

GIAPS

Groupe d'information et d'action sur les questions procréatives et sexuelles



asso.giaps@gmail.com

Lettre recommandée avec avis de réception.

Objet : Recours gracieux relatif à une page sur la ROPA du site internet de l'ABM

À l'attention de Monsieur Marc Destenay,
Directeur général par intérim de l'Agence de Biomédecine.

Fait à Paris, le 10 janvier 2023.

Monsieur le Directeur général,

Nous avons pris connaissance d'une page du site internet de l'Agence de la Biomédecine¹ qui répond à la question de savoir si la méthode ROPA est autorisée en France.

Il y est indiqué ceci :

« Non. La méthode ROPA (réception d'ovocytes de la partenaire) désigne une AMP réalisée au sein d'un couple de femmes, quand l'une fournit les ovocytes et l'autre porte l'enfant. Cette méthode n'est pas autorisée en France.

En France, il est interdit de pratiquer :

- La gestation pour autrui (GPA),
- La méthode ROPA (réception d'ovocytes de la partenaire),
- L'AMP post-mortem (qu'il s'agisse de l'utilisation des gamètes ou du transfert d'un embryon après le décès de la personne) »

(voir en pièce jointe la capture d'écran de la page litigieuse).

Cette page présente donc l'interdiction de la ROPA comme une interdiction légale, au même titre que celles de la GPA et de l'AMP *post mortem* qui existent effectivement en droit français².

Comme nous allons le voir après avoir rappelé le mécanisme et les implications médicales de la ROPA (I), l'affirmation de l'ABM revient à créer une règle de droit de nature réglementaire (II),

¹ www.procreation-medicale.fr/vos-questions/la-methode-ropa-est-elle-autorisee-en-france/

² La GPA est interdite par l'article 16-7 du code civil, selon lequel "toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle". La procréation *post mortem* l'est en vertu de l'alinéa 4 de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, selon lequel le décès d'un des membres du couple fait obstacle à l'insémination ou au transfert d'embryon,

contraire aux dispositions légales car rien n'interdit la ROPA dans le droit français (III), et ce y compris si elle est à entendre comme la réception des ovocytes *du* partenaire (IV). Pour ces raisons, nous formulons par la présente un recours gracieux en modification de cette page.

I) La méthode ROPA

La méthode ROPA consiste, au sein d'un couple de femmes, à concevoir avec les ovocytes de l'une un embryon dont la gestation sera assurée par l'autre.

En l'état actuel des techniques, cette méthode suppose :

- d'administrer à la femme non gestatrice des traitements hormonaux de stimulation ovarienne et de déclenchement de l'ovulation, puis d'effectuer une ponction ovocytaire réalisée sous anesthésie locale ou générale,
- de procéder à une fécondation *in vitro* avec les ovocytes recueillis, sélectionner un ou deux embryons en résultant et cryoconserver les éventuels embryons surnuméraires pour des tentatives ultérieures,
- de transférer le ou les embryons dans l'utérus de la gestatrice, à laquelle aura préalablement été administré un traitement hormonal visant à préparer l'endomètre à l'implantation de l'embryon.

La procédure médicale de recueil d'ovocytes mise en oeuvre pour une ROPA est identique à celle mise en oeuvre pour les femmes :

- souhaitant procréer avec leurs propres ovocytes mais devant recourir à une FIV pour des raisons médicales ou d'infertilité, y compris lorsque les facteurs d'infertilité concernent uniquement l'homme au sein d'un couple hétérosexuel (ce qui est le cas toutes les fois où une ICSI-FIV est pratiquée pour cause d'infertilité masculine),
- souhaitant donner leurs ovocytes,
- souhaitant auto-conserver leurs ovocytes pour une raison médicale ou à des fins préventives.

La réalisation d'une FIV avec des ovocytes autres que ceux de la gestatrice conduit à des aléas supplémentaires, par exemple un risque accru de pré-éclampsie pour la femme gestatrice. En cas de ROPA, ces aléas ne sont pas supérieurs à ceux associés à une FIV réalisée avec les ovocytes d'une tierce donneuse.

Aussi, lorsque l'alternative est de recourir à un don d'ovocyte, l'utilisation des ovocytes de la partenaire n'induit aucun risque supplémentaire pour l'enfant à naître, pour la femme gestatrice, ou pour sa partenaire par rapport à une donneuse d'ovocytes.

