



HAL
open science

L'autoconservation de gamètes : nouvelle donne ou nouveaux dons ?

Marie Mesnil

► **To cite this version:**

Marie Mesnil. L'autoconservation de gamètes : nouvelle donne ou nouveaux dons? . Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2022, 32, pp.37-43. 10.1016/j.banm.2022.01.005. . hal-04041562

HAL Id: hal-04041562

<https://hal.science/hal-04041562v1>

Submitted on 22 Mar 2023

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.

Loi de bioéthique du 2 août 2021 Quel impact sur nos vies ? Regards croisés juridique, médical, éthique

Marie Mesnil

Maîtresse de conférences en droit privé, Faculté de droit et de science politique, Université de Rennes 1, Chercheuse à l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (IODE, UMR 6262).

L'autoconservation de gamètes : nouvelle donne ou nouveaux dons ?*

Résumé

La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique ouvre l'assistance médicale à la procréation (AMP) avec tiers donneur aux couples de femmes et aux femmes seules non mariées ainsi que l'autoconservation de gamètes en dehors de tout motif médical. Ce dernier dispositif coexiste avec l'autoconservation de gamètes justifiée par une prise en charge médicale susceptible d'altérer la fertilité de la personne ou par une altération prématurée de la fertilité de celle-ci. S'il existe désormais une distinction au stade du recueil et du prélèvement des gamètes entre les autoconservations justifiées par motif médical et les autres, sans motif médical, les dispositions applicables par la suite sont identiques : il s'agit de permettre aux personnes de conserver leurs gamètes en vue de la réalisation ultérieure à leur bénéfice d'une AMP ou de mettre fin à la conservation en leur permettant de donner leurs gamètes pour l'AMP, pour la recherche ou de les détruire. L'autoconservation de gamètes, notamment en dehors de tout motif médical, semble avoir été davantage pensée comme une source potentielle de dons que comme un moyen d'accroître les options procréatives des personnes. Des incertitudes demeurent en effet quant aux possibilités d'utiliser ses gamètes au sein de son couple lorsqu'il s'agit d'un couple lesbien ou d'un couple dont l'un des membres a changé la mention de son sexe à l'état civil. Aussi, il est difficile d'y voir une nouvelle donne en matière procréative.

Abstract

The law of August 2, 2021 on bioethics opens up medically assisted procreation to female couples and unmarried single women as well as the self-preservation of gametes without medical reason. Self-preservation of gametes justified by medical treatment liable to alter the fertility of the person is also possible. Hence, there is a distinction between two procedures at the stage of collecting the gametes between self-preservation justified by medical reason and others, without medical reason. Nonetheless the rules applicable thereafter are identical: people are allowed to keep their gametes for later ; they also can donate their gametes to others, for research or end storage. The self-preservation of gametes, especially outside of any medical reason, seems to have been thought more as a potential supply for donation than as a means of increasing the reproductive options of people. Uncertainties remain indeed regarding the use of gametes within the couple when it is a lesbian couple or a couple where one of the members has changed their sex designation to the civil status. That's why it cannot be easily described as a new reproductive deal.

La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique comprend plusieurs avancées en matière de droits procréatifs des femmes. L'article 1^{er} de la loi ouvre l'assistance médicale à la procréation (AMP) aux couples de femmes et aux femmes seules non

* Mesnil M.-L'autoconservation de gamètes : nouvelle donne ou nouveaux dons ? Bull Acad Natl Med 2022 ;206:399-404. Doi : 10.1016/j.banm.2022.01.005.

mariées tandis que l'article 3 rend possible l'autoconservation de gamètes en l'absence de motif médical. Si le droit est ouvert, de manière neutre, à toute personne qui répond à des conditions d'âge fixées par décret, il s'agit de permettre plus spécifiquement de conserver ses ovocytes, en dehors de toute indication médicale, afin de se prémunir contre la baisse de la fertilité due à l'âge.

