'était pas le cas.

123. Réponse du Gouvernement à l'amendement 2312, 2^e séance du 27 sept. 2019 (avis défavorable).

Les limites du marché

La conservation dans le cadre d'une AMP, la préservation de fertilité et l'auto-conservation de gamètes nouvellement ouverte conduiront à ce que le nombre de gamètes non utilisés soit beaucoup plus important que les besoins, malgré leur augmentation¹²⁴. Il faut simplement le prévoir explicitement en amont. Les campagnes de communication nous paraîtraient beaucoup plus opportunément tournées vers les personnes dont les gamètes seront prélevés pour eux, pour qu'ils choisissent de les donner plutôt que de les détruire, que vers un large public que l'on soumettrait à des actes médicaux supplémentaires. D'autres ressources sont par ailleurs également envisageables.

Il serait enfin possible de *permettre un don de sperme au cours d'une procédure d'AMP « pour soi »*. La situation ne nous semble pas devoir concerner les dons d'ovocytes, puisque toute affectation à un tiers tant que la femme demeure dans les conditions légales et réglementaires pourrait constituer une perte de chance pour elle. En revanche, elle pourrait concerner les dons de sperme, soit dans le cadre des autoconservations, soit à l'occasion de la démarche pour soi lorsque le projet est différé.

Le premier cas concerne l'autoconservation. Prenant acte du fait que le don risque de constituer une perte de chances pour les femmes, les députés ont maintenu la possibilité prévue par le Gouvernement, tout en ayant opportunément amendé le texte initial afin de préciser que

« Lorsque les gamètes conservés sont des spermatozoïdes¹²⁵, l'intéressé est informé qu'il peut, à tout moment, consentir par écrit à ce qu'une partie de ses gamètes fasse l'objet d'un don en application du chapitre IV du titre IV du livre II de la première partie du présent Code »¹²⁶.

Le second cas est déjà prévu par le décret de 2016, dans le cadre des procédures d'AMP¹²⁷. Si la norme posée est générale, il semble ne pas y avoir de don de

124. À partir des besoins en 2015 (avant la règle « don contre autoconservation » qui a augmenté le nombre de donneurs et donc amplifierait les résultats), si l'on forme l'hypothèse d'une multiplication par 2,5 des besoins en sperme et par 1,3 des besoins d'ovocytes, il faudrait 750 donneurs de sperme et 1 820 dons d'ovocytes. À dons utilisables constants, il faudrait donc 495 donneurs supplémentaires et 1 280 donneuses. Or il y a déjà, avant l'autoconservation et les autres options, beaucoup plus (plus de dix fois plus pour le sperme, presque deux fois plus pour les ovocytes) de personnes qui ont conservé en AMP et préservation de fertilité – sans que l'on sache si elles vont utiliser leurs gamètes conservés ni si les gamètes seraient retenus pour le don. Si elles étaient sensibilisées au don au moment de leur propre prise en charge, dans le seul cas d'absence d'utilisation pour elles, le taux de consentement pourrait être très élevé.

125. Précision issue de l'amendement n° 2329 adopté en première lecture.

126. Nouvelle disposition insérée à l'article L. 2141-12. – I. CSP, texte issu de la première lecture à l'AN, le 15 oct. 2019.

127. V. décret n° 2016-273 du 4 mars 2016 préc., § 1.1.

spermatozoïdes dans ce cadre¹²⁸ quand à l'inverse des ovocytes sont donnés¹²⁹. Cette interprétation de la norme nous semble désormais en contradiction avec les choix opérés en première lecture par l'Assemblée nationale en matière d'autoconservation. C'est du sperme qu'il faudrait envisager de donner dans ce cadre, soit lorsque le recueil concerne une insémination ou une FIV classique, soit lorsqu'une ICSI est prévue et que l'indication est liée à une infertilité d'origine féminine ou dans les rares cas où la cause est masculine mais la qualité du sperme le permettrait tout de même. Dans ces cas d'ICSI, presque tout le recueil pourrait être affecté au don. Dans les cas d'insémination ou de FIV classique, il serait envisageable, afin de ne pas réduire les chances de succès dans le cadre de sa propre démarche d'AMP, d'échantillonner le sperme afin d'utiliser l'essentiel pour l'insémination ou la FIV et de ne conserver que quelques paillettes que l'on destinerait ensuite aux AMP avec don de sperme nécessitant une ICSI. Cela semblerait permettre, entre autres, à tous les doubles dons de gamètes désormais prévus par le législateur d'être ainsi satisfaits puisque, lorsqu'un don d'ovocytes est pratiqué, ceux-ci sont de plus en plus fréquemment vitrifiés, et dans ce cas une ICSI est systématiquement réalisée¹³⁰.

