



**HAL**  
open science

# Droit à la connaissance des origines des enfants nés d'un don

Anne Debet

► **To cite this version:**

Anne Debet. Droit à la connaissance des origines des enfants nés d'un don. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2020, 25. hal-04097829

**HAL Id: hal-04097829**

**<https://hal.science/hal-04097829>**

Submitted on 25 May 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.

## Droit à la connaissance des origines des enfants nés d'un don

Anne Debet<sup>1</sup>

Professeur à l'Université de Paris, membre de l'Institut Droit et Santé, Inserm UMR\_S 1145, Faculté de droit, d'économie et de gestion, Université de Paris

Le droit à la connaissance de ses origines est un droit constamment évoqué et discuté depuis les développements des procréations médicalement assistées<sup>2</sup> avec le recours à un ou des tiers donneurs<sup>3</sup> (dons de sperme, dons d'ovocytes et don d'embryons). Bien avant le développement de ces techniques, c'est dans le cadre de l'accouchement sous X que cette demande est née. Alors que le principe du secret des origines était enraciné dans les pratiques et dans le droit français<sup>4</sup>, le législateur est intervenu dans la loi du 22 janvier 2002<sup>5</sup> pour trouver un équilibre entre les différents intérêts en jeu sur cette question : celui de la mère qui accouche et celui de l'enfant à la recherche de son histoire.

1 - L'auteur remercie très vivement le Professeur Pierre Jouannet de l'entretien qu'il a bien voulu lui accorder sur le sujet.

2 - P. Murat, « Procréation assistée et « droits de l'enfant » », *RD sanit. soc.* 1991. 387 ; M.-F. Nicolas-Maguin, « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », *D.* 1995. chron. 75 ; J. Vidal, « Un droit à la connaissance de ses origines ? », in *Mélanges Boyer*, Presses universitaires de Toulouse, 1996, p. 733 et s. et encore : G. Delaisi, P. Verdier, *Enfant de personne*, O. Jacob, 1994. V. aussi sur cette question, l'avis n° 90 du CCNE, Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation, 24 novembre 2005 (commenté par H. Gaumont-Prat, « Accès aux origines, anonymat et secret de la filiation, Commentaire de l'avis n° 90 du CCNE du 26 janvier 2006 », *Médecine et Droit*, 1<sup>er</sup> mai 2006, p. 88 et s.).

3 - Pour la clarté du propos, il sera question, dans cet article, du « donneur » (le don de sperme étant généralement la situation dans laquelle les demandes d'accès aux origines sont les plus fréquentes), mais la référence au « donneur » vaudra aussi pour la donneuse ou pour le couple donneur d'embryon.

4 - Même si l'accouchement sous X n'a fait son entrée dans le Code civil qu'en 1993 (mais il était présent quarante ans plus tôt dans le Code des familles et de l'aide sociale), la pratique est très ancienne et remonterait au XII<sup>ème</sup> siècle. Le droit révolutionnaire avait en outre déjà encadré celle-ci par un décret du 28 juin 1793 édicté par la Convention (V. sur cette question : C. Ensellem, *Naître sans mère, Accouchement sous X et filiation*, Presses universitaires de Rennes, 2004, p. 33 et s.).

5 - Loi n° 2002-93 du 22 janv. 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État. Sur cette loi, v. Cl. Neyrinck, « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État : la découverte de la face cachée de la lune ? », *RD sanit. soc.* 2002. 189, J. Rubellin Devichi, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 », *Dr. fam.* 2002. Chron. 11 ; B. Mallet-Bricout, « Réforme de l'accouchement sous X. Quel équilibre entre les droits de l'enfant et les droits de la mère biologique ? », *JCP* 2002. I. 119 ; M.-C. Le Boursicot, « Consécration du droit à la connaissance de ses origines », *RJPF* 2002-3, p. 6 et aussi : L'accès aux origines personnelles, dossier *AJ fam.* 2003. 86 et s.

Rien n'a cependant été fait jusqu'à aujourd'hui s'agissant des enfants nés d'un don de sperme, d'ovocyte ou d'embryon. Cette situation concerne pourtant les 5 % des cas d'assistance médicale à la procréation qui nécessitent le recours à un tiers donneur. En 2017, sur les 5,1 % des enfants conçus par assistance médicale avec tiers donneur : 3,7 % des enfants sont issus d'un don de spermatozoïdes (956 enfants) ; 1,3 % des enfants sont issus d'un don d'ovocytes (329 enfants) et 0,07 % des enfants sont issus d'un accueil d'embryon (18 enfants)<sup>6</sup>. On estime aujourd'hui à 70 000 en France le nombre total d'enfants issus d'un don<sup>7</sup>.

Le principe du secret des origines a été, là encore, enraciné dans le droit français et rattaché à une des grandes règles du don en France, celle de l'anonymat. Le choix du secret de l'identité du donneur a donc été fait par le législateur, lors du vote des lois de bioéthique du 29 juillet 1994. En consacrant notamment la pratique des CECOS<sup>8</sup>, il avait ainsi posé comme règle à l'article L. 665-14 du Code de la santé publique que « le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait le don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée ». Contesté devant le Conseil constitutionnel en 1994<sup>9</sup>, le principe du secret de l'identité du donneur ne fut pas questionné lors de la révision des lois en 2004, le conseil d'État estimant seulement nécessaire d'engager un « débat public » sur le sujet<sup>10</sup>. En 2010, lors de la révision de la loi de bioéthique, le gouvernement avait, en revanche, proposé dans l'article 14 du projet de loi, l'accès à l'identité du donneur de gamètes et, plus généralement, à tout tiers dont les gamètes ont contribué à la conception, pour les enfants majeurs issus d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, sous réserve du consentement exprès de celui-ci<sup>11</sup>. Cette disposition avait été supprimée lors des débats parlementaires, car les députés craignaient une

6 - Chiffres de l'agence de la biomédecine pour 2017, <https://rams.agence-biomedecine.fr/don-de-gametes>.

7 - Le chiffre est cité par l'étude d'impact (Etude d'impact sur le Projet de loi relatif à la bioéthique n° 2187, déposée le 23 juillet 2019, spéc. p. 140).

8 - Sur cette question, v. G. Davis, « Don de sperme : le lien entre l'anonymat et le bénévolat », in *Procréation Médecine et Don*, coordonné par P. Jouannet, 2<sup>ème</sup> édition, 2016, Médecine, Sciences, Lavoisier, p. 75 et s., spéc. p.77.

9 - Décision 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 sur Loi relative au respect du corps humain et loi 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, cons. 16 et s.

10 - Conseil d'Etat, Les lois de la bioéthique : cinq ans après, 1999, La documentation française, p. 31 et s.

11 - Projet de loi n° 2911 relatif à la bioéthique de Mme Roselyne BACHELOT-NARQUIN, Ministre de la santé et des sports, déposé à l'Assemblée Nationale le 20 octobre 2010.

confusion entre filiation biologique et filiation par le droit ; une baisse du nombre de donneurs. Ces derniers redoutaient aussi que les parents n'informent pas, ou plus, l'enfant des circonstances de sa conception<sup>12</sup>.

Entre 2011 et 2019, des affaires soumises aux tribunaux administratifs ont sensibilisé l'opinion sur ces questions. Arthur et Audrey Kermalvezen<sup>13</sup>, se sont ainsi battus pendant plusieurs années pour permettre l'accès à leur origine biologique aux enfants conçus grâce à un don<sup>14</sup>. De nombreuses associations militent également en ce sens<sup>15</sup>. Cette demande a donc été entendue par le législateur en 2019 et l'ensemble des rapports, avis ayant préparé le projet de loi se sont prononcés en ce sens<sup>16</sup>. Cette levée du secret figure ainsi tant dans l'article du projet de loi présenté par le gouvernement<sup>17</sup> que dans l'article du texte voté en première lecture par l'Assemblée<sup>18</sup>. Il convient donc pour présenter le sujet de s'intéresser aux raisons de la réforme (I), aux modalités d'accès aux origines choisies par le législateur (II) avant d'envisager les conséquences de ces choix (III).

## I. - Les raisons de la réforme

Aux raisons sociologiques et humaines (A) s'ajoutent des raisons juridiques (B)

### A) Les raisons sociologiques et humaines

Les enfants issus d'un don de sperme sont aujourd'hui confrontés à une interdiction absolue d'accéder à l'identité de leur donneur. Cette interdiction absolue porte tant sur l'identité que sur les « données non identifiantes »<sup>19</sup>,

12 - Sénat, [Rapport n° 388](#) (2010-2011) de M. Alain Milon, fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 30 mars 2011, spéc. p. 71. Sur cette question, v. L. Brunet, « Le principe de l'anonymat du don de gamètes en France : un pilier au socle d'argile », in *Procréation Médecine et Don*, coordonné par P. Jouannet, 2<sup>ème</sup> édition, 2016, Médecine, Sciences, Lavoisier, p. 100.

13 - V. sur leur histoire : B. de Dinechin et A. Kermalvesen, *Né de spermatozoïde inconnu*, Presses de la Renaissance, 2008.

14 - Comment Arthur Kermalvezen, né d'un don de gamètes anonyme, a retrouvé son géniteur, 16 janvier 2018, *Le Monde*, par G. Dupont, [https://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur\\_5242544\\_3224.html](https://www.lemonde.fr/societe/article/2018/01/16/comment-arthur-kermalvezen-ne-d-un-don-de-gamete-anonyme-a-retrouve-son-geniteur_5242544_3224.html)

15 - V. ainsi l'association PMAAnonyme, *pmanonyme.asso.fr*.

16 - Rapport de l'Agence de la biomédecine sur l'application de la loi bioéthique (janvier 2018) ; Rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (25 octobre 2018) ; [Avis 129 « Contribution du Comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi de bioéthique 2018-2019](#), 11 septembre 2018 ; Conseil d'Etat, Révision de la loi bioéthique: quelles options pour demain ?, La documentation française, juillet 2018 ; Rapport n° 1572 de la Mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique (Jean-Louis Tourraine, 15 janvier 2019).