II) Une règle de droit de nature réglementaire

Il ressort de la jurisprudence administrative que les éléments d'une foire aux questions (FAQ) peuvent faire l'objet d'un recours administratif dès lors qu'il s'agit d'un document de portée générale émanant d'une autorité publique.

En effet, selon le Conseil d'Etat, « les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres

personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices » (Conseil d'État, Section, 12/06/2020, 418142, §1). Le recours administratif à l'égard d'un tel document doit être accueilli, notamment "si l'interprétation du droit positif qu'il comporte en méconnaît le sens et la portée ou s'il est pris en vue de la mise en oeuvre d'une règle contraire à une norme juridique supérieure" (Conseil d'État, Section, 12/06/2020, 418142, §2).

La FAQ de l'Agence de la biomédecine constitue un document de portée générale, émanant d'un établissement administratif, offrant une présentation du droit positif qui, comme on va le voir, en méconnaît le sens et la portée et est contraire à une norme juridique supérieure, le droit français n'interdisant pas la pratique de la ROPA.

III) Une règle de droit illégale

A. L'absence d'interdiction de la ROPA par la loi ayant ouvert l'AMP aux couples de femmes

Lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique, la méthode de la ROPA a été discutée. En particulier, lors de la deuxième lecture du texte à l'Assemblée nationale, la commission spéciale a introduit un nouvel alinéa au sein de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, encore en discussion, disposant que « Par dérogation au premier alinéa de l'article L. 1244-7, le don de gamètes peut être autorisé au sein d'un couple de deux femmes dans le cas d'une infertilité de l'une d'entre elles ». Il a également été proposé d'ajouter à l'article L. 2141-3 du code de la santé publique un alinéa prévoyant que « Lorsque l'assistance médicale à la procréation implique un couple de deux femmes, les demandeurs peuvent recourir, quand cela est possible, à l'utilisation des gamètes des membres du couple ou de l'un ou l'autre des membres du couple, après avis de l'équipe clinico-pluridisciplinaire » (Texte n°3181, adopté par la commission spéciale, sur le projet de loi n°2658 relatif à la bioéthique modifié par le Sénat).

Le gouvernement, opposé à cette pratique, a par la suite fait adopter par amendement la suppression de ces dispositions au motif que "cette introduction remet en cause un principe fondamental de la médecine : celui de ne pas pratiquer d'acte médical non nécessaire et non justifié médicalement" (amendement n°2166 (Rect), déposé le 23 juillet 2020, exposé des motifs).

En définitive, aucune disposition de la loi du 2 août 2021 ayant ouvert l'AMP aux couples de femmes n'a garanti le droit à la mise en œuvre d'une ROPA dans ce cas, mais aucune n'a explicitement interdit celle-ci.

B. Une méthode *de facto* et *de jure* autorisée

La seconde partie de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a posé le principe selon lequel "Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas". Par conséquent, la méthode ROPA

doit être considérée comme autorisée car force est de constater qu'elle n'est nullement interdite en droit français.

En particulier, aucun des trois arguments développés par les parlementaires et les membres du gouvernement défavorables à la ROPA, à savoir l'idée qu'elle constituerait une forme de GPA (1°) ou de don dirigé (2°) et que sa mise en œuvre conduirait à réaliser des actes médicaux non nécessaires et non justifiés médicalement (3°), ne résiste à une analyse juridique rigoureuse.

1°) La ROPA ne peut être considérée comme une forme de GPA dans la mesure où la femme qui porte l'enfant et en accouchera en sera légalement la mère (art. 311-25 du Code civil), contrairement à la femme porteuse dans la gestation pour autrui. Considère-t-on qu'au sein d'un couple hétérosexuel, l'homme qui contribue à concevoir un enfant avec ses spermatozoïdes en vue d'en devenir le père, et dont la partenaire assure la grossesse, fait réaliser à son profit une "gestation pour le compte d'autrui" ? À partir du moment où la femme qui porte l'enfant a vocation à en devenir juridiquement la mère, elle ne réalise pas une gestation pour le compte d'autrui mais pour son propre compte, et la nature de cet acte est indépendante du sexe de l'autre parent contribuant biologiquement, par ses spermatozoïdes ou ses ovocytes, à la conception de l'enfant à naître.