L'ouverture de l'autoconservation de gamètes à des fins préventives intervient en parallèle de l'extension de l'AMP avec tiers donneur aux couples de femmes et aux femmes seules non mariées². Ces deux sujets sont effectivement fortement imbriqués puisque les gamètes autoconservés ont vocation à être utilisés dans le cadre d'une AMP par la suite, au bénéfice de la personne qui les a conservés ou par une autre personne bénéficiaire de ce don. Pourtant, le régime juridique de l'AMP avec tiers donneurs et celui de l'autoconservation sont conçus selon des logiques différentes. En effet, la loi du 2 août 2021 remet en cause le paradigme thérapeutique sur lequel reposait jusqu'à présent l'AMP avec tiers donneur³. Il est ainsi mis fin à la distinction qui existait auparavant entre, d'un côté, les projets parentaux réalisés par les couples hétérosexuels, supposés infertiles et de l'autre, les projets parentaux des couples de femmes et des femmes seules qui n'étaient jusqu'alors pas mis en oeuvre dans la mesure où ils répondaient à une demande sociale⁴. Cette différence entre le thérapeutique d'un côté et le social de l'autre n'existe plus en matière d'AMP, « destinée à répondre à un projet parental » (Article L. 2141-2 du Code de la santé publique).

La distinction entre les recours médicalement justifiés et les demandes sociales perdure toutefois en matière d'autoconservation de gamètes. En effet, avant la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, il était possible d'autoconserver ses gamètes pour raisons médicales lorsqu'une « prise en charge médicale [était] susceptible d'altérer la fertilité [de la personne] ou [lorsque s]a fertilité risqu[ait] d'être prématurément altérée » (Article L. 2141-11 du Code de la santé publique). En plus de ce dispositif, la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique avait permis l'autoconservation de gamètes en contrepartie d'un don. L'article L. 1244-2 du Code de la santé publique consacré au don de gamètes prévoyait ainsi que « lorsqu'il est majeur, le donneur peut ne pas avoir procréé. Il 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, dans les conditions prévues au titre IV du livre Ier de la deuxième partie. ». Ce dispositif a pu être présenté comme une mesure de prévention pour les donneuses, susceptibles de développer une stérilité secondaire à la suite du don. Il a également fait l'objet de vives critiques dans la mesure où l'autoconservation n'intervient qu'en contrepartie du don et qu'il existait une priorité au don sur l'autoconservation. Ainsi, les cinq premiers ovocytes étaient destinés au don et dans l'hypothèse où il y avait plus de dix ovocytes, au moins la moitié était dirigée vers le don. En moyenne, une ponction ovocytaire réalisée à la suite d'une stimulation hormonale permet d'obtenir entre huit et treize ovocytes et pour avoir de sérieuses chances d'obtenir une grossesse, il est nécessaire de disposer d'une vingtaine d'ovocytes⁵. Aussi, le Conseil d'État soutient dans son rapport de 2018 qu'« un consensus se dégage pour considérer que le dispositif actuel d'autoconservation contre don est contraire au principe de gratuité du don. En effet, il consiste à inciter à donner ses ovocytes en créant une forme de contrepartie au don. L'Académie de médecine qualifie « ce dispositif de "médicalement et éthiquement inacceptable", et même de "chantage" et de "leurre", d'une part parce qu'il donne des chances extrêmement minces à la donneuse de pouvoir obtenir une grossesse avec ses ovocytes conservés sans l'exposer à plus de deux cycles de stimulation, d'autre part parce qu'il conduit à rémunérer le don »⁶. Ce dispositif a été supprimé par la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique qui ouvre l'autoconservation de gamètes sans motif médical.

À rebours du droit de l'AMP qui prend en charge de la même manière les couples formés d'un homme et d'une femme, de deux femmes et les femmes seules non mariées, les règles applicables à l'autoconservation de gamètes sont différentes s'il existe une indication médicale ou s'il s'agit d'une demande sociale. Cette dualité de régime ne s'exprime toutefois qu'au moment du recueil et du prélèvement des gamètes car par la suite, ce sont les mêmes dispositions juridiques qui encadrent la conservation et l'usage des gamètes autoconservés.