17 - [Projet de loi relatif à la bioéthique, n° 2187](#), déposé le 24 juillet 2019, article 3 introduisant les articles L. 2143-1 et s. CSP.

18 - [Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343](#), article 3 introduisant les articles L. 2143-1 et s. CSP.

19 - V. ainsi en ce sens : CE 12 nov. 2015, n° 372121, Lebon, présenté infra.

relatives aux donneurs alors même que des informations figurent dans le dossier médical, ce qui n'est pas toujours le cas par exemple dans les dossiers d'enfants dont la mère a accouché sous X. La seule atténuation à ce principe est la possibilité prévue par l'article L1211-5 du code de la santé publique de déroger à ce principe d'anonymat en cas de nécessité thérapeutique et seul un médecin peut, dans cette hypothèse accéder aux informations médicales non identifiantes (Article L1244-6 CSP)<sup>20</sup>.

En comparaison, la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, qui a réformé la procédure d'accouchement secret, et a créé un conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), permet une mise en balance des intérêts qui n'est pas possible dans le cadre du don de gamètes. Le CNAOP a, en effet, pour mission de traiter, en lien avec ses correspondants départementaux, les demandes d'accès aux origines, de rechercher le parent de naissance pour lui demander s'il accepte de lever le secret. Il recueille les données identifiantes et non identifiantes concernant la mère<sup>21</sup>. Ainsi, en 2016<sup>22</sup>, 547 demandes ont été jugées recevables par le CNAOP (à comparer aux 7804 demandes depuis 2002). Dans 175 dossiers, il n'y avait aucun renseignement permettant l'identification ou la localisation de l'un au moins des parents. Dans 64 dossiers, le parent de naissance a refusé de lever le secret. Enfin 201 personnes ont eu accès à l'identité de leur parent, qui pour 60 d'entre eux était décédé (sans s'être opposé préalablement à la communication de son identité).

Depuis de nombreuses années, les enfants issus des procréations médicalement assistées avec tiers donneur font entendre leur voix dans le débat public. Ils seraient, en France, au nombre de 70 000, mais il semble qu'une grande partie d'entre-eux ne serait pas informée de son mode de conception. Ceux qui recherchent leurs origines, une petite minorité, font état de leur profond désarroi devant la fin de non-recevoir qui leur est opposée. Sociologues et psychologues relèvent ainsi la souffrance des enfants et

20 - Le projet de loi prévoit de substituer la nécessité médicale à la nécessité thérapeutique, ce qui serait plus large. Le Conseil d'Etat a considéré dans son arrêt de 2015 que la recherche d'une éventuelle consanguinité avant une union correspondait à une « nécessité médicale ».

De plus, *quand une anomalie génétique grave dont les conséquences sont susceptibles de mesures de prévention, y compris de conseil génétique, ou de soins diagnostiquée chez un donneur, cette personne peut autoriser le médecin prescripteur à saisir le responsable du centre d'assistance médicale à la procréation afin qu'il procède à l'information des enfants issus du don* (Dernier alinéa de l'article L. 1131-1-2 du code de la santé publique). Le projet de loi voté en première lecture bilatéralise cette possibilité en l'ouvrant à l'enfant et l'étend aux cas d'accouchement sous X (Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343, article 9 modifiant les articles L 1131-1-1 et s. CSP).

21 - Articles L. 147-1 et suivants du Code de l'action sociale et des familles.

22 - Ces chiffres sont cités par l'étude d'impact (Etude d'impact sur le Projet de loi relatif à la bioéthique n° 2187, déposée le 23 juillet 2019, spéc. p. 156).

les effets à long terme préjudiciables de ce secret<sup>23</sup>. Il faut cependant souligner que d'autres professionnels montrent, à l'opposé, l'effet délétère de cette attirance fantasmatique constante vers un ailleurs qui empêche l'enfant de « s'originer » dans sa famille<sup>24</sup>. Il faut préciser, aussi, que les enfants issus des PMA, ne font cependant pas de confusion entre la recherche d'une origine et le lien de filiation, qui ne peut jamais être établi à l'égard du donneur<sup>25</sup> : leur père, c'est l'homme qui les a élevés<sup>26</sup>.

Enfin, la possibilité, possibilité ouverte sur Internet mais pénalement réprimée<sup>27</sup>, grâce aux tests ADN récréatifs proposés à l'étranger et aux réseaux sociaux, de retrouver son donneur montrerait l'absurdité des limites que le droit français pose s'agissant de l'accès aux origines<sup>28</sup>. En dehors de raisons sociologiques et humaines, de nombreuses raisons juridiques sont évoquées pour demander un accès à la connaissance de ses origines.

## B) Les raisons juridiques

Un certain nombre de raisons juridiques sont avancées pour remettre en cause le principe de l'anonymat du donneur de gamètes. Elles résident essentiellement dans le respect des droits garantis par les normes fondamentales internationales et internes.

D'un côté, la question de la constitutionnalité des limitations au droit d'accès aux origines a été posée à plusieurs occasions. Les députés ont, ainsi, saisi le Conseil constitutionnel des dispositions des lois bioéthique de 1994<sup>29</sup> qui imposaient le principe d'anonymat et l'impossibilité de l'établissement de la filiation à l'égard du donneur, mais ils n'avaient, à l'époque, pas envisagé réellement la question sous l'angle de l'accès aux origines. Ils estimaient, avant tout, que le donneur ne pouvait échapper à sa responsabilité

personnelle, fondée sur l'article 1382 du Code civil. Ils invoquaient aussi l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République permettant à l'enfant né hors mariage de rechercher sa paternité. Le Conseil rejette les arguments. Selon lui, aucune disposition, ni aucun principe constitutionnel ne prohibe l'interdiction prescrite par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur de ce don, ni l'impossibilité d'exercer une action en responsabilité à l'encontre du donneur.

La question de l'accès aux origines est plus directement posée, des années plus tard, mais au sujet de l'accouchement sous X. En effet, dans une décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012<sup>30</sup>, étaient évoqués à l'encontre des dispositions garantissant à la femme le secret de son identité et encadrant la levée de celui-ci auprès du CNAOP, la méconnaissance du droit au respect de la vie privée et la méconnaissance du droit de mener une vie familiale normale.

Le Conseil constitutionnel rejette ces arguments. Il relève d'abord que, par ces dispositions, le législateur a entendu éviter le déroulement de grossesses et d'accouchements dans des conditions susceptibles de mettre en danger la santé tant de la mère que de l'enfant et prévenir les infanticides ou des abandons d'enfant, poursuivant ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé. Le Conseil constitutionnel a souligné aussi qu'il ne lui appartient pas, de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant. Par ailleurs il a jugé que les dispositions contestées n'ont pas privé de garanties légales les exigences constitutionnelles de protection de la santé et n'ont pas davantage porté atteinte au respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale.

Cette décision concerne l'accouchement sous X et n'est donc pas totalement transposable au don de gamètes. Néanmoins au regard de la très large marge d'appréciation constamment laissée au législateur par le Conseil constitutionnel sur les questions bioéthique, il est probable que les choix de ce dernier s'agissant de l'anonymat des donneurs de gamètes ne fassent pas l'objet d'un examen très approfondi par ce dernier. Pour les enfants issus d'un don, il y a sans doute plus à espérer de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ainsi, est mise en avant une éventuelle contrariété du droit français à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (parfois combiné avec l'article 14 garantissant le principe d'égalité). On mentionnera au passage l'argument relatif à l'article 7 de la Convention de New York sur les droits de l'enfant en signalant que l'article 7 garantit seulement « dans la mesure du possible » le droit de l'enfant à connaître

23 - Selon certains auteurs (G. Delaisi, P. Verdier, *Enfant de personne, op. cit.*, p. 258 et s.), par le principe de l'anonymat, on soigne le narcissisme blessé des couples stériles. On entre dans un processus de déni : déni de la stérilité du mari ou du conjoint, déni du fait qu'il y a eu insémination avec donneur. Cette attitude peut avoir des conséquences graves sur l'enfant : « *Les cures analytiques d'enfants et d'adultes montrent à quel point est mortifère le non-dit qui touche à la question des origines. Il porte atteinte en effet à la nature symbolique de la transmission de la vie, du don de la vie. Une saine éthique de la reproduction suppose de savoir à qui on est redevable du don de la vie* » (p. 264).

24 - C'est ce que relève l'étude d'impact (Etude d'impact sur le Projet de loi relatif à la bioéthique n° 2187, déposée le 23 juillet 2019, spéc. p. 140). V. aussi sur l'ambiguïté des demandes formulées par les enfants : N. Rives, « Secret et anonymat dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneurs », *Revue générale de droit médical*, n° 43, juin 2012, p. 131 et s., spéc. p. 135.

25 - Interdiction consacrée dans l'article 311-19 du Code civil.

26 - V. en ce sens, l'étude d'impact précitée, p. 139.

27 - L'article L1133-4-1 du Code de la santé publique dispose ainsi que le fait, pour une personne, de solliciter l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de celles d'un tiers ou l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques en dehors des conditions prévues par la loi est puni de la peine prévue à l'article 226-28-1 du code pénal. L'article du Code pénal prévoit une amende de 3750 euros.

28 - Cet argument, souvent répété au cours des travaux préparatoires, qui montre l'incapacité de l'Etat français à faire respecter les normes pénales n'est cependant pas satisfaisant pour le juriste.

29 - Décision 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, cons. 16 et s.

30 - Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 - M. Mathieu E. [Accès aux origines personnelles] ; *AJ fam.* 2012. 406, obs. F. Chénédy ; *D.* 2013. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Rev. Droit sanit soc.* 2012. 750, note D. Roman ; *RTD civ.* 2012. 520, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 120, C. Neirinck ; G. Nicolas, « Le juste équilibre « à la française » dans la protection des droits de la femme et de l'enfant », *RFDC* 2012. 869.

ses parents (pour l'article 7 de la Convention de NY sur les droits de l'enfant) et qu'il ne s'applique qu'aux personnes âgées de moins de 18 ans.

