

N°s 467467 467776 QPC

M. L...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 27 mars 2023

Décision du 7 avril 2023

CONCLUSIONS

M. Laurent DOMINGO, Rapporteur public

N° 467467

Lorsque, en 1994 (loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal), il s'était saisi de la question du don de gamètes et d'embryons dans le cadre de la procréation médicalement assistée, le législateur avait fait le choix, tout en ayant conscience qu'il s'agissait, à ses yeux, de la moins mauvaise solution du point de vue essentiellement de la protection des intérêts des enfants nés d'une PMA, subsidiairement de celle des intérêts du donneur, de la règle d'ordre public de l'anonymat régissant les dons d'éléments et produits du corps humain (v. les travaux parlementaires, cités notamment par E. Crepey, concl. sur avis, 13 juin 2013, M. M..., n°362981, Rec. p. 157, RFDA 2013, p. 1051).

Se sont ainsi appliquées aux dons de gamètes et