2 - Marie Mesnil, « Les femmes non mariées et l'AMP avec tiers donneur, révélateur des reconfigurations opérées par la loi de bioéthique », *AJ Famille*, 2021, p. 538.

3 - Laurence Brunet, « Les dispositions de la nouvelle loi de bioéthique sur l'AMP et la filiation des enfants qui en sont issus », *AJ Famille*, 2021, p. 522.

4 - CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, Avis n°126, 15 juin 2017.

5 - CCNE, *Avis sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (AMP)*, Avis n°126, 15 juin 2017, p. 13.

6 - Conseil d'État, *Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?*, Rapport de la section du rapport et des études, 28 juin 2018, p. 88.

1. La dualité de régime quant à l'autoconservation de gamètes

Depuis la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, l'autoconservation de gamètes peut intervenir soit pour raisons médicales, soit à des fins préventives.

1.1. Le régime de l'autoconservation de gamètes pour raisons médicales

La loi du 2 août 2021 conserve le régime existant qui permet l'autoconservation de gamètes pour raison médicale mais en précise davantage les dispositions, d'une part concernant trois catégories de personnes, à savoir les personnes mineures, les personnes majeures protégées et les personnes trans' ayant modifié la mention de leur sexe à l'état civil et d'autre part, concernant les âges de mise en œuvre.

1.1.1. Le consentement des mineures et des majeures protégés précisé

Les dispositions en matière de consentement sont précisées pour les personnes mineures et majeures protégées qui bénéficieraient d'une autoconservation de leurs gamètes pour motif médical.

Lorsque la personne est mineure, le consentement de l'intéressée doit être systématiquement recherché si elle est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision. Le consentement de la personne mineure n'est toutefois pas suffisant puisqu'il est également nécessaire que l'un des parents investis de l'exercice de l'autorité parentale ou le tuteur du mineur consente au recueil, au prélèvement et à la conservation des gamètes, après information sur les conditions, les risques et les limites de la démarche et de ses suites. Une fois que la personne dont les gamètes ont été conservés a atteint l'âge de la majorité, elle doit être informée personnellement sur les conditions de la conservation et les suites de la démarche. Autrement dit, il s'agit d'un système de représentation de la personne mineure avec une association du mineur à la décision et une information, personnelle, renouvelée à la majorité.

Pour les personnes majeures protégées avec représentation de leur personne, la loi procède à un renvoi à l'article 458 du Code civil, définissant ainsi l'autoconservation de gamètes comme un acte dont la nature implique un consentement strictement personnel. Comme pour la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant, l'autoconservation de gamètes est un acte pour lequel la personne majeure protégée ne peut ni être assistée, ni être représentée.

Ces précisions sont utiles en ce qu'elles permettent d'assurer une meilleure autonomie aux personnes majeures protégées et aux personnes mineures en matière procréative.