Il nous semble ainsi que, pour les hommes, afin de ne pas non plus leur faire perdre de chances de succès futures, et en l'absence de don en tant que tel, le sperme conservé devrait être échantillonné pour n'affecter que quelques paillettes au don. Cette option pourrait, semble-t-il, permettre de lutter contre la pénurie, en redessinant, selon les sources, les affectations selon le modèle suivant :

Don à l'occasion d'une AMP intraconjugale avec ICSI notamment justifiée par une cause d'infertilité féminine → affectation du sperme aux inséminations avec tiers donneur.

Don à l'occasion d'une AMP intraconjugale (insémination ou FIV classique) → affectation d'une ou quelques paillettes de sperme à des FIV avec ICSI avec tiers donneur¹³¹.

Dons de sperme spontanés → inséminations de sperme avec tiers donneur.

128. La ligne ne figure pas dans le tableau de l'ABM repris dans *Étude d'impact* du 23 juillet 2019 préc., p. 27, et il n'est nulle part fait mention de cette éventualité.

129. 32 ovocytes ont été ainsi donnés en 2016, *ibid.*, p. 27. Cela nous semble constituer une perte de chance pour les femmes, alors qu'elles pourraient basculer le surplus vers l'autoconservation, et l'affecter au don une fois l'âge dépassé.

130. « La vitrification des ovocytes implique d'utiliser ultérieurement la technique d'ICSI [...] en cas de recours à l'assistance médicale à la procréation », *ibid.*, p. 107.

131. Non à des inséminations ou des FIV sans ICSI parce que l'essentiel des paillettes doit être utilisé pour le couple au départ, donc on n'extrait que très peu de sperme. Cela conduit à allouer la part donnée de ces gamètes aux couples qui ont besoin d'une FIV avec don de sperme. Dans ce cadre, une FIV étant déjà prévue, il est procédé systématiquement

CONCLUSION

There is an alternative. En appliquant les principes généraux du droit médical qui visent à protéger l'intégrité des personnes, et les principes du droit de la bioéthique, sans révolution aucune, il serait possible, d'abord, d'éviter des actes non nécessaires sur les personnes. En 2016, 76 % des effets indésirables déclarés en matière d'activités d'AMP étaient liés aux stimulations ovariennes (290 effets indésirables déclarés) et 97 % d'entre eux étaient graves¹³². Dans le cadre d'un don d'ovocytes, qui suppose stimulation et prélèvement, un risque est pris pour la santé d'une personne qui va bien. Il est alors possible de se demander si le médecin remplit son office lorsqu'il rend malades des personnes en bonne santé pour des raisons non médicales (un but procréatif)¹³³ alors qu'il serait possible de l'éviter. Il serait ensuite possible de maintenir nos principes éthiques sans ouvrir aucun marché et sans départs à l'étranger puisque, contrairement à la logique selon laquelle ouvrir la demande conduirait à la pénurie donc au marché, il semble possible d'y répondre, largement et même complètement, avec les éléments déjà prélevés. La situation de rareté nous semble en effet produite par le cadre intellectuel par lequel le régime de l'utilisation des gamètes est appréhendé. Or ce n'est que confronté à cette pénurie créée par le droit que des incitations monétaires, l'ouverture au secteur privé, en bref le marché, sont présentés comme la réponse adaptée. Réinterroger le cadre, donc la manière dont la pénurie est créée, nous semble permettre de l'éviter.

quement à des ICSI-FIV afin de préserver les ressources. Cela conduit certes à faire des FIV avec ICSI alors qu'on pourrait faire des FIV sans ICSI, donc des actes biologiques (non invasifs pour les personnes) supplémentaires, mais le but ici est de répondre à la pénurie sans aucune atteinte corporelle non nécessaire pour les personnes.

132. ABM, *Le rapport médical et scientifique de l'assistance médicale à la procréation et de la génétique humaines en France*, Données AMP vigilance 2016, Figure AMPV3.

133. Dans un sens proche, F. TABOULET, « Interrogations éthiques relatives au don d'ovocytes dans le contexte français », *Médecine & Droit* 2014, 2014(129), p. 147.