2°) La ROPA ne peut être considérée comme un don dirigé d'une femme vers l'autre ni selon l'esprit de la loi, ni selon sa lettre. En effet, le don en matière bioéthique réside dans le consentement à un prélèvement ou à un recueil au profit d'un tiers, à charge pour l'administration de l'affecter. Or dans la ROPA, la partenaire ne donne pas ses ovocytes pour qu'ils soient ensuite affectés au profit d'un tiers. Elle consent à leur prélèvement dans le cadre de son propre projet parental. Plus précisément, alors que le "don" de gamètes implique de ne pas pouvoir établir de lien de filiation entre le "tiers donneur" et l'enfant issu du don (art. 342-9 al. 1er du Code civil), la femme du couple qui fournit ses ovocytes a vocation à devenir la mère de l'enfant par le biais du consentement (au don de sperme nécessaire par ailleurs) et de la reconnaissance conjointe anticipée recueillis par le notaire (art. 342-11 à -13 du Code civil³). Ainsi, à l'instar de l'homme dont le sperme peut être recueilli ou prélevé dans le testicule afin d'éviter de recourir au sperme d'un tiers, sans que l'on ne considère que l'homme ne procède à un "don dirigé", une femme peut se faire prélever ses ovocytes dans le cadre de son propre projet parental. Comme l'homme d'un couple hétérosexuel qui contribue à concevoir un enfant avec ses spermatozoïdes, la femme d'un couple lesbien qui contribue à concevoir l'enfant avec ses ovocytes n'est pas un "tiers" et ne fait pas "don" de ceux-ci. De fait, l'article L. 1244-7 du Code de la santé publique, aux termes duquel le don dirigé est interdit, évoque spécifiquement le "couple receveur" et la personne procédant au don de ses gamètes "en faveur d'un couple tiers". Or, dans le cas de la ROPA, il n'y a pas de "couple receveur" ni de "couple tiers" : le couple ne reçoit rien puisque les ovocytes utilisés font

³ Extrait de l'article 342-13 du Code civil : "La femme qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, fait obstacle à la remise à l'officier de l'état civil de la reconnaissance conjointe mentionnée à l'article 324-10 engage sa responsabilité. En cas d'absence de remise de la reconnaissance conjointe mentionnée au même article 342-10, celle-ci peut être communiquée à l'officier de l'état civil par le procureur de la République à la demande de l'enfant majeur, de son représentant légal s'il est mineur ou de toute personne ayant intérêt à agir en justice".

partie de ses ressources, et la femme dont les ovocytes seront prélevés ne les donne pas à un couple tiers puisqu'elle est membre du couple qui va les mobiliser.

3°) La troisième hypothèse est la seule qui aurait pu conduire à une illégalité, mais il faut alors la préciser. La mise en œuvre d'une ROPA ne conduit pas nécessairement à réaliser des actes médicaux inutiles ou non justifiés médicalement. En effet, il arrive qu'au sein d'un couple de femmes, les ovocytes de celle qui veut ou peut mener la grossesse ne puissent être utilisés (risque de transmission d'une maladie génétique grave, insuffisance ovarienne ou échec des tentatives de fécondation dû à la qualité des ovocytes). Dans cette situation, les principes du droit médical⁴ invitent à privilégier le recours aux ressources biologiques disponibles au sein du couple avant de se tourner vers une tierce donneuse⁵. Notons que dans le cas de certaines formes d'infertilité masculine au sein d'un couple hétérosexuel, on procède à des FIV-ICSI au lieu de recourir à un tiers donneur de sperme, ce qui induit des manipulations médicales et des risques supplémentaires qu'on choisit de réaliser et de prendre uniquement parce qu'on privilégie le recours à une ressource gamétique dont dispose le couple.

Cette optimisation se justifie d'autant plus dans un contexte de pénurie de donneuses d'ovocytes, susceptible d'entraîner un report du projet procréatif, ce qui non seulement est problématique en soi mais tend en outre à diminuer les chances de succès de l'AMP et à augmenter les risques, liés à l'âge, pour la femme gestatrice.

Par ailleurs, le recours à une tierce donneuse n'évite aucun acte médical non nécessaire puisque celle-ci subit exactement la même procédure médicale que la femme du couple qui fournirait ses ovocytes, sans pour autant prendre part au projet parental. Il est même possible que celle-ci ait déjà auto-conservé ses ovocytes et le cas échéant, le recours à ses ovocytes s'impose d'autant plus que les actes médicaux ont déjà eu lieu. Quant à la nécessité de procéder à une FIV, qu'il s'agisse d'une ROPA ou d'un don d'ovocytes, elle est inévitable dans l'hypothèse considérée.