1.1.2. L'applicabilité affirmée du texte aux personnes ayant modifié la mention de leur sexe à l'état civil

À l'occasion de la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, il a également été ajouté à l'article L. 2141-11 I du Code de la santé publique un alinéa 5 disposant que « *la modification de la mention du sexe à l'état civil ne fait pas obstacle à l'application du présent article* ». Cet ajout fait écho aux dispositions en matière de non-discrimination ; il s'agit de ne pas priver les personnes trans' du bénéfice de l'autoconservation de gamètes. Toutefois, la difficulté qui se posait n'était pas tant liée au changement de la mention du sexe à l'état civil qu'au fait que le parcours de transition soit considéré comme une « prise en charge médicale susceptible d'altérer la fertilité [de la personne] ». La prise de traitements hormonaux présente-t-elle un risque d'altération de la fertilité de la personne ? Telle était la question qui a été posée au Défenseur des Droits lorsqu'il a été interpellé en 2013 par des associations de personnes trans' à propos de la conservation de spermatozoïdes par des femmes trans. Dans son avis rendu le 22 octobre 2015, le Défenseur des droits estime que « l'article L.2141-11 du Code de la santé publique doit pouvoir être interprété comme permettant aux personnes qui s'engagent dans un parcours de transition de l'homme vers la femme, de se prévaloir de ses dispositions »⁷. Aussi, au regard de ces enjeux, force est de constater que le nouvel alinéa 5 est mal rédigé : ce n'est pas le changement de la mention du sexe qui justifie l'application de cet article mais le parcours médicalisé de transition. Aussi, l'autoconservation de gamètes devrait être possible, pour toutes les personnes trans même avant le changement de la mention de leur sexe à l'état civil, du fait du traitement hormonal qu'elles envisagent de prendre. En effet, le recueil des spermatozoïdes ou le prélèvement des ovocytes nécessite

7 - Défenseur des droits, *Avis du Défenseur des droits MSP-2015-009*, 22 octobre 2015.

de suspendre la prise d'hormones et c'est pourquoi il est plus facile de procéder à une autoconservation de gamètes en début de parcours de transition.

1.1.3. La définition de limites d'âge pour l'autoconservation de gamètes pour motif médical

La loi du 2 août 2021 conduit à définir des limites d'âge pour autoconserver ses gamètes pour motif médical alors qu'il n'était jusqu'à présent prévu aucun âge spécifique en dehors de la condition tenant à être en âge de procréer pour bénéficier d'une AMP. Ainsi, « le prélèvement d'ovocytes peut être réalisé chez la femme jusqu'à son quarante-troisième anniversaire » et « le recueil de spermatozoïdes peut être réalisé chez l'homme jusqu'à son soixantième anniversaire. Ces dispositions sont applicables au prélèvement ou au recueil de gamètes ou de tissus germinaux effectué en application de l'article L. 2141-11, lorsque celui-ci est effectué en vue d'une assistance médicale à la procréation ultérieure » (Article R. 2141-36 du Code de la santé publique). Ces limites d'âges trouvent également à s'appliquer lorsqu'il est proposé une autoconservation ovocytaire à l'occasion du recueil d'ovocytes par ponction intervenant dans le cadre d'une procédure d'AMP (Article L. 2141-2 CSP).

La lecture combinée de l'alinéa 5 de l'article L. 2141-11 I du Code de la santé publique selon lequel « la modification de la mention du sexe à l'état civil ne fait pas obstacle à l'application du présent article » et de l'article R. 2141-36 du Code de la santé publique disposant que « le prélèvement d'ovocytes peut être réalisé chez la femme jusqu'à son quarante-troisième anniversaire » et « le recueil de spermatozoïdes peut être réalisé chez l'homme jusqu'à son soixantième anniversaire » laisse perplexe. En effet, à la suite d'une modification de la mention du sexe à l'état civil, le prélèvement d'ovocyte sera effectué sur un homme et le recueil de spermatozoïdes concernera une femme. L'association du type de gamète au sexe de la personne pour définir les âges de l'autoconservation apparaît alors particulièrement problématique en ce qu'elle pourrait conduire à exclure les personnes trans' du bénéfice de l'autoconservation de gamètes. Dans le cas contraire, il conviendrait de définir si c'est le sexe de la personne (homme ou femme) ou le type de gamètes (ovocyte ou spermatozoïde) qui prime pour définir l'âge auquel il est possible d'autoconserver ses gamètes. À notre sens, la seconde option permettrait de mieux tenir compte de la baisse de la fertilité liée à l'âge, qui affecte particulièrement la réserve ovocytaire, indépendamment du sexe de la personne.

