



JURISTES POUR L'ENFANCE

ASSOCIATION POUR LA PROMOTION ET LA DEFENSE DES DROITS DE L'ENFANT

Consultant auprès du Conseil économique et social de l'ONU

La pratique d'appariement dans les PMA avec tiers-donneur

Par Olivia Sarton – Directrice scientifique Juristes pour l'enfance

L'appariement dans les PMA avec-tiers donneur est une pratique qui consiste à attribuer au couple receveur, en fonction de ses caractéristiques, les gamètes de tel donneur plutôt que tel autre.

Il peut être effectué pour des raisons d'ordre médical, afin d'éviter un risque médico-génétique.

Il peut également être mis en œuvre afin que l'enfant conçu par PMA avec tiers-donneur ait les caractéristiques physiques les plus proches possibles de celles du couple receveur (couleur des yeux, des cheveux, de la peau, groupe sanguin).

1. Les règles applicables en l'état actuel de la législation

Il n'existe pas de disposition législative ou réglementaire relative à l'appariement.

Les articles R. 2142-24 et R. 2142-27 du Code de la Santé publique indiquent simplement pour les activités cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation que l'établissement de santé ou l'organisme doit respecter les règles de bonnes pratiques définies par arrêté du ministre chargé de la santé, pris sur proposition du directeur général de l'Agence de la biomédecine.

Ces règles sont aujourd'hui définies par un arrêté du 30 juin 2017¹.

Au chapitre V. Don de gamètes, un paragraphe V.6 définit les « bonnes pratiques » relatives à l'attribution et la mise à disposition des gamètes. Celles-ci sont les suivantes : « *Outre l'appariement résultant d'un facteur de risque relatif présent chez le donneur et le receveur, 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 et si le couple le souhaite* ».

2. Mise en œuvre de ces bonnes pratiques et contestation

¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf?id=RQohCWEb3f455UcrRnBqUmzksSs0uPNs9BC9diJyZ1o=>
Arrêté du 30 juin 2017 modifiant l'arrêté du 11 avril 2008 modifié relatif aux règles de bonnes pratiques cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation



Même si les bonnes pratiques définies par l'arrêté du 30 juin 2017 font de l'appariement une simple proposition faite au couple receveur, les CECOS le présentent comme une pratique banalisée : « *les gamètes et embryons de donneurs sont choisis, pour chaque couple en attente, principalement sur des caractéristiques physiques simples (origine ethnique, couleur des yeux et des cheveux)*² ».

Cependant, comme l'a exposé notamment en 2019 le docteur Catherine Rongières, Chef de service clinico-biologique d'assistance médicale à la procréation³, les critères peuvent varier d'un CECOS à l'autre :

- ainsi, dans le CECOS attaché au CHU de Bordeaux, la brochure relative au don d'ovocytes semble indiquer que l'appariement en fonction des caractéristiques physiques est une pratique mise en œuvre à la demande des couples seulement : « *il est autorisé de faire un appariement sur les caractères physiques principaux* » ; « *le délai moyen d'attente pour bénéficier d'un don d'ovocytes peut être rallongé s'il y a une demande de don d'ovocytes non caucasiens⁴ en raison du manque de donneuse* »⁵.
- Alors que dans le CECOS de Tours, la décision de l'appariement ou non en fonction des caractères physiques semble émaner de l'équipe médicale⁶. Cette pratique correspondrait à ce qui est exposé dans la brochure générale des CECOS (cf. ci-dessus).

A l'occasion du projet de loi de bioéthique, la contestation de la pratique de l'appariement est revenue sur le devant de la scène.

Il lui est surtout reproché de constituer une discrimination vis-à-vis de certains couples qui se verraient refuser des gamètes ne correspondant pas à leur phénotype et plus accessoirement de favoriser la culture du secret autour du recours au tiers-donneur, au détriment de l'intérêt des enfants ainsi nés.

3. La discrimination invoquée envers certains couples

L'argument de la contrariété de la pratique de l'appariement avec des dispositions législatives ne paraît pas fondé.