S'agissant de la CEDH, c'est l'arrêt *Gaskin* du 7 juillet 1989<sup>31</sup> qui est souvent présenté comme, ayant le premier, consacré un droit à la connaissance des origines. Dans cette affaire, la Cour considère, sur le fondement de l'article 8, que les personnes « ont un intérêt primordial protégé par la Convention à recevoir des renseignements qu'il leur faut connaître » « pour comprendre leur enfance et leurs années de formation ». Cette décision ne consacre pas un droit absolu à connaître ses origines. En outre, elle n'est pas relative à l'origine biologique de la personne. En effet, Monsieur Gaskin prétendait souffrir de graves problèmes psychologiques qu'il attribuait aux maltraitances qu'il avait subies, dans une famille d'accueil, alors qu'il était pupille de l'assistance publique.

D'autres arrêts ont consacré un droit d'accès aux origines biologiques mais plutôt dans le cadre d'action en recherche de filiation, ce qui constitue un contexte très différent de celui des procréations médicalement assistées. Dans l'affaire *Mikulic contre Croatie*<sup>32</sup> du 7 février 2002 – qui concernait une demande d'accès à un test ADN dans le cadre d'une action en recherche de paternité, la Cour précise ainsi, au regard de l'article 8 CEDH, que le respect de la vie privée exige que quiconque puisse recueillir des informations sur son identité en tant qu'individu et que le droit à les obtenir revêt de l'importance car elles aident à se forger une personnalité.

Ces décisions montrent, à l'évidence, l'importance de l'accès aux origines pour la Cour EDH, mais les arrêts relatifs à l'accouchement sous X sont, sans nul doute, les plus pertinents dans ce domaine, d'autant que certains d'entre eux concernent la France.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a ainsi pas condamné la France, alors qu'une violation de l'article 8 était évoquée, dans les arrêts *Odièvre* du 13 février 2003<sup>33</sup> et *Kearn* du 10 janvier 2008 (*Kearns c/ France*<sup>34</sup>). Dans l'affaire *Odièvre*, l'intéressée, née sous X, contestait l'impossibilité qui lui était opposée de connaître l'identité de sa mère en se fondant sur le droit à la protection de la vie privée découlant de l'article 8 de la convention.

La Cour européenne des droits de l'homme ne nie pas l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées. Elle souligne en outre que les États parties à la Convention disposent d'une marge d'appréciation importante pour concilier ce droit avec les intérêts légitimes qui pouvaient justifier l'anonymat. La Cour a compté au nombre de ces intérêts la sauvegarde de la santé de la mère,

31 - Arrêt *Gaskin c. RU*, 7 juillet 1989, série A n° 160

32 - Cour EDH, *Mikulic contre Croatie*, n° 53176/99, 7 février 2002 ; RTD civ. 2002. 795, obs. J. Hauser ; RTD civ. 2002. 866, obs. J.-P. Marguénaud.

33 - Cour EDH, *Odièvre c/ France*, 13 février 2003, n° 42326/98, D. 2003. 1240, chron. B. Mallet-Bricout ; Rev. Droit sanit et soc. 2003. 219, note F. Monégier ; RTD civ. 2003. 276, obs. J. Hauser ; RTD civ. 2003. 375, obs. J.-P. Marguénaud.

34 - Cour EDH, *Kearn contre France*, 10 janvier 2008, n° 35991/04.

le respect de la vie familiale dû aux parents adoptifs, et le droit à la vie de l'enfant lui-même, l'accouchement sous X ayant aussi pour objet d'éviter des avortements et des infanticides.

Au vu des intérêts ainsi en présence, la Cour, après avoir constaté que Mme Odièvre avait pu avoir accès à des données non identifiantes sur sa mère, a conclu que la création du CNAOP (conseil supérieur pour l'accès aux origines personnelles) par la loi du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines personnelles, en renforçant les possibilités de levée de l'anonymat de la mère assurait une conciliation des intérêts en présence conforme à l'article 8 de la Convention.

La juridiction européenne a, en revanche, dans un arrêt du 25 sept 2012 *Godelli*<sup>35</sup>, condamné l'Italie en matière d'accouchement anonyme au motif que l'enfant n'avait pas la possibilité d'obtenir des informations non identifiantes et que la mère ne pouvait pas lever anonymat. Le droit italien refusait de manière absolue et définitive l'accès à quelque information que ce soit. Ainsi, pour la Cour EDH, à la différence du système français examiné dans l'arrêt Odièvre, la législation italienne ne tentait de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause.

La non-compatibilité du droit français avec la Convention européenne des droits de l'homme a aussi été évoquée à de nombreuses reprises<sup>36</sup> s'agissant de l'anonymat du donneur de gamètes devant les juridictions internes et particulièrement devant le Conseil d'État. Celui-ci, dans un avis du 13 juin 2013, a estimé que l'interdiction de communication des données, même non identifiantes, du donneur à l'enfant ne heurtait pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit au respect de la vie privée ; dès lors que l'accès à ces données était réservé au médecin pour des raisons sanitaires (C. civ., art. 16-8 ; CSP, art. L. 1244-6 et L. 1131-1-2), que la loi garantissait un équilibre entre la protection de la santé des personnes issues d'un don de gamètes et le respect des droits et libertés d'autrui<sup>37</sup>.

35 - Cour EDH 25 sept. 2012, *Godelli c/ Italie*, n° 33783/09, D. 2013. 798, obs. M. Douchy-Oudot ; D. 2012.. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2012. 554, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2013. 104, obs. J. Hauser ; RTDH 2014. 153, note V. Bonnet.

36 - V. sur cette question, l'étude très complète de N. Le Bonniec, *L'anonymat du don de gamètes en France : un possible terrain d'inconventionnalité ?*, Rev. Droit sanit et soc. 2017. 281.

37 - CE, avis, 13 juin 2013, *Molenat*, D. 2013. 1626, obs. R. Grand ; D. 2014. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2013. 405, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RFDA 2013. 1051, concl. E. Crépey. Et avant que l'avis ne soit rendu : S. Hennette-Vauchez, « *Hard case* en vue ? L'anonymat du donneur de gamètes en débat au Conseil d'État », AJDA 2012. 2115. Le Conseil d'Etat avait pourtant estimé en 2009 dans son rapport sur la révision des lois bioéthique que « dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation (...), les seuls intérêts qui puissent contrebalancer le droit à la connaissance des origines sont la préservation de la vie familiale au sein de la famille légale, l'intérêt moral et familial du donneur et, accessoirement, l'impact positif de l'anonymat sur le nombre de dons. Il n'est pas certain que dans la logique de la Cour, ces éléments soient proportionnés à l'atteinte que porte l'anonymat au droit à la connaissance de ses origines » (Conseil d'Etat, La révision des lois de bioéthique, La Documentation française, 2009, p. 54). V ; aussi en ce sens : V. Depadt-Sebag, « L'établissement de la filiation des enfants nés d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur », Revue générale de droit médical, n° 43, p. 111 et s., spéc. p. 120.

Dans une décision du 12 novembre 2015 (n° 372121)<sup>38</sup>, la haute juridiction administrative a rejeté le pourvoi d'une personne s'étant vu refuser la communication d'informations sur le donneur de gamètes à l'origine de sa conception. Sur la compatibilité avec l'article 8 CEDH, il relève notamment que la règle de l'anonymat du don de gamètes répond à l'objectif de préservation de la vie privée du donneur et que, lors de la réforme de la loi de bioéthique de 2011, le législateur a fait le choix de la maintenir en se fondant sur plusieurs considérations d'intérêt général, dont « la sauvegarde de l'équilibre des familles et le risque majeur de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation ».

Dans une dernière décision en date du 28 décembre 2017<sup>39</sup>, le Conseil d'État refuse une nouvelle fois de constater la violation de l'article 8 éventuellement combiné avec l'article 14 de la CEDH et rappelle les raisons de l'anonymat : la sauvegarde de l'équilibre des familles (risque important de remettre en cause le caractère social et affectif de la filiation), le risque d'une baisse substantielle des dons de gamètes et d'une remise en cause de l'éthique du don.

A la suite de ces décisions internes défavorables, les différents litiges ont pu être soumis à la Cour européenne des droits de l'homme. Deux affaires ont ainsi été communiquées à la Cour, les affaires Gauvin-Fournis (n° 21424/16) et Silliau (n° 45728/17).

Dans l'affaire Gauvin Fournis, la dernière décision des juridictions françaises contestée était l'arrêt du Conseil d'État de 2015. C'est donc autour des justifications apportées à l'accouchement sous X par le Conseil d'État dans cette affaire que le débat pourra avoir lieu.

Invoquant l'article 8 de la Convention, la requérante se plaint d'une violation de son droit à la connaissance de ses origines, ce qui est assez classique. De manière plus originale, elle estime que le Conseil d'État a opéré une confusion entre, d'une part, le secret concernant le recours à un tiers donneur que les parents peuvent choisir de révéler à l'enfant, et, d'autre part, la privation d'accès aux informations sur ses origines et son géniteur. Invoquant l'article 8, combiné avec l'article 14 de la Convention, la requérante se plaint aussi de subir, par rapport aux autres enfants, une discrimination dans la jouissance de sa vie privée, en raison de l'impossibilité d'accéder aux antécédents médicaux familiaux. Elle considère que, dans l'impossibilité de répondre aux questions des médecins sur les maladies familiales, elle et ses enfants se trouvent potentiellement dans une situation de perte de chance de guérison, de diagnostic ou de soins préventifs.

Dans l'affaire Silliau, le requérant critiquait une décision du 23 décembre 2016, par laquelle le Conseil d'État avait déclaré

son pourvoi non admis. Les juridictions administratives saisies avaient, pour rejeter les arguments fondés sur l'article 8 CEDH, d'abord insisté sur le fait que la règle de l'anonymat du donneur de gamètes, répondant notamment à l'objectif de respect de la vie familiale au sein de la famille légale de l'enfant conçu et de préservation de la vie privée du donneur, n'implique par elle-même aucune atteinte à la vie privée de la personne née d'un don. Le requérant souligne aussi que ses parents soutiennent sa démarche et évoque sur le fondement de l'article 8, combiné avec l'article 14 de la Convention, une discrimination dans la jouissance de sa vie privée, en raison de l'impossibilité d'accéder aux antécédents médicaux familiaux.