La lecture combinée de l'alinéa 5 de l'article L. 2141-11 I du Code de la santé publique selon lequel « la modification de la mention du sexe à l'état civil ne fait pas obstacle à l'application du présent article » et de l'article R. 2141-36 du Code de la santé publique disposant que « le prélèvement d'ovocytes peut être réalisé chez la femme jusqu'à son quarante-troisième anniversaire » et « le recueil de spermatozoïdes peut être réalisé chez l'homme jusqu'à son soixantième anniversaire » laisse perplexe. En effet, à la suite d'une modification de la mention du sexe à l'état civil, le prélèvement d'ovocyte sera effectué sur un homme et le recueil de spermatozoïdes concernera une femme. L'association du type de gamète au sexe de la personne pour définir les âges de l'autoconservation apparaît alors particulièrement problématique en ce qu'elle pourrait conduire à exclure les personnes trans' du bénéfice de l'autoconservation de gamètes. Dans le cas contraire, il conviendrait de définir si c'est le sexe de la personne (homme ou femme) ou le type de gamètes (ovocyte ou spermatozoïde) qui prime pour définir l'âge auquel il est possible d'autoconserver ses gamètes. À notre sens, la seconde option permettrait de mieux tenir compte de la baisse de la fertilité liée à l'âge, qui affecte particulièrement la réserve ovocytaire, indépendamment du sexe de la personne.

La loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique conserve et complète le régime permettant l'autoconservation de gamètes pour motif médical et autorise, en parallèle, l'autoconservation de gamètes sans motif médical.

1.2. Le régime de l'autoconservation de gamètes sans motif médical

Le régime mis en place est défini à l'article L. 2141-12 du Code de la santé publique aux termes duquel « une personne majeure qui répond à des conditions d'âge fixées par un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Agence de la biomédecine, peut bénéficier, après une prise en charge médicale par l'équipe clinicobiologique pluridisciplinaire, du recueil, du prélèvement et de la conservation de ses gamètes en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation dans les conditions prévues au présent chapitre ». Si les dispositions législatives sont formulées de manière neutre, sans égard au sexe de la personne, le décret n° 2021-1243 du 28 septembre 2021 définit des bornes d'âges distinctes pour les femmes et les hommes : ainsi, le prélèvement d'ovocyte se fait chez les femmes âgées de 29 à 37 ans et le recueil de spermatozoïdes est permis chez les hommes âgés de 29 à 45 ans.

L'autoconservation de gamètes est particulièrement intéressante lorsqu'il s'agit d'autoconserver des ovocytes puisque leur quantité et leur qualité sont bien plus fortement affectés par l'écoulement du temps que pour les spermatozoïdes. Aussi, les discussions ont principalement concerné les femmes comme en témoigne l'avis du Conseil d'orientation de l'Agence de la biomédecine⁸. La borne inférieure de 29 ans a été définie afin d'éviter le recours à l'autoconservation de gamètes alors que cela ne présente pas d'intérêt pour la personne qui, encore jeune, peut espérer procréer avec ses ovocytes ; il s'agit par ailleurs de l'âge moyen des femmes lors de leur première grossesse. Quant à la borne supérieure, elle est fixée au regard de la chute importante de la fertilité qui survient après 35 ans.

La mise en oeuvre de l'autoconservation de gamètes est subordonnée au consentement écrit de l'intéressé après information sur les conditions, les risques et les limites de la démarche. L'ensemble des actes médicaux sont pris en charge par l'assurance maladie sauf les frais de conservation des gamètes, qui restent à la charge des personnes. Il a entre autre été précisé que ces frais ne peuvent pas être « pris en charge ou compensés, de manière directe ou indirecte, par l'employeur ou par toute personne physique ou toute personne morale de droit public ou privé vis-à-vis de laquelle la personne concernée est dans une situation de dépendance économique » afin d'éviter les pressions économiques sur les employés. Il s'agit en effet de protéger les femmes contre des pressions extérieures qui les conduiraient à reporter leur grossesse.