⁴ Cf. le principe de nécessité de l'acte médical, exprimé à l'art. 16-3 al. 1^{er} du Code civil : « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui », ou encore le principe de proportionnalité de celui-ci, que l'on retrouve notamment à l'article R.4127-70 du Code de la santé publique : un médecin "ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, entreprendre ou poursuivre des soins, ni formuler des prescriptions dans des domaines qui dépassent [...] les moyens dont il dispose". Dans le cas où des ovocytes issus de dons ne sont pas disponibles au moment où le couple souhaite recourir à l'AMP, imposer d'attendre leur disponibilité au lieu d'utiliser les ovocytes de la partenaire contrevient à ce principe. Par ailleurs, selon l'article R.4127-95 du même code, un médecin exerçant en tant que salarié "doit toujours agir, en priorité, dans l'intérêt de la santé publique". Ne pas privilégier une solution qui réserve les ovocytes issus de donneuses aux couples hétérosexuels ou aux femmes seules qui n'ont pas le possibilité de procéder à une ROPA contrevient également à ce principe.

⁵ Le caractère subsidiaire du recours au don de gamètes était explicitement prévu jusqu'à la loi du 7 août 2004 pour les couples hétérosexuels, par l'ancien art. L. 2141-6 du CSP : "L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir", ou encore par l'ancien art. L. 2141-7 du CSP abrogé par la loi du 2 août 2021 : "L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur peut être mise en oeuvre lorsqu'il existe un risque de transmission d'une maladie d'une particulière gravité à l'enfant ou à un membre du couple, lorsque les techniques d'assistance médicale à la procréation au sein du couple ne peuvent aboutir ou lorsque le couple, dûment informé dans les conditions prévues à l'article L. 2141-10, renonce à une assistance médicale à la procréation au sein du couple". Ces dernières dispositions ont été abrogées dans la mesure où l'extension de l'accès à l'AMP aux couples de femmes et aux femmes seules non mariées implique nécessairement de recourir à un donneur de spermatozoïdes.

IV. La réception des ovocytes *du* partenaire

L'ensemble des arguments développés ci-dessus s'impose également lorsqu'il s'agit d'envisager la réception des ovocytes *du* partenaire au sein d'un couple formé d'un homme trans⁶ et d'une femme cis. Les ovocytes de l'homme trans – qui ont pu être conservés avant la transition hormonale – devraient être utilisés en cas d'indication médicale empêchant l'utilisation des ovocytes de la femme cis (risque de transmission d'une maladie génétique grave, insuffisance ovarienne ou échec des tentatives de fécondation dû à la qualité des ovocytes) au sein de tels couples formés d'un homme et d'une femme au sens de l'état civil.

Dans cette situation, la filiation de l'homme trans s'établira, comme c'est déjà le cas, conformément à son sexe à l'état civil. De la même manière que pour l'homme infertile d'un couple hétérosexuel, la paternité sera établie à l'égard de l'homme ayant fourni ses ovocytes par présomption de paternité, s'il est marié avec la mère, ou par reconnaissance dans le cas contraire. Aucune difficulté particulière ne se posera pour la filiation maternelle qui résultera, quant à elle, de l'accouchement, sans considération de l'origine des ovocytes.

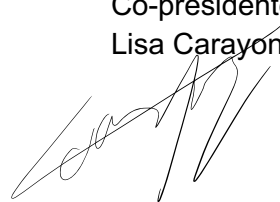
Pour l'ensemble de ces raisons, nous vous demandons de corriger sans délai la page de la FAQ qui indique que la méthode ROPA est aujourd'hui interdite en France. Concomitamment, il conviendra de recommander aux CECOS et centres d'AMP de mettre en œuvre la ROPA plutôt que de recourir à une donneuse d'ovocyte, dès lors que la ou le partenaire de la gestatrice consent à subir les actes médicaux nécessaires au recueil d'ovocytes ou que ses ovocytes sont déjà auto-conservés, et que le recours à ses ovocytes n'entraîne pas de difficultés ou risques spécifiques.

En l'absence de réponse favorable à notre requête, nous nous réservons la possibilité de saisir les juridictions compétentes.

Nous vous prions de croire, Monsieur le directeur, à l'expression de nos sentiments distingués.

Pièce jointe : capture d'écran de la page litigieuse.

Co-présidente du GIAPS
Lisa Carayon



⁶ Nous visons ici par "homme trans" uniquement la personne qui a changé de mention de sexe à l'état civil (sexe masculin à l'issue de la procédure de changement de la mention du sexe à l'état civil) ; en l'absence d'un tel changement, la personne doit être considérée comme une femme.