Il est difficile de prévoir quelle pourrait être la réponse de la Cour EdH à ces requêtes. Il faut souligner que la comparaison avec les solutions adoptées pour l'accouchement sous X n'est pas forcément pertinente. On peut relever du côté d'une éventuelle condamnation de la France, que le refus français d'accès aux origines est absolu et que les arguments relatifs à la prévention des accouchements sauvages et des infanticides ne peuvent pas, à l'évidence, être évoqués pour justifier ce refus. De l'autre côté, en faveur d'une absence de condamnation par la Cour EDH, le caractère gratuit et généreux de l'acte du donneur pourrait éventuellement justifier une protection accrue de sa vie privée résidant dans une garantie absolue de l'anonymat.

Une des questions que la Cour européenne examinera peut-être pour déterminer la marge d'appréciation qu'elle laisse aux États est l'existence ou non d'un consensus européen dans ce domaine.

Or, comme le montre l'étude d'impact déposée avec le projet de loi bioéthique<sup>40</sup>, si les solutions retenues sont contrastées, on peut constater un mouvement général en faveur de la levée de l'anonymat. La Suède, la Suisse, la Norvège, la Finlande et l'Irlande permettent l'accès à l'identité du donneur à 18 ans ; l'Autriche à 14 ans et l'Allemagne à 16 ans<sup>41</sup>. Certains pays prévoient des seuils d'âge différents pour l'accès aux données non identifiantes (12 ans pour les Pays Bas et 16 ans pour la Grande Bretagne) et identifiantes (Pays Bas 16 ans et Royaume-Uni 18 ans). Certains États laissent le choix au donneur d'un don anonyme ou d'un don avec révélation possible de l'identité. C'est le cas de l'Islande, la Belgique et le Danemark. Enfin, des pays peu nombreux (l'Espagne, la Pologne et la Grèce) refusent l'accès à l'identité du donneur.

S'agissant de l'ensemble des arguments juridiques développés dans un sens et dans un autre, le Conseil

40 - Etude d'impact, sur le Projet de loi relatif à la bioéthique déposée le 23 juillet 2019, spéc. p. 131 et s.

41 - Pour un article ancien sur le droit allemand, v. Fr. Furkel, « Le droit de l'enfant à connaître ses origines: variations comparatistes », in *Les filiations par greffe, Adoption et procréation médicalement assistée*, LGDJ, 1997, p. 55. Et v. aussi : V. Chiu, « Le secret des origines en droit constitutionnel des États de l'Europe occidentale : vers l'émergence d'un droit de connaître ses origines ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 67 et s.

38 - CE 12 nov. 2015, n° 372121, Lebon ; D. 2016. 752, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ fam. 2015. 639, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD civ. 2016. 334, obs. J. Hauser ; J.-R. Binet, *Insémination avec tiers donneur et droit à la connaissance de ses origines : l'enfant impensé en droit de la bioéthique*, Dr. famille, n° 1, 2016. Étude 1.  
39 - CE 28 déc. 2017, n° 396571, Lebon ; RTDCiv. 2018. 86, Obs. A.-M. Leroyer ; AJ fam. 2018. 68, obs. A. Dionisi-Peyrusse.

d'État estimait, dans son rapport sur la révision de la loi de bioéthique en 2018<sup>42</sup>, qu'il n'y avait sans doute pas d'obligation juridique de modifier le droit interne mais que l'évolution du droit répondrait à la recherche d'un nouvel équilibre<sup>43</sup>. Mettant un terme au débat juridique et sociologique, la loi devrait donc bientôt consacrer le droit d'accès aux origines des enfants issus d'un don. Les modalités d'accès consacrés dans le projet de loi en cours d'examen doivent désormais être étudiées.

## II. – Les modalités d'accès aux origines choisies par le législateur

Le législateur a donc décidé dans le cadre de la révision de la loi de bioéthique de consacrer le droit d'avoir accès à l'identité du donneur. Différentes modalités d'accès étaient envisageables et le gouvernement a fait des choix dans le projet de loi déposé à l'Assemblée en consultant très largement et en hésitant beaucoup. Il convient d'examiner, dans un premier temps, le sens des différents rapports et avis rendus sur le sujet **(A)** avant de s'intéresser au texte du projet de loi **(B)**.

### A.- Les solutions proposées dans le cadre des consultations préalables au projet de loi.

Les consultations sur le sens des modifications susceptibles d'être apportées à la loi de bioéthique ont été très nombreuses. La plupart des acteurs consultés prônaient une possibilité d'accès à l'identité du donneur à la majorité de l'enfant, mais avec le consentement de ce dernier exprimé au moment où la demande était faite<sup>44</sup>.

Avant le dépôt du projet de loi bioéthique, conformément à l'article L. 1412-1-1 CSP<sup>45</sup>, des États généraux de la bioéthique ont été organisés. Sans donner de réponse tranchée sur l'accès aux origines des enfants issus du don, le compte-rendu de ces États généraux montrait que la question de l'accès aux origines semblait assez consensuelle<sup>46</sup>. Le débat

avait cependant fait surgir la difficulté à définir ce que pouvait être une origine : le contexte de la naissance, les données non identifiantes, les antécédents médicaux, plus rarement l'identité du donneur. Il avait aussi révélé l'importance de l'information et du consentement du donneur, le risque pressenti d'une baisse des dons, la nécessité de recruter de nouveaux profils de donneurs et celle d'un registre central des donneurs<sup>47</sup>.

L'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) dans son rapport<sup>48</sup> prend le soin de rappeler que, lors du vote de la loi bioéthique précédente en 2011, le gouvernement avait dans son projet de loi originel ouvert une possibilité d'accéder à des informations non identifiantes ou même à l'identité du donneur, avec l'accord de ce dernier. L'office explique, qu'à l'époque, cette proposition avait été rejetée par des considérations de nature éthique : le refus d'un primat donné à la dimension génétique de la filiation (« les parents ne sont pas des gamètes ») – et d'efficacité pratique : un risque de diminution du nombre des donneurs pouvant résulter d'une telle remise en cause des principes régissant le don.

Il constate désormais la nécessité d'une évolution du droit dans ce domaine, notamment du fait de la possibilité d'accéder à l'identité grâce à tests en libre accès aux USA notamment et du fait de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

S'agissant des modalités d'accès, l'OPECST suggère que le don ne soit possible que si la donneuse ou le donneur accepte l'accès aux données non identifiantes (couleur des yeux, des cheveux, antécédents médicaux...), mais il semble souhaiter laisser la possibilité pour le donneur/ la donneuse de refuser accès à son identité (bien que la solution proposée ne soit pas très claire)<sup>49</sup>.

Le Comité consultatif national d'éthique dont la consultation était aussi indispensable avant la modification de la loi bioéthique<sup>50</sup> avait, quant à lui, insisté sur la nécessité de ne pas confondre filiation biologique et filiation affective et sociale. Sa position restait cependant plutôt ambiguë puisque le CCNE souhaitait que soit rendu possible la levée d'anonymat des futurs donneurs de sperme pour les enfants issus de ces dons, mais il insistait sur l'encadrement de cette levée de l'anonymat qui devait être précisé dans les décrets d'application notamment « en respectant le choix du donneur ».

Le Conseil d'État dans son rapport sur la Révision de la loi

42 - Conseil d'Etat, Révision de la loi bioéthique: quelles options pour demain ?, juillet 2018, p. 97.

43 - Le Conseil d'Etat mettait cependant en garde le législateur sur la nécessité constitutionnelle de respecter les situations antérieures, c'est-à-dire de ne pas permettre la levée de l'anonymat pour des donneurs ayant fait un don avant entrée en vigueur de la loi alors qu'ils pensaient que don était anonyme. Sur cette question (Ibid.).

44 - V. cependant pour un rapport plus ancien en faveur d'un accès sans nécessité de recueillir le consentement du donneur : I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014, p. 206 et s.

45 - Article L. 1412-1-1 CSP : « Tout projet de réforme sur les problèmes éthiques et les questions de société soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé doit être précédé d'un débat public sous forme d'états généraux (...) ».

46 - Le risque de mariages consanguins était souvent évoqué alors que ce risque semble très faible (v. sur ce point J.-P. Siffroi : « Stratégies reproductives et transmission des gènes grâce aux femmes et malgré les hommes », in *Procréation Médecine et Don*, coordonné par P. Jouannet, 2<sup>ème</sup> édition, Médecine, Sciences, Lavoisier, p. 83 et s., spéc. p. 91).

47 - CCNE, [Rapport de synthèse des Etats généraux de la bioéthique](#), p. 123.

48 - Ibid.

49 - Rapport de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (25 octobre 2018), spéc. p. 66.

50 - [Avis 129 CCNE sur la révision de la loi de bioéthique 2018-2019](#), 11 septembre 2018, spéc. p. 135.

de bioéthique<sup>51</sup> envisageait en juillet 2018 plusieurs options : l'accès aux origines sans le consentement du donneur, l'accès aux origines avec le consentement du donneur au moment du don, l'accès aux origines avec le consentement du donneur au moment de la demande d'accès

La solution qu'il préférerait était de recueillir le consentement du donneur au moment de la demande d'accès, en considérant que le consentement à la demande formulée par le premier enfant issu du don vaudrait pour les autres<sup>52</sup>. En cas de refus ou de décès du donneur, la communication de données non identifiantes aurait pu être envisagée. Le Conseil d'État insistait sur le fait que les parents ayant eu recours à un don ne devraient pas être obligés de révéler son mode de conception à l'enfant

Comme si l'ensemble de ces rapports n'étaient pas suffisants pour éclairer le législateur, le Parlement a souhaité mettre en place une Mission d'information qui a rendu son rapport le 15 janvier 2019<sup>53</sup>. Comme l'Opecst, la mission insistait sur la nécessité de modifier la loi du fait du recours aux tests génétiques à l'étranger et du fait de l'ouverture de la PMA aux couples de femmes seules.