² https://www.cecocos.org/?page_id=4299

³ <https://donsdegametes-solidaires.fr/wp-content/uploads/2020/11/journee-infertilite.pdf>

⁴ Sans qu'il n'y ait aucune connotation négative de quelque nature que ce soit, seront repris dans cette note les termes habituellement utilisés pour qualifier l'origine des gamètes : type caucasien, type asiatique, type africain, type indien

⁵ <https://www.chu-bordeaux.fr/Les-services/Service-de-Biologie-de-la-reproduction-et-CECOS/CONSULTATIONS-ET-CECOS/COM0352-CECOS-receveur.pdf>

⁶ <https://donsdegametes-solidaires.fr/2020/11/22/lappariement-impose-aux-couples-noirs-par-le-cecocos/>

- Rappelons d'abord que la contestation de la pratique de l'appariement est liée à la situation de pénurie de gamètes.
Or, à cet égard, il ne paraît pas exact de soutenir comme l'a fait un député⁷ que « l'appariement lui-même organise la pénurie de gamètes pour certaines personnes ».
La pénurie de gamètes est une situation objective et connue en France. Selon les chiffres communiqués par la Cour de Comptes, le nombre de donneurs de sperme est réduit (404 donneurs en 2017) et le nombre d'ovocytes disponibles très largement insuffisant (en 2017, un peu plus d'1/3 des demandes d'ovocytes seulement auraient été satisfaites). La Cour estime d'ailleurs que « l'écart entre l'offre et la demande rend très ambitieux à droit constant l'objectif d'autosuffisance nationale en matière de gamètes⁸ »
La pénurie concerne surtout la fourniture d'ovocytes. On peut relever que cette situation est constatée même dans les pays où l'achat de gamètes est pratiqué.
Ce n'est donc pas l'appariement qui organise la pénurie de gamètes pour certaines personnes. Compte-tenu de cette situation de pénurie, il paraît abusif de parler de discrimination dans l'attribution des gamètes vis-à-vis de certaines personnes et de considérer, comme l'a soutenu une députée⁹, que l'appariement « pénalise les couples receveurs dont l'origine ethnique est telle que les donneurs font défaut et qui font face à des délais bien plus longs que les autres couples avant de pouvoir accéder à la PMA avec don de gamètes ».
- Il a encore été allégué¹⁰ que l'appariement serait contraire aux principes éthiques énoncés à l'article 16-4 du Code Civil aux termes duquel : « toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite ». L'appariement est ainsi dénoncé comme une pratique eugénique.
Mais, en réalité, n'est-ce pas la PMA telle qu'elle est pratiquée depuis plusieurs années qui porte en elle-même une dérive eugénique ? Le philosophe Jurgen Habermas a tiré le signal d'alarme sur ce point depuis déjà plusieurs années : un monde où l'on trie les gamètes et les embryons pour ne sélectionner que ceux qui passent avec succès des prérequis parentaux et des tests scientifiques ouvre « la voie à un eugénisme libéral réglé par l'offre et la demande¹¹ ».
- La pratique des CECOS encourt-elle la qualification pénale de pratiques discriminatoires ?
Aux termes de l'article 225-1 du Code pénal, « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, sexe, situation de famille, grossesse, apparence physique, (...), état de santé, caractéristiques génétiques (...) »¹². Mais elle ne constitue un délit passible de peine d'emprisonnement et d'amende que si elle amène le refus de la fourniture d'un bien ou d'un service pour l'un des motifs énoncés ci-dessus¹³.
L'article 225-3 du même Code précise que ces dispositions ne sont pas applicables aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour

⁷ Guillaume Chiche

⁸ <https://www.ccomptes.fr/system/files/2019-10/20191008-synthese-rapport-securite-sociale-2019.pdf>, p.365

⁹ Marie-Noëlle Battistel

¹⁰ Camille Galliard-Minier

¹¹ Jurgen Habermas, *L'avenir de la nature humain – Vers un eugénisme libéral ?* éditions Gallimard

¹² <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000006165298/>

¹³ Article 225-2 du Code pénal

objet la prévention et la couverture (...) des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne (...).