Concernant les établissements qui peuvent assurer ces nouvelles activités, il s'agit en principe des établissements publics de santé ou des établissements de santé privés à but non lucratif habilités à assurer le service public hospitalier qui ont obtenu une autorisation. Toutefois, « par dérogation, si aucun organisme ou établissement de santé public ou privé à but non lucratif n'assure ces activités dans un département », il est également possible pour le directeur général de l'agence régionale de santé d'autoriser des établissements de santé privé à but lucratif à les pratiquer⁹. Au lieu de prévoir un meilleur maillage territorial avec des établissements publics de santé ou privés à but non lucratif, l'égalité d'accès aux services de santé justifie au contraire l'ouverture aux établissements de santé privé à but lucratif des activités d'autoconservation de gamètes.

Les personnes peuvent désormais conserver leurs gamètes pour motif médical ou, sans motif médical si elles sont âgées de 29 à 37 ans pour les femmes et de 29 à 45 ans pour les hommes. Cette dualité de régime qui existe au stade du recueil ou du prélèvement des gamètes ne perdure pas au moment où il s'agit de considérer le devenir des gamètes autoconservés.

2. L'unité de régime quant à l'usage des gamètes autoconservés

Les personnes dont les gamètes ont été autoconservés sont consultées chaque année afin de savoir si elles souhaitent poursuivre la conservation afin de réaliser ultérieurement un projet parental. Si elles ne souhaitent pas poursuivre la conservation de leurs gamètes, plusieurs options sont envisageables parmi lesquelles le don. L'autoconservation de gamètes semble d'ailleurs avoir été davantage conçue comme une source potentielle de dons que comme un moyen d'accroître les options procréatives des personnes.

2.1. Un usage des gamètes autoconservés incertain

Toutes les autoconservations de gamètes sont réalisées « en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéfice, d'une assistance médicale à la procréation dans les conditions prévues au présent chapitre » (Art. L. 2141-11 et -12 du Code de la santé publique). Il convient alors de remplir les conditions de mise en oeuvre de l'AMP même si des incertitudes demeurent à propos de certaines configurations de couples.

2.1.1. Un usage conditionné aux respects du cadre relatif à l'AMP

Si l'autoconservation de gamètes n'est soumise à aucune condition, autre que le motif médical et/ou les conditions d'âge, l'usage des gamètes ne peut ensuite se faire que dans le respect des règles relatives à l'AMP. Aussi, il faudra que l'usage des gamètes ne nécessite pas de recourir à une gestation pour autrui (GPA), qui est une pratique interdite en

8 - Conseil d'Orientation de l'Agence de la biomédecine, *Délibération n°2021-CO-26 relative à l'âge de recours à l'assistance médicale à la procréation*, 14 juin 2021.

9 - Marie-Xavière Catto, « Les règles de non-profit et de bénévolat en matière de gamètes à l'épreuve de la loi de bioéthique », *RDSS*, 2021, p. 799.

France ; tel serait le cas pour des femmes trans', seules ou en couple avec un homme cis ou pour des hommes cis, seuls ou en couple avec un homme cis dans la mesure où aucune des personnes n'est en capacité de porter un enfant. Par ailleurs, il faudra remplir la condition tenant à être un couple formé d'un homme et d'une femme, de deux femmes ou être une femme seule non mariée. Seront par conséquent exclus les femmes seules mariées, les hommes trans seul ou en couple avec un autre homme qu'il soit trans ou cis. La personne devra ensuite respecter les conditions d'âge définies par décret, à savoir être âgée de moins de « 45 ans pour la femme, non mariée ou au sein du couple, qui a vocation à porter l'enfant » ou être âgée de moins de « 60 ans chez le membre du couple qui n'a pas vocation à porter l'enfant » (Article R. 2141-38 du Code de la santé publique). Aussi, l'autoconservation de gamètes ne permet de différer que de quelques années une grossesse. Enfin, les demandeurs doivent réaliser les entretiens particuliers avec les membres de l'équipe médicale clinicobiologique pluridisciplinaire qui subordonnent la mise en oeuvre de l'AMP (Art. L. 2141-10 du Code de la santé publique).