Pour la mission, l'accès à des données non-identifiantes devait être prévu dans tous les cas et l'accès à des données identifiantes chaque fois que le donneur et la personne née d'une AMP le souhaiteraient. Le donneur devrait être informé au moment du don de la possibilité que l'anonymat soit levé dans le futur et il faudrait ensuite recueillir son consentement exprès lorsqu'une demande d'accès à son identité serait formulée. La mission considérait en outre que le CNAOP ou une commission Ad hoc pourrait gérer ses demandes<sup>54</sup>.

Ainsi, l'ensemble des consultations allaient dans le sens d'une nécessaire levée de l'anonymat, avec un recueil du consentement du donneur au moment où la demande d'accès était faite. Cette solution avait, en outre, le mérite de permettre de soumettre au même régime les dons faits avant l'entrée en vigueur de la loi et ceux faits après puisque le consentement du donneur devait être recueilli au moment où la demande était faite. Ce n'est cependant pas ce qui a été finalement été retenu par le législateur

## B) Les modalités d'accès aux origines dans le projet de loi bioéthique

Après ces consultations qui allaient toutes dans le même sens, le gouvernement se montra néanmoins hésitant s'agissant du choix des modalités d'accès aux origines. Aussi, dans le projet présenté pour avis à la CNIL et au Conseil

d'État, deux versions du texte était proposé, ce qui est plutôt inhabituel. Il convient de présenter ces avis **(1)**, avant d'examiner dans le détail les modalités d'accès envisagé par le législateur **(2)**.

### 1) Les avis rendus par la CNIL et le Conseil d'État

Dans le projet présenté à la CNIL comme au Conseil d'État<sup>55</sup> était proposé, de manière assez inhabituelle, un article 3 et un article 3bis<sup>56</sup>.

L'article 3 prévoyait que tout donneur consent, avant même de procéder au don, à ce que l'enfant accède, à sa majorité, s'il le demande, à des données non identifiantes ou à son identité.

L'article 3bis établissait le même dispositif s'agissant des données non identifiantes mais subordonnait l'accès de l'enfant à l'identité du donneur à la condition que ce dernier y consente au moment où l'enfant, devenu majeur, en faisait la demande à l'instar du système mis en place pour l'accouchement sous X. Le principe d'anonymat à l'égard des parents au moment du don n'était évidemment pas remis en cause.

Dans son avis, le Conseil d'État, le 18 juillet 2019 estimait que l'article 3bis (c'est-à-dire le consentement du donneur au moment de la demande) ménageait « au total un plus juste équilibre des intérêts en présence », l'enfant pouvant, dans tous les cas, avoir accès aux données non identifiantes<sup>57</sup>. Il estimait que cette solution assurait une meilleure protection du donneur par une décision éclairée au moment de la demande sur sa vie privée et familiale. Il y avait aussi moins de risque de décourager les dons, ce qui constituait un bon compromis ! La CNIL, quant à elle, avait refusé de choisir entre les scénarii proposés<sup>58</sup>. Malgré la convergence de tous les avis recueillis dans le sens d'une recherche de l'accord du donneur au moment où la demande d'accès aux origines est faite, le législateur a fait un choix différent.

### 2) La consécration d'un droit étendu d'accès aux origines

Le législateur a donc fait un choix différent de celui proposé par le Conseil d'État et par les différents rapports évoqués. Dans le projet de loi présenté à l'Assemblée en première lecture, la possibilité d'un accès à l'identité du donneur est consacrée et le donneur doit consentir à la levée de l'anonymat au moment du don. Ce dernier n'a donc pas le choix s'il veut donner.

Il convient de présenter la disposition votée **(a)**, d'évoquer la manière dont le système va fonctionner **(b)** et

51 - Conseil d'Etat, Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain ? juillet 2018.

52 - Ibid, p. 19 et 101.

53 - Rapport d'information déposé par la mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique, présenté par M. X. Breton, Président et M. Jean-Louis Touraine, Rapporteur, enregistré le 15 janvier 2019.

54 - Ibid., p. 55.

55 - Conseil d'Etat, Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique, 18 juillet 2019, spéc. n° 20, p. 8

56 - La troisième possibilité, celle d'un choix du donneur au moment du don, pour un don anonyme ou non anonyme n'avait pas été envisagée.

57 - Conseil d'Etat, Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique, 18 juillet 2019, spéc. n° 27, p. 9.

58 - CNIL, Délibération n° 2019-097 du 11 juillet 2019 portant avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique.



de s'intéresser aux droits et obligations des donneurs, des enfants issus du don ainsi que de leurs parents (c).

a) La disposition votée en première lecture

Le nouvel article. L. 2143-2. CSP disposerait, que « Toute personne conçue par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut, si elle le souhaite, accéder à sa majorité, aux données non identifiantes et à l'identité de ce tiers donneur ». Mais surtout, le consentement exprès du tiers donneur (ou du couple pour le don d'embryon) à la communication de ces données et de son identité serait recueilli avant même de procéder au don. Et l'information du donneur ou du couple donneur aurait lieu préalablement au don<sup>59</sup>.

En outre, une dérogation au principe de l'anonymat du don serait prévue à l'article 16-8-1 du Code civil<sup>60</sup>. En revanche, le donneur est protégé puisque, comme auparavant, aucun lien de filiation ne peut être établi entre lui et les enfants issus du don et sa responsabilité ne peut pas être recherchée. De plus, le droit consacré est uniquement un droit à connaître une information, celle de l'identité du donneur, de la donneuse ou du couple donneur, il n'y a pas de droit à contacter cette personne ou à lui imposer une rencontre.

b) Les modalités d'accès aux origines

Pour garantir l'accès aux origines, un traitement de données est nécessaire, il a fallu aussi envisager la création d'un organe destiné à centraliser ces demandes.

La mise en place d'un accès à l'identité du donneur suppose un traitement centralisé de données relatives au donneur, ce qui n'existait pas auparavant. Force est de constater cependant que des traitements contenant l'identité du donneur existent déjà.

En effet, de nombreuses données sont aujourd'hui conservées par les CECOS<sup>61</sup> : antécédents médicaux personnels et familiaux, test de dépistage sanitaire, nombre d'enfants issus du don, dates des dons, nombres des paillettes conservées ou mises à disposition (ou date de ponction et nombre d'ovocytes donné), le consentement écrit du donneur et, s'il est marié, de l'autre membre du couple, pour le donneur n'ayant pas procréé l'attestation d'entretien avec psychiatre ou psychologue et, le cas échéant, la conservation d'une partie des gamètes en vue d'une utilisation ultérieure. Ces données sont conservées

59 - Article L1244-2 CSP devrait prévoir, en effet, que préalablement au don le donneur est dûment informé des dispositions législatives et réglementaires ... relatives à l'accès des personnes conçues par AMP avec tiers donneur aux données non identifiantes et à l'identité du donneur ([Projet de loi relatif à la bioéthique, n° 2187](#), déposé le 24 juillet 2019, article 3).

60 - Article 16-8-1 : « Le principe d'anonymat du don ne fait pas obstacle à l'accès de l'enfant majeur né d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, sur sa demande, à des données non identifiantes ou à l'identité de ce tiers donneur (...) » ([Projet de loi relatif à la bioéthique, n° 2187](#), déposé le 24 juillet 2019, article 3).

61 - Article R.1244-5 CSP.

sous forme anonyme ou plutôt pseudonyme<sup>62</sup>. Le dossier du donneur comporte d'ores et déjà un certain nombre de données qui pourraient être considérées comme non identifiantes et, en tant que telles, transmises à l'enfant issu du don. En outre, il est possible de remonter très loin dans le temps puisque ce dossier, accessible uniquement aux professionnels des CECOS, est conservé pendant 40 ans. Chaque CECOS a son traitement et il n'y a pas eu jusqu'ici de centralisation, ce qui, au passage, devait rendre difficile la vérification du nombre maximal de dix enfants par donneur imposé par la loi<sup>63</sup>, les travaux préparatoires se référant sur le sujet à un système « artisanal »<sup>64</sup>.

Les textes réglementaires ne permettent, en principe, pas la collecte de données supplémentaires. Pourtant, l'appariement du couple et du donneur/de la donneuse nécessite que les CECOS conservent des données relatives à l'apparence physique du donneur et de la donneuse. Un appariement<sup>65</sup> est en effet fait, non seulement avec d'éventuels éléments médicaux (facteurs de risque médicaux et groupes sanguins) mais aussi avec des caractères phénotypiques (taille, poids, couleur de la peau, des yeux et des cheveux)<sup>66</sup> avec l'idée que l'enfant doit être « cohérent » avec le couple<sup>67</sup>.

Dans le projet de loi voté par l'Assemblée en première lecture, le traitement de certaines données serait centralisé au niveau de l'Agence de la biomédecine et ces données seraient conservées pendant 80 ans<sup>68</sup>. Les données

62 - [L'arrêté du 30 juin 2017 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation](#) prévoit qu'une procédure particulière s'attache à l'identification du donneur et de la donneuse (en dehors des règles classiques et strictes d'identitovigilance, article I.1.5 Traçabilité et identito-vigilance). Au moment de l'« anonymisation » du dossier les gamètes et les embryons se voient ainsi attribuer un code européen unique (SEC : single european code). L'arrêté dispose, en outre, que toutes les informations concernant le donneur ou la donneuse sont conservées dans un dossier spécifique anonymisé. Et « le lien entre l'identité de la personne ayant fait un don de gamètes et les codes de don figurant sur les paillettes, la documentation et le dossier anonymisé du don est conservé dans des conditions garantissant l'anonymat entre donneurs, couples receveurs et enfants issus du don » (V.3 Traçabilité, p. 39).