Dans la pratique des CECOS, il n'y a pas de refus du recours à la PMA avec tiers-donneurs vis-à-vis de certains couples à cause de leur origine ethnique. Leurs demandes d'accès à la PMA avec tiers-donneur sont acceptées. Mais la situation de pénurie (notamment d'ovocytes) peut empêcher leur satisfaction et ce, quelle que soit l'origine des demandeurs.

Peut-on considérer néanmoins qu'il y a discrimination dans l'attribution des gamètes disponibles, lorsqu'un couple d'origine africaine se voit contraint d'attendre des ovocytes issus d'une donneuse de type africain au lieu de pouvoir bénéficier d'ovocytes issus d'une donneuse de type caucasien ?

Notons à nouveau que cette pratique, qui serait mise en œuvre par certains CECOS (comme celui de Tours¹⁴), ne constitue pas un refus d'accéder à un service, puisque l'accès est seulement soumis à certaines conditions mais qui seraient très certainement appliquées de la même manière à un couple de type caucasien si seuls des ovocytes issus d'une donneuse de type africain étaient disponibles. Par ailleurs, la procédure de PMA avec tiers-donneur n'est pas non plus interrompue, elle est suspendue le temps que des gamètes de même type soient disponibles.

Il ne semble donc pas que l'on puisse considérer qu'il y aurait un refus de soin ou de prise en charge, et donc une discrimination. La pratique des CECOS se situerait plutôt dans la marge de manœuvre laissée par l'article L. 2141-10 du Code de la Santé publique qui prévoit qu'un délai de réflexion supplémentaire peut être nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître.

A cet égard, la problématique posée par la pénurie de gamètes, en particulier d'ovocytes issues de donneuses de type non-caucasien mérite d'être examinée. Là non plus, elle n'est pas propre à la France ; elle est également constatée dans les pays où la fourniture de gamètes est rémunérée¹⁵.

Or, statistiquement, les chiffres de l'infertilité, du recours au don, et du don par type de population/ethnie devraient représenter le même pourcentage du groupe total : si la population de type africain représente par exemple 10% de la population française, les femmes de type africain dans un parcours de PMA faisant une demande de don d'ovocytes devraient représenter 10% des femmes ayant recours à ce type de PMA avec tiers-donneur, et les donneuses de type africain devraient représenter 10% des donneuses. La pénurie de gamètes ne devrait donc pas être plus importante pour elles que pour les autres femmes.

Puisque tel n'est pas le cas, il serait intéressant d'effectuer des travaux de recherche pour comprendre pour quelles raisons le don de gamètes n'existe pas ou presque pas dans la

¹⁴ <https://donsdegametes-solidaires.fr/2020/11/22/lappariement-impose-aux-couples-noirs-par-le-cecos/>

¹⁵ Comme l'a relevé Lisa Ditkowski, analyste du secteur de la « fertilité », « il y a en particulier une grave pénurie de donneuses d'ovules d'origines ethniques diverses » (White paper: the fertility field mergers & acquisitions (m&a): frothy or the next frontier?" par Lisa Ditkowski, CFP® (Livre blanc : les fusions et acquisitions dans le domaine de la fertilité (m&a) : légèreté ou la prochaine frontière ? <http://www.pllush.com/blog/fertility-ivf-donor-eggs-shady-grove-fertility-centers-illinois-private-equ>)

population d'origine africaine, c'est-à-dire dans sa culture. Le résultat de ces travaux pourrait être pris en compte pour évaluer et peut-être modifier telle ou telle pratique des CECOS.

- La pratique du CECOS de Tours vis-à-vis de couples de type africain ou asiatique non-mixte ne peut être comparée avec l'interrogation rapportée par le Dr Roncières dans son exposé du 5 octobre 2019 puisque le cas rapporté diffère sensiblement¹⁶. Il s'agissait, dans cet exposé, d'un couple mixte (homme de type caucasien, femme de type africain) qui avait fait lui-même une demande d'appariement, par le choix d'ovocytes de type caucasien. Le CECOS était donc invité à se prononcer sur la demande d'appariement faite par le couple.