2. 1. 2. Un usage incertain au sein des couples lesbiens et/ou formés par une personne trans'

L'autoconservation de gamètes est réalisée « en vue de la réalisation ultérieure, à son bénéficiaire, d'une assistance médicale à la procréation dans les conditions prévues au présent chapitre » (Art. L. 2141-11 et -12 du Code de la santé publique). Il s'agit alors de s'interroger sur le sens de l'expression « à son bénéficiaire » lorsque la restitution des gamètes ne se fait pas directement au profit de la personne mais au sein de son couple. Tel est aujourd'hui le cas lorsqu'un homme cis a autoconservé ses spermatozoïdes préalablement à une prise en charge médicale ; ses spermatozoïdes serviront ensuite à inséminer sa compagne ou concevoir un embryon par fécondation in vitro qui sera transféré dans l'utérus de cette dernière.

De nouveaux usages sont aujourd'hui possibles non seulement du fait de l'extension de l'accès à l'AMP aux couples de femmes mais aussi de l'élargissement des possibilités d'autoconservation de gamètes, notamment par les personnes trans. Qu'en est-il de l'utilisation d'ovocytes autoconservés pour concevoir un embryon qui sera transféré non pas directement à la femme dont ils sont issus mais à sa compagne ? Cette méthode désignée sous le terme de réception des ovocytes de la partenaire (ROPA) a été discutée lors des débats parlementaires ; elle n'est finalement ni interdite, ni autorisée et si elle n'a pas été prévue, c'est notamment à cause du caractère invasif de la ponction ovocytaire. Il est toutefois possible de s'interroger sur la pertinence de cet argument lorsque la femme qui souhaite porter l'enfant souffre d'une insuffisance ovarienne et qu'il est nécessaire de recourir à un don d'ovocytes. Dans cette hypothèse, l'usage des ovocytes de la partenaire, partie-prenante au projet parental, ne peut-il pas être considéré ? En l'absence d'un tel motif médical, l'utilisation des ovocytes de la partenaire peut également être discutée lorsque ces derniers ont déjà été prélevés et sont autoconservés.

Des questions assez similaires se posent pour les personnes trans' qui ont autoconservés des gamètes et modifié la mention de leur sexe à l'état civil. Des hommes disposent ainsi d'ovocytes cryoconservés et des femmes de spermatozoïdes préservés. Un embryon peut-il être conçu à partir des spermatozoïdes d'une femme trans' et transféré ensuite chez sa compagne ? La femme trans n'est-elle pas dans la même situation qu'un homme en couple hétérosexuel qui aurait préservé ses spermatozoïdes ? Le parallèle peut également être fait entre la situation d'un homme trans et d'une femme dont les ovocytes sont reçus par sa partenaire au sein d'un couple lesbien. Aucune disposition juridique n'interdit de telles pratiques qui sont au contraire conformes à l'économie générale qui préside en matière d'AMP : le recours au don de gamètes est en effet subsidiaire à l'utilisation des gamètes disponibles au sein du couple. Les seules difficultés qui se posent sont en fait des incertitudes concernant l'établissement de la filiation pour les personnes trans' dans la mesure où leur implication biologique dans la reproduction ne correspond pas à leur sexe¹⁰. Comme l'a souligné le Défenseur des droits en 2015, ces considérations relatives à la filiation ne constituent pas des critères d'accès à l'autoconservation de gamètes, ni -rajoutons-le- à l'AMP.

La loi du 2 août 2021 a certes ouvert l'autoconservation de gamètes sans motif médical et étendu le champ des bénéficiaires de l'AMP mais elle est loin d'avoir tiré toutes les conséquences de ces nouvelles possibilités procréatives¹¹.