63 - Article L. 1244-4 CSP.

64 - Système évoqué dans l'étude d'impact (Etude d'impact sur le Projet de loi relatif à la bioéthique n° 2187, déposée le 23 juillet 2019, spéc. p. 172). Un système de transmission des données aux autorités sanitaires avait été prévu, mais n'a jamais été mis en œuvre (article L. 1244-6 CSP).

65 - Sur cette pratique, v. L. Bujan, « Aider les couples à devenir parents grâce au don de spermatozoïdes ou d'ovocytes : questions et modalités du choix des gamètes », in *Procréation Médecine et Don*, coordonné par P. Jouannet, 2<sup>ème</sup> édition, Médecine, Sciences, Lavoisier, p. 27 et s., spéc. p. 30.

66 - [L'arrêté du 30 juin 2017 relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques en assistance médicale à la procréation](#) prévoit ainsi qu'« un appariement entre le couple receveur et le donneur ou la donneuse de gamètes prenant en compte les caractéristiques physiques et les groupes sanguins du couple receveur est proposé, dans la mesure du possible si le couple le souhaite » (V6. Attribution et mise à disposition de gamètes, p. 40).

67 - V. sur ce point : Julie Mattiussi, *L'apparence de la personne physique - Pour la reconnaissance d'une liberté*, Collection thèses, LEH édition, 2018.

68 - Nouvel article L. 2143-4 du Code de la santé publique (Projet de loi adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343, article 3)

médicales resteraient cependant gérées uniquement au niveau des CECOS, ce qui devrait être précisé dans le décret d'application<sup>69</sup>.

Des données non identifiantes devraient être collectées et restent, là encore, à définir dans un décret. Dans l'étude d'impact sont ainsi mentionnées : la taille, le poids, la couleur des yeux, des cheveux, de la peau, les signes particuliers, le nombre et le sexe des enfants (sans doute hors enfants issus des dons, même si cela n'est pas précisé), la formation, la profession et les centres d'intérêts<sup>70</sup>... La loi elle-même prévoit le recueil d'informations nouvelles par le médecin (âge, état général au moment du don, tel qu'il le décrit, caractéristiques physiques, situation familiale et professionnelle, pays de naissance, motivations de son don, rédigées par lui<sup>71</sup>). La fédération des CECOS avait proposé que, comme dans le cas de l'accouchement sous X, une lettre puisse être laissée par le donneur, mais le parallèle n'a pas semblé totalement pertinent au législateur qui ne l'a pas retenu<sup>72</sup>, sous réserve des précisions susceptibles d'être apportées par le décret.

Pour centraliser les demandes d'accès aux origines, au lieu de confier cette tâche au CNAOP qui avait pourtant une expérience dans ce domaine<sup>73</sup>, le législateur a préféré la création d'une nouvelle Commission ad hoc, la Commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur<sup>74</sup>. Celle-ci serait composée de 15 membres. Elle recevrait les demandes, demanderait les données à l'Agence de la biomédecine, vérifierait que le consentement du tiers donneur a bien été recueilli au moment du don. La Commission informerait et accompagnerait les demandeurs et les tiers donneurs. Elle n'est, en revanche, pas chargée d'organiser une rencontre entre donneurs et enfants puisque seul un droit à la connaissance d'une information a été consacré.

Une mission particulière a été confiée à cette Commission

69 - Le nouvel article L. 2143-4 du Code de la santé publique (Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343, article 3) ne prévoit, en effet, que la transmission à l'agence de la biomédecine des données recueillies sur le fondement de l'article L. 2143-3, c'est-à-dire l'identité et les données non identifiantes concernant le donneur. La conservation des éléments médicaux relatifs au donneur est prévue aux articles R1211-25 et suivants CSP.

70 - Etude d'impact, sur le Projet de loi relatif à la bioéthique déposée le 23 juillet 2019, spéc. p. 153.

71 - Nouvel article L. 2143-3 du Code de la santé publique (Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343, article 3)

72 - Etude d'impact, sur le Projet de loi relatif à la bioéthique déposée le 23 juillet 2019, spéc. p. 154.

73 - V. en faveur d'une extension de la compétence du CNAOP : I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Odile Jacob, 2014, p. 232. La Commission spéciale du Sénat, dans le cadre de l'examen du texte en première lecture, s'est aussi prononcée dans ce sens (Rapport n° 237 (2019-2020) de Mmes Corinne IMBERT, Muriel JOURDA, MM. Olivier HENNO et Bernard JOMIER, fait au nom de la commission spéciale, déposé le 8 janvier 2020, spéc. p. 12 et 69).

74 - Sur la composition de cette commission et ses missions, v. les nouveaux articles 2143-6 et 2143-7 CSP (du Code de la santé publique (Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343, article 3).

s'agissant des personnes qui ont donné avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Elle doit, en effet, vérifier et centraliser les consentements des tiers donneurs qui ont fait un don avant l'entrée en vigueur de la loi et qui peuvent manifester auprès de la Commission leur accord à la transmission aux personnes majeures nées de leur don de leurs données non identifiantes d'ores et déjà détenues par les CECOS ainsi que leur accord à la communication de leur identité en cas de demande par ces personnes<sup>75</sup>. Une vaste campagne radiophonique pour informer les donneurs serait faite afin de leur indiquer qu'ils peuvent se faire connaître. Au-delà de cette première mission, la Commission serait en outre chargée d'informer les donneurs qui l'interroge sur le nombre d'enfants nés grâce aux dons<sup>76</sup>.

Si on compare les modalités de fonctionnement de cette commission et celles du CNAOP, une question surgit<sup>77</sup>. Pour saisir le CNAOP, il faut produire la copie intégrale de son acte de naissance mentionnant le jugement d'adoption ou la qualité de pupille de l'État, voire la copie du jugement d'adoption<sup>78</sup>. Un tel document sera-t-il exigé de la part des enfants issus du don ? On peut penser à une attestation du CECOS établissant que l'enfant en question est issu d'un don. Si ce n'est pas le cas, pourrait-on envisager que n'importe quel enfant puisse saisir la Commission pour savoir s'il est issu d'un don ? Les travaux préparatoires ne sont pas explicites sur cette question, mais le gouvernement posera, dans le décret prévu par le texte<sup>79</sup>, des conditions de saisine de la Commission ad hoc reposant sans doute sur l'existence d'une preuve que l'enfant est issu du don.

Au-delà de cette interrogation et une fois les modalités d'accès précisées, il convient de revenir sur les droits et obligations des donneurs, des enfants issus d'un don et des familles.

75 - Le nouvel article 2143-6. I, 5<sup>ème</sup> alinéa CSP précise que la Commission est notamment chargée « 5° De recueillir et d'enregistrer l'accord des tiers donneurs qui n'étaient pas soumis aux dispositions du présent chapitre au moment de leur don pour autoriser l'accès à leurs données non identifiantes et à leur identité ainsi que la transmission de ces données à l'Agence de la biomédecine » (Projet de loi adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343, article 3).

76 - Nouvel article L. 2143-5-1 CSP : « Le tiers donneur qui souhaite connaître le nombre d'enfants nés grâce à son don ainsi que leur sexe et leur année de naissance s'adresse à la commission prévue à l'article L. 2143-6 » (Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343, article 3).

77 - L'auteur remercie Mme Laurence Brunet qui lors des débats lui a soumis cette question à laquelle elle n'avait pas pensé. Aux Pays-Bas, par exemple, tout enfant peut savoir s'il a été conçu par don de gamètes en s'adressant à la Fondation for Donor Data qui tient un registre central de toutes les conceptions (« En France, la majorité des donneurs de spermatozoïdes est en faveur de l'anonymat », par J.-M. Kunstmann, P. Jouannet, J.-C. Juillard, J.-L. Bresson et la fédération française des CECOS, in *Procréation Médecine et Don*, coordonné par P. Jouannet, 2<sup>ème</sup> édition, Médecine, Sciences, Lavoisier, p. 189 et s., spéc. p. 199).

78 - V. les conditions de saisine du CNAOP figurant sur son site : <https://www.cnaop.gouv.fr/rechercher-ses-origines.html>.

79 - Le nouvel article L. 2143-9 CSP disposerait ainsi que les modalités d'application du présent chapitre notamment : « 3° La nature des pièces à joindre à la demande » faite à la Commission ad hoc seraient déterminées par décret en Conseil d'État.

### c) Les droits et obligations des donneurs des enfants issus d'un don et des familles

Les donneurs n'ont en principe aucun droit de connaître ou de contacter les enfants nés de leur don. La loi ne consacre que des droits au profit de l'enfant. Toutefois, a été voté à l'Assemblée en première lecture, un article un peu décalé par rapport à ce principe (article L. 2143-5-1 CSP), article déjà présenté plus haut, qui permet au donneur d'interroger la Commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur sur le nombre d'enfants, le sexe et l'année de naissance des enfants issus du don consacrant très partiellement mais consacrant tout de même un droit à l'information du donneur.

S'agissant des enfants, une demande assez forte de connaître les enfants issus d'un même don existait. Cette question a notamment été évoquée dans un amendement 2090 qui a été rejeté<sup>80</sup>. Celui-ci prévoyait la possibilité pour les personnes faisant une demande d'accès de mentionner leur volonté et la possibilité d'être contacté par leurs demi-sœurs et demi-frères génétiques. Le rapporteur de la loi devant l'Assemblée a estimé cependant que cette communication horizontale d'information était prématurée dans le contexte actuel.