Or ce choix conduisait à rendre invisible, dans l'enfant conçu par cette PMA avec tiers-donneur, les caractéristiques physiques de la femme. Les membres du CECOS pouvaient légitimement s'interroger pour savoir si la demande ne traduisait pas, par exemple, un refus de l'homme de voir apparaître dans son enfant des caractères phénotypiques différents des siens, et s'il ne s'agissait pas d'un choix (conscient ou non) pour gommer l'altérité des origines de sa conjointe.

4. L'intérêt de l'enfant

- Lors des débats parlementaires, la question de l'appariement au regard de l'intérêt de l'enfant a été évoquée seulement sous l'angle du secret de la conception. L'appariement est apparu comme défavorable à l'intérêt de l'enfant car il permettrait de maintenir le secret sur le recours à un tiers-donneur¹⁷.

Il est certain qu'envisagé comme outil pour créer et maintenir le secret sur une paternité ou une maternité biologique qui n'existe pas, l'appariement est contraire à l'intérêt de l'enfant qui est, dans la mesure du possible, de « connaître ses parents¹⁸ ».

- La pratique de l'appariement a également été disqualifiée par un autre parlementaire qui a allégué que « personne n'a pu démontrer que le bien de l'enfant consistait à ressembler à ses parents. L'enfant à naître est le fruit d'un projet d'amour ; c'est la parenté qui fait la ressemblance, et non l'inverse »¹⁹.

¹⁶ <https://donsdegametes-solidaires.fr/wp-content/uploads/2020/11/journee-infertilite.pdf>

¹⁷ En effet, si dans l'hypothèse d'une PMA réalisée pour une femme ou pour deux femmes, l'information de l'enfant sur les conditions de sa conception semble aller de soi, en revanche elle n'est pas garantie lorsque la PMA avec tiers-donneur est effectuée au sein d'un couple homme-femme. Une version du projet de loi souhaitait inscrire dans la loi une incitation pour les parents à « créer les conditions pour informer » leur enfant des conditions de sa conception. Elle a finalement été abandonnée.

¹⁸ Article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant

¹⁹ Marc Delatte



S'il est certain que l'amour entre l'enfant et ses parents n'est pas conditionné par sa ressemblance physique avec eux, la pertinence de l'appariement au regard de l'intérêt de l'enfant ne peut cependant être ainsi balayée sans faire l'objet d'une étude plus approfondie.

A titre d'exemple l'enfant a droit, comme tout individu, au respect de sa vie privée. Ce droit est plus facilement garanti si l'enfant n'est pas susceptible d'être sans cesse questionné sur ses origines ou les circonstances de sa venue au monde, en raison de sa dissemblance avec ses parents ou le reste de sa famille.

Dans l'exemple d'un couple de receveurs tous deux de type africain ou de type asiatique auxquels on demanderait de patienter dans l'attente de gamètes issus d'un donneur ou d'une donneuse de type africain ou asiatique comme eux, on peut se demander si cette exigence ne respecte pas le droit de l'enfant de voir préserver son identité, celle-ci pouvant en partie être interprétée comme se transmettant par certains caractères phénotypiques. L'enfant de type caucasien ne reprochera-t-il pas un jour à ses parents de type africain d'avoir choisi pour lui un caractère phénotypique qui ne lui convient pas et qui ne lui permet pas d'être reconnu pour une personne d'origine africaine, dans tel ou tel contexte ?

La comparaison avec les situations d'adoption ne paraît pas être pertinente dans la mesure où les parents adoptifs ne sont pas à l'origine de la situation de l'enfant (être confié à l'adoption). Par ailleurs, dans l'adoption, il s'agit avant tout de donner une famille à un enfant qui en est privé. C'est pourquoi ce ne sont pas les candidats à l'adoption qui choisissent l'enfant²⁰, mais les organismes chargés de l'adoption (l'État ou des organismes agréés pour l'adoption) qui vont sélectionner, parmi les dossiers de candidats à l'adoption, une famille pour l'enfant à adopter.