10 - Marie Mesnil, « Quel genre pour la parenté trans ? Les trois lectures de l'identité sexuée », pp. 201-224 in Marie-Xavière Catto, Julie Malzaleigue-Labaste et Laurence Brunet, *La bicatégorisation de sexe. Entre droit, normes sociales et sciences biomédicales*, Editions Mare et Martin, coll. de l'ISJPS, vol. 63, 2021.

11 - Marie Mesnil, « Les angles morts de la loi de bioéthique en matière d'AMP », *RDSS*, 2021, p. 790.

Cela s'explique par le fait que l'ouverture de l'accès à l'AMP s'est fait, à droit constant, sur le modèle de ce qui existait jusqu'à présent pour les couples hétérosexuels mais également par le fait que l'autoconservation de gamètes a d'abord été pensée comme une piste pour élargir les dons d'ovocytes.

2.2. Des passerelles vers le don précisées

L'autoconservation de gamètes a pu être traitée comme une alternative aux dons d'ovocytes¹². Il s'agit en effet d'une des trois options envisageables si la personne ne souhaite pas poursuivre la conservation de ses gamètes ou dans l'hypothèse de son décès ; les deux autres options étant le don des gamètes à la recherche ou la fin de leur conservation. Quelle que soit l'option retenue, le consentement doit être écrit et renouvelé à l'issue d'un délai de réflexion de trois mois et il est révocable tant que les gamètes n'ont pas été utilisés ou détruits.

Les gamètes autoconservés peuvent ainsi faire l'objet d'un don. Il est toutefois nécessaire que la personne, majeure, y consente ou ait pensé à y consentir en amont dans la perspective de son décès prématuré et que les gamètes répondent aux conditions requises pour pouvoir être qualifiés en vue d'un don. À cette fin, la personne doit notamment consentir à ce que son identité ainsi que certaines données non identifiantes puissent être communiquées aux personnes conçues à partir de ses gamètes lorsqu'elles auront atteint la majorité¹³. En l'absence de consentement explicite, notamment dans l'hypothèse où la personne ne répond pas aux sollicitations durant dix années civiles consécutives ou d'un décès sans consentement préalable, il est mis fin à la conservation des gamètes.

Les règles sont identiques que l'autoconservation réponde à un motif médical ou ait été mise en oeuvre sans motif médical. Dans cette dernière hypothèse, une disposition supplémentaire vise à favoriser les dons de spermatozoïdes. Ainsi, « lorsque les gamètes conservés sont des spermatozoïdes, 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 » (Art. L. 2141-12 du Code de la santé publique).

Ces passerelles entre l'autoconservation et le don sont bienvenues dans la mesure où il existe une forte crainte quant à une pénurie de gamètes, liée à l'augmentation du nombre de candidates à l'AMP et à la baisse des donneurs qui ne souhaiteraient pas la levée de l'anonymat. Elles se justifient d'autant plus que tous les actes médicaux, en dehors des frais de conservation, sont pris en charge par l'assurance maladie. En pratique, il conviendra toutefois d'assurer au mieux cette requalification des gamètes, en informant dès le recueil ou le prélèvement de leurs gamètes les personnes sur les enjeux liés au don, en réalisant des examens complémentaires à cette fin et en sollicitant leur directive dans l'hypothèse d'un décès prématuré.

En définitive, l'autoconservation de gamètes ne change que très peu la donne en matière de droits procréatifs : s'il s'agit d'une avancée en termes d'autonomie procréative, celle-ci reste très incertaine autant du fait des aléas biologiques quant aux chances de réaliser son projet parental que du fait des silences du législateur. Il n'est guère plus évident qu'il s'agira d'une nouvelle source de dons tant les procédures et les implications personnelles sont différentes entre l'autoconservation et le don de gamètes.

Marie Mesnil

12 - Xavier Breton et Jean-Louis Touraine, *Rapport de la mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, Assemblée nationale, n°1572, 15 janvier 2019, p. 66.

13 - Françoise Monéger, *L'accès aux origines des enfants issus d'un don*, RDSS, 2021, p.836.