S'agissant des parents des enfants issus du don, la question de leur obligation et celle de leurs droits se posaient également. Une interrogation a ainsi surgi sur le point de savoir si les parents avaient l'obligation d'informer leurs enfants que ces derniers sont issus d'un don de gamètes<sup>81</sup>. Il avait même été proposé, lors des débats devant l'Assemblée Nationale, que la mention du don de gamètes figure dans le dossier médical partagé de l'enfant et que ce dernier puisse ainsi, au moins à sa majorité avoir accès à cette information<sup>82</sup>. Auparavant, la mission Tournaine avait proposé de faire apparaître le mode de conception de l'enfant sur les actes de naissance<sup>83</sup>. Le législateur n'a finalement pas souhaité entrer dans l'intimité des familles. Il a seulement estimé dans son article L 2141-10 nouveau (11<sup>ème</sup> alinéa, après le 5, d)) que « les membres du couple sont incités à anticiper et à créer les conditions qui leur permettront d'informer l'enfant, avant

sa majorité, de ce qu'il est issu d'un don »<sup>84</sup>, sans consacrer aucune obligation dans ce domaine.

Une autre question se posait, au-delà de la problématique de l'appariement déjà évoquée sur la possibilité pour les parents de se voir transmettre données non identifiantes, ce qui les aurait peut-être aidés dans leur cheminement vers la transmission de la vérité de leur conception aux enfants. Cependant, le maintien du principe de l'anonymat du donneur a semblé plus important et un amendement en ce sens a été rejeté<sup>85</sup>.

Les choix fait par le gouvernement dans le projet de loi sont clairs et ont été peu modifiés au cours du vote devant l'Assemblée. Il faut souligner cependant que le Sénat ne semble pas vouloir retenir les mêmes options<sup>86</sup>. Les conséquences de ces choix doivent désormais être étudiés.

### III. - Conséquences du choix fait par le législateur

Le législateur a fait le choix de recueillir le consentement du donneur à la levée de l'anonymat au moment du don. Si ce dernier veut donner, il doit accepter que son identité soit révélée. L'alternative aurait pu consister à permettre au donneur de prendre une décision positive ou négative sur la révélation de son identité au moment où la demande d'accès était faite, tout en communiquant systématiquement à l'enfant des données non identifiantes. En consacrant une solution radicale, le législateur a fait naître de nombreuses questions relatives au droit transitoire **(A)** et a fait surgir un vrai risque de diminution des dons **(B)**.

#### A) La question du droit transitoire

S'agissant des dons antérieurs à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, aucun problème ne se serait, en effet, posé si l'option retenue avait été celle d'une recherche de l'accord du donneur au moment de la demande d'accès aux origines. C'est d'ailleurs ce qu'a constaté la Commission spéciale du Sénat, qui a examiné le texte en première lecture, et qui a proposé ce dispositif aussi par souci de simplicité<sup>87</sup>.

La consécration d'un accord recueilli ad initio a soulevé un certain nombre de questions sur la situation des personnes ayant donné ou ayant été conçues avant l'entrée en vigueur de la loi. Il était, à l'évidence, impossible de consacrer un accès à l'identité des donneurs n'ayant pas consenti, le Conseil d'État suggérant même qu'une telle solution aurait

80 - Amendement soutenu par Mme [Laurence Vanceunebrock-Mialon](#) lors de la Première séance publique du mercredi 2 octobre 2019 à l'Assemblée Nationale.

81 - Cela pourrait être d'autant plus nécessaire car la levée de l'anonymat des donneurs serait susceptible, selon certains, de favoriser « le recours au secret comme une défense du statut du père » (M. Marzano, « L'anonymat dans l'insémination avec don de sperme : un regard éthique », in Procréation Médecine et Don, coordonné par P. Jouannet, 2<sup>ème</sup> édition, Médecine, Sciences, Lavoisier, p. 129 et s., spéc. p. 133.

82 - Amendement 2558 soutenu par [Laëtitia Romeiro Dias](#) lors de la troisième séance publique du vendredi 27 septembre 2018 et qui a été rejeté.

83 - En effet, était proposée pour les enfants issus d'un don une déclaration commune anticipée devant notaire soumise à l'officier d'état civil lors de la déclaration de naissance de l'enfant et qui figurerait en marge de l'acte de naissance de celui-ci (Rapport n° 1572 de la Mission d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique (Jean-Louis Tournaine, 15 janvier 2019, p. 83 et s.).

84 - Projet de loi , adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343, article 3.

85 - Amendement 1610 soutenu par Mme [Bérangère Couillard](#) lors de la première séance publique du mercredi 2 octobre 2019 et qui a été rejeté

86 - V. ainsi le [rapport](#) n° 237 (2019-2020) de Mmes [Corinne IMBERT](#), [Muriel JOURDA](#), MM. [Olivier HENNO](#) et [Bernard JOMIER](#), fait au nom de la commission spéciale, déposé le 8 janvier 2020, spéc. p. 69 et s.) en faveur d'un recueil du consentement du donneur au moment où la demande est faite

87 - Cf. supra.

pu poser des problèmes constitutionnels<sup>88</sup>. Certains se sont interrogés sur la possibilité de demander aux CECOS de recontacter les donneurs pour recueillir leur consentement. Le Conseil d'État considérerait cependant que cette simple démarche aurait un impact sur vie des donneurs, donneurs qui avaient reçu l'assurance d'un anonymat absolu et définitif. En outre, la fédération des CECOS avait souligné qu'elle n'avait pas les budgets nécessaires pour réaliser une telle fouille pour retrouver les donneurs depuis 40 ans<sup>89</sup>. La solution adoptée par le législateur a donc été de laisser aux donneurs la possibilité de se manifester auprès de la Commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur.

Le législateur a en outre souhaité que le nouveau régime se mette rapidement en place pour ne plus faire naître des enfants privés de leur droit d'accès à leurs origines personnelles. Pour être plus précis sur le sujet, l'article 3, VI de la loi votée en première lecture par l'Assemblée Nationale prévoit, en effet, de nombreuses dispositions transitoires complexes, l'idée générale étant que le dispositif commencera à fonctionner, au plus tôt, le premier jour du treizième mois suivant la promulgation de la loi<sup>90</sup>. Un certain nombre de disposition entrerait en vigueur après cette date, les dates successives d'entrée en vigueur devant être fixées par décret<sup>91</sup>.

Le droit de demander l'accès à ses origines (nouvel article L'article L. 2143-2 CSP) ne s'appliquerait qu'aux personnes conçues par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur à compter de la date fixée par un décret<sup>92</sup>. Cependant, les enfants issus de don antérieurs pourraient s'adresser à la Commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur, à laquelle les donneurs pourraient communiquer leur accord<sup>93</sup>.

88 - Conseil d'Etat, Révision des lois de bioéthique : quelles options pour demain, 2018, p. 98.

89 - V. Etude d'impact, sur le Projet de loi relatif à la bioéthique déposé(e) le 23 juillet 2019, p. 151.

90 - Seuls les articles L. 2143-3 (recueil par le médecin des données non identifiantes et identifiantes relatives au donneur), L. 2143-5 (possibilité pour l'enfant de s'adresser à la Commission ad hoc), L. 2143-6 (missions de la Commission ad hoc) et L. 2143-8 (communication des données de l'agence de la biomédecine à la Commission ad hoc) CSP auraient une date d'entrée en vigueur déjà connue : le premier jour du treizième mois suivant la promulgation de la présente loi (A du VI, de l'article 3 du Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343).

91 - Les nouveaux articles L. 2143-4 (transmission des données relatives à l'identité et des données non identifiantes du donneur à l'agence de la biomédecine) et L. 2143-7 (composition de la Commission ad hoc) CSP entreraient en vigueur à une date fixée par décret, et au plus tard le premier jour du treizième mois suivant la promulgation de la loi (B du VI, de l'article 3 du Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343).

92 - A du VII, de l'article 3 du Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343).

93 - Les personnes majeures conçues par assistance médicale à la procréation avec tiers donneur à partir des embryons ou des gamètes utilisés pourraient se manifester, pour demander l'accès aux données non identifiantes du tiers donneur détenues par les CECOS et la Commission pourrait faire droit à cette demande si le donneur s'est manifesté (C et D du VII de l'article 3 du Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343).

En outre, à compter de la date fixée par ce décret, ne pourraient être utilisés pour toute insémination artificielle ou pour toute tentative d'assistance médicale à la procréation que les gamètes et les embryons pour lesquels les donneurs ont consenti à la transmission de leurs données non identifiantes et à la communication de leur identité<sup>94</sup>, la loi laissant aux personnes ayant donné avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions la possibilité de se manifester pour faire connaître leur accord<sup>95</sup>, ce qui permettrait l'utilisation de leurs gamètes même postérieurement à cette entrée en vigueur<sup>96</sup>. À la veille de la date fixée par ce décret, il serait, de plus, mis fin à la conservation des embryons proposés à l'accueil et des gamètes issus de dons réalisés avant le premier jour du treizième mois suivant la promulgation de loi<sup>97</sup> sauf pour les donneurs ayant fait connaître leur accord à la transmission de leur identité et de données non identifiantes.

Cette solution qui révèle une vision purement administrative de la gestion d'un stock est choquante<sup>98</sup> et fait peu de cas de l'acte de solidarité et de générosité que constitue le don de sperme, d'ovocytes ou d'embryons<sup>99</sup>. La seule atténuation à ce principe de destruction des stocks antérieurs résiderait dans le vote d'un amendement<sup>100</sup>, évoqué ci-dessus, qui permettrait aux personnes, qui ont donné avant l'entrée en vigueur de la loi, et qui déclare auprès de la Commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur rendre possible la levée de l'anonymat, de voir leurs gamètes rejoindre le stock en cours de constitution qui ne sera pas détruit. Cette destruction systématique accroîtra sans doute une des conséquences

94 - C du VI, de l'article 3 de la petite loi votée par l'Assemblée Nationale en première lecture.

95 - Les tiers donneurs dont les embryons ou les gamètes sont utilisés jusqu'à la date fixée par ce décret peuvent manifester auprès de la commission ad hoc leur accord à la transmission aux personnes majeures nées de leur don de leurs données non identifiantes d'ores et déjà détenues par les CECOS ainsi que leur accord à la communication de leur identité en cas de demande par ces mêmes personnes (B du VII de l'article 3 du Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343).