Au-delà de ces difficultés et questionnements non résolus, la question de l'appariement pose la question plus vaste de l'intérêt de l'enfant dans la PMA avec tiers-donneur.

La difficulté, et même la souffrance, d'enfants nés de PMA avec tiers-donneur de ne pas connaître leurs origines est maintenant assez largement connue et reconnue. C'est pourquoi d'ailleurs le projet de loi de bioéthique²¹ prévoit la possibilité pour la personne issue d'une telle PMA d'accéder, à sa majorité, à l'identité du donneur.

Cependant, l'accès à l'identité du donneur serait-il suffisant pour préserver l'intérêt de l'enfant ? Certes, l'intérêt de l'enfant est une notion malléable mais elle comporte, au minimum, le respect des droits de l'enfant. Or, en vertu de la Convention internationale des droits de l'enfant, ce dernier a, dans la mesure du possible, non seulement le droit de connaître ses parents mais aussi d'être élevé par eux (article 7).

²⁰ Même s'il l'on peut considérer qu'il y a une sorte de choix lorsqu'ils acceptent que leur dossier de candidature soit présenté pour l'adoption de tel enfant mais pas de tel autre

²¹ A tout le moins dans les versions adoptées à l'Assemblée nationale puisque les versions adoptées par le Sénat subordonne l'accès à l'identité à l'expression du consentement par le tiers-donneur au moment où la demande est exprimée, ce qui fragilise grandement la possibilité pour l'enfant de pouvoir accéder à l'identité du tiers-donneur.

Dans ce texte, la réserve « dans la mesure du possible » a été introduite car l'engagement d'un État à faire respecter le droit de l'enfant ne peut être une obligation de résultat soit en raison de l'existence d'évènements sur lesquels il n'a aucune prise (décès du parent par exemple), soit en raison de l'existence d'un obstacle dirimant au maintien du lien entre l'enfant et le parent (parent se rendant coupable de sévices sexuels sur l'enfant par exemple). Si donc l'intérêt de l'enfant lui-même peut justifier la mise à l'écart des parents biologique, en revanche un État ne respecte pas le droit de l'enfant lorsqu'il le prive du droit de connaître ses parents et d'être élevés par eux non dans son intérêt à lui mais pour satisfaire le désir d'enfant d'autrui.

C'est pourquoi le recours aux gamètes extérieurs doit être envisagé au regard des droits et de l'intérêt de l'enfant, en lui-même et non seulement au regard de ses différentes modalités (anonymat ou non).

En droit français, toute personne a le droit de faire établir sa filiation biologique réelle²² au besoin en contestant tout d'abord une filiation supposée qui lui aurait été imposée²³, sous la seule réserve de la prescription des actions en justice. Seuls sont privés de ce droit les enfants issus de PMA avec tiers-donneur, pour lesquels la filiation fictive est incontestable (sauf s'il est établi que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée)²⁴.

Pour justifier la fin de non-recevoir opposée à l'enfant issu d'un don de gamètes, il est soutenu que le lien biologique serait indifférent pour l'enfant et que ce qui compte, pour lui, c'est l'amour qui lui est donné par ses parents. Or, pourquoi l'importance du lien biologique serait-elle reconnue au profit de la population générale et exclue au détriment des personnes issues d'un don de gamètes ? Et pourquoi, dans le cadre d'une PMA, l'importance du lien biologique serait déniée aux enfants et reconnue au profit des adultes ?

Pour l'adulte, « il suffit de voir ce qui se passe dans les PMA lorsqu'une femme est inséminée par erreur par les gamètes d'un autre homme que son conjoint, ou se voit implanter un embryon issu d'un autre couple : s'il est vrai que la filiation n'a rien à voir avec la biologie, cette erreur ne devrait pas avoir de conséquence. Or, la réalité est tout autre : pour les couples concernés, c'est un drame Si le lien biologique n'est en réalité pas indifférent pour les adultes, « comment considérer ensuite de façon péremptoire que, pour les enfants, il serait indifférent d'avoir comme parents leurs géniteurs ou n'importe qui d'autre ? »²⁵»

L'importance du lien biologique est encore démontrée récemment avec les affaires de médecins de centres de procréation médicalement assistée ayant utilisé leur propre sperme dans des PMA avec tiers-donneur, au lieu et place des gamètes de donneurs qu'ils prétendaient utiliser. Si le lien biologique était indifférent, il ne devrait y avoir aucune matière à procès. Que le sperme utilisé soit

²² Articles 325 et suivants du code civil

²³ Articles 332 et suivants du Code civil

²⁴ Articles 331-19 et 311-20 du Code civil

²⁵ Aude Mirkovic, « La PMA pour toutes, une mesure lunaire ? » in Gèneétique, 11 mars 2020

celui de Pierre, Paul, Jacques ou du médecin du centre de PMA, peu importe si le lien biologique ne compte pas. Or, les scandales qui éclatent montrent que ce n'est pas le cas²⁶.

Enfin, pourquoi limiter l'utilisation des gamètes d'une même personne si le lien biologique ne compte pas²⁷ ? Avec 7,7 milliards d'êtres humains sur la terre, la peur de relations amoureuses incestueuses fortuites n'est pas suffisante pour expliquer l'existence d'une règle de limitation de l'utilisation des gamètes d'une même personne.

5. Quel chemin pour concilier la souffrance des adultes et l'intérêt des enfants ?

La souffrance exprimée par les personnes qui ne peuvent pas avoir d'enfant est indéniable. Mais la réponse à leur désir et à leur souffrance doit-elle nécessairement passer par le recours à des techniques au prétexte que celles-ci existent ?

L'évolution de la procréation médicalement assistée depuis qu'elle existe montre que les limites dites éthiques posées à un moment sont sans cesse repoussées, sous des motifs variés²⁸ qui masquent les intérêts réels en jeu (notamment financiers). On s'achemine petit à petit vers une réification de l'enfant (tri des gamètes et des embryons par des critères médicaux mais aussi des critères de préférence tels le « matching de la personnalité » proposé en Espagne²⁹) et vers une marchandisation de l'être humain et de la procréation (vente à travers le monde de gamètes humains, d'embryons humains, exploitation de la femme dans ses fonctions de reproduction, etc.).

Plutôt que continuer dans cette voie qui compromet la dignité de l'être humain, ne pourrait-on pas réfléchir à d'autres solutions qui préservent l'intérêt supérieur de l'enfant ? Notamment, pourquoi ne pas changer de paradigme et plutôt que de fabriquer des enfants sur mesure, pourquoi ne pas mettre la priorité sur le besoin criant de prise en charge des enfants déjà nés ? Les médias relaient fréquemment les situations dramatiques d'enfants confiés à l'aide sociale à l'enfance (ASE) qui passent de foyer en foyer faute de familles d'accueil, ou celles d'enfants étrangers arrivant seuls sur le territoire français. Certes dans leur grande majorité ces enfants ne peuvent pas être confiés à des parents en vue de l'adoption. Ne pourraient-ils pas néanmoins être proposés à des adultes de renoncer au recours à la conception artificielle d'un enfant – ce qui implique le renoncement douloureux à avoir un enfant « en propre » - et d'accepter de devenir pour des enfants qui en ont tant besoin des tuteurs qui les aideraient à grandir et à se construire ?

13.04.2021

²⁶ <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Rotterdam/Nieuws/Paginas/Weduwe-en-erfgenamen-vruchtbaarheidsarts-moeten-DNA-vergelijkingsonderzoek-toestaan.aspx>

²⁷ <https://www.lemonde.fr/blog/lavventura/2021/03/25/donneur-de-sperme-en-serie/>

²⁸ « cela se pratique à l'étranger et en ne légalisant pas en France, on oblige les personnes à se rendre à l'étranger » ; « c'est l'évolution de la société » ; « puisque la technique permet de répondre au désir des personnes, pourquoi ne pas y accéder » ; « cela permet une amélioration de la santé de tous » etc.

²⁹ <https://www.whatsupdoc-lemag.fr/article/la-pma-la-clinique-espagnole-et-le-bebe-qui-vous-ressemble>