96 - Au plus tard à la date fixée par le décret susmentionné, les tiers donneurs qui ont effectué un don avant l'entrée en vigueur de l'article L. 2143-2 du code de la santé publique peuvent également se manifester auprès des CECOS pour donner leur accord à l'utilisation, à compter de la date fixée par ce décret, de leurs gamètes ou embryons qui sont en cours de conservation et à la communication de données non identifiantes et de leur identité (B bis (nouveau) du VII de l'article 3 du Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343).

97 - D du VI, de l'article 3 du Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale, relatif à la bioéthique le 15 octobre 2019, T.A. n° 343.

98 - V. en ce sens : [Rapport](#) n° 237 (2019-2020) de Mmes [Corinne IMBERT](#), [Muriel JOURDA](#), MM. [Olivier HENNO](#) et [Bernard JOMIER](#), fait au nom de la commission spéciale, déposé le 8 janvier 2020, spéc. p. 66.

99 - On peut ainsi rappeler ici les arguments évoqués par le Conseil d'Etat (CE Octapharma 23 juillet 2014, n° 349717, publié au Recueil Lebon) à l'encontre de la destruction d'un stock de produits sanguins labiles : La destruction des stocks de plasma SD, au seul motif qu'ils n'ont pas été fabriqués et ne peuvent être distribués sous le régime juridique des médicaments, serait de nature à ébranler durablement la confiance des donateurs et à déstabiliser profondément le système national de collecte du sang, reposant sur la gratuité du don.

100 - Amendement 2451 devenu le B bis (nouveau) du VII de l'article 3.

prévisibles de la levée de l'anonymat qui est la baisse des dons<sup>101</sup>.

## B) La baisse des dons

La deuxième conséquence prévisible de la levée obligatoire de l'anonymat est une baisse des dons. Le gouvernement dans les motifs de son projet de loi et lors des débats réfute cependant cette éventuelle conséquence<sup>102</sup>.

Avant d'envisager une éventuelle baisse des dons, il faut évoquer les chiffres actuels, ceux de l'agence de la biomédecine<sup>103</sup>. En 2016, 746 femmes ont donné des ovocytes et 363 hommes ont donné du sperme (dans les 29 centres actifs). Et 3500 nouveaux couples souffrant d'une infertilité médicale s'inscrivent chaque année. La demande devrait, en outre, être plus forte demain avec l'ouverture aux couples de femmes et aux femmes seules non mariées de l'assistance médicale à la procréation.

Le principe de gratuité du don n'est évidemment pas remis en cause par la nouvelle loi, aucune incitation financière<sup>104</sup> n'existe pour les donneurs/donneuses en France. Lors de notre entretien, le professeur Pierre Jouannet montre que trois éléments entrent en ligne de compte s'agissant de la motivation des donneurs : leur sensibilisation (qui peut se faire par une campagne de communication)<sup>105</sup>, la prise en charge dans la structure où les dons ont lieu, et le fait que le don ne coûte rien à la personne (en termes de temps, de transport et de frais médicaux...). En jouant sur l'ensemble de ces trois facteurs, il est peut-être possible de limiter les baisses des dons.

Selon l'Agence de la biomédecine, dans la plupart des pays qui ont fait le choix d'une levée de l'anonymat, une baisse du nombre de donneurs a été constatée. Ainsi, au Royaume-Uni, a été vue une augmentation des demandes des couples aux banques danoises de sperme. Selon le gouvernement français, cependant, après une baisse transitoire – sont cités en ce sens les exemples suédois et anglais, on assisterait à une remontée des dons avec le recrutement de nouveaux donneurs. Le gouvernement fait ainsi valoir un argument assez particulier : il y a tellement peu de donneurs qu'une

101 - V. en ce sens : « Gare à la pénurie de gamètes » Tribune de Mme Marie-Xavière Catto, Maître de conférences à l'Université Paris 1, Le Monde du 5 août 2019.

102 - V. sur cette question les inquiétudes du Sénat : [Rapport](#) n° 237 (2019-2020) de Mmes [Corinne IMBERT](#), [Muriel JOURDA](#), MM. [Olivier HENNO](#) et [Bernard JOMIER](#), fait au nom de la commission spéciale, déposé le 8 janvier 2020, spéc. p. 66.

103 - Sur ces chiffres, v. l'étude d'impact, sur le Projet de loi relatif à la bioéthique déposée le 23 juillet 2019, p. 28.

104 - A titre de comparaison, en Espagne, un don d'ovocyte est rémunéré autour de 900 euros. Au Danemark, un don de sperme est rémunéré entre 200 euros pour un don anonymes et 600 euros pour un don non anonyme.

105 - V. sur les effets des précédentes campagnes d'information : S. Hennebicq, J.-C. Juillard et la Fédération française des CECOS, « Quarante années d'activité d'AMP avec don de spermatozoïdes en France au sein des CECOS : données descriptives », in Procréation Médecine et Don, coordonné par P. Jouannet, 2<sup>ème</sup> édition, Médecine, Sciences, Lavoisier, p. 3 et s. spéc. p. 10.

campagne de publicité autour du don devrait permettre de renouveler entièrement les personnes susceptibles de donner<sup>106</sup>.

Dans ce domaine, toutefois, il semble que les arguments de droit comparé doivent être utilisés avec circonspection<sup>107</sup>. Ainsi, la Suède, est citée comme ayant vu les dons baisser puis remonter, mais beaucoup de couples suédois ont recours aux banques de sperme danoises<sup>108</sup>.

De même, en Grande-Bretagne, les chiffres du HFEA (Human fertilisation and embryology agency) montrent pour 2017 un total de 729 dons danois, 747 dons américains, pour seulement 491 dons britanniques<sup>109</sup>.

En outre, une étude réalisée auprès de 1021 candidats au don de gamètes (par le CHU Toulouse et la fédération des CECOS)<sup>110</sup> montre, s'agissant des donneurs ayant procréé, que le meilleur mode de don, pour eux est à 93 % don anonyme et que seulement 47 % donnerait si l'anonymat était levé<sup>111</sup>. Aussi, peut-on ne pas partager l'optimisme du gouvernement à ce sujet<sup>112</sup>.

En conclusion de cette intervention, il faut signaler le risque très fort, quoique puisse en dire le gouvernement, d'une baisse du nombre des donneurs. Cette baisse aura forcément comme conséquence, un recours plus important aux possibilités de dons proposés à l'étranger, recours qui n'est pas satisfaisant au regard du principe d'égalité et au regard du caractère rémunéré des don dans certains pays proposant une telle offre.

Au-delà de cette observation, quelques remarques plus générales sur les sources du droit et le vote de la loi peuvent

106 - V. ainsi les arguments développés par Agnès Buzyn et Frédérique Vidal présentés dans Rapport, n° 2243 de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi relatif à la bioéthique, présenté par M. Jean-Louis Touraine, Mme Coralie Dubost, M. Hervé Saulignac, M. Philippe Berta, M. Jean-François Eliaou et Mme Laëticia Romeiro Dias, déposé le 14 septembre 2019, p. 57 et s.

107 - V. sur ce point, les exemples très intéressants cités par J.-M. Kunstmann, P. Jouannet, J.-C. Juillard, J.-L. Bresson et la fédération française des CECOS, « En France, la majorité des donneurs de spermatozoïdes est en faveur de l'anonymat », in Procréation Médecine et Don, coordonné par P. Jouannet, 2<sup>ème</sup> édition, Médecine, Sciences, Lavoisier, p. 189 et s., spéc. p. 198. Les auteurs concluent que « de ce bref survol international, il ressort surtout la faiblesse des études qui ont été menées sur les conséquences de la levée de l'anonymat » (p. 119).

108 - Ibid, p.198.

109 - [HFEA key donor information update 2017](#), 29 octobre 2019.

110 - « Don de gamètes et anonymat : qu'en pensent les hommes et femmes candidats au don de gamètes? », Résultats préliminaires de l'étude prospective multicentrique : « Motivations et aspects psychologiques du don de gamètes », 1021 candidats au don de gamètes : 488 hommes et 533 femmes : étude prospective et multicentrique nationale menée, de 2016 à 2018, par l'équipe d'accueil EA3694 de l'université de Toulouse III intitulée « Groupe de Recherche en Fertilité Humaine » localisée au CHU de Toulouse et la Fédération française des CECOS (étude menée auprès de 20 CECOS répartis sur le territoire métropolitain).

111 - V. aussi dans le même sens avec des chiffres encore plus inquiétants : « En France, la majorité des donneurs de spermatozoïdes est en faveur de l'anonymat », par J.-M. Kunstmann, P. Jouannet, J.-C. Juillard, J.-L. Bresson et la fédération française des CECOS, in Procréation Médecine et Don, coordonné par P. Jouannet, 2<sup>ème</sup> édition, Médecine, Sciences, Lavoisier, p. 189 et s.

112 - V. notamment en ce sens, le [rapport de l'Académie de Médecine sur le Projet de loi Bioéthique](#), 18 septembre 2019.

être faites. Tout d'abord, le texte voté est assez loin de ce qui avait été proposé dans les différentes consultations antérieures à la loi, l'intérêt de ces consultations se pose si le législateur décide systématiquement de n'en faire aucun cas. Une réflexion plus générale sur la démocratie surgit à la lecture des travaux préparatoires<sup>113</sup> : Alors que les députés étaient là pour voter la loi (357 votes «pour», 114 votes «contre» et 74 abstentions), pendant les discussions, ils n'étaient plus qu'une centaine tout au plus (et le plus souvent une cinquantaine) pour discuter du texte<sup>114</sup>. Cette faible présence a peut-être comme conséquence une spécialisation accrue des députés présents et donc une bonne qualité des débats, on peut cependant regretter que sur un tel sujet de société, nos élus soient si peu nombreux à se déplacer !

**Anne Debet**

.....  
113 - Dans un sens plus positif s'agissant de l'élaboration de la loi, il faut néanmoins relever la très grande qualité de l'étude d'impact jointe au projet de loi.

114 - Voir par exemple, la première séance publique du mercredi 2 octobre 2019, discussion relative à l'accès aux origines avec 87 votants sur les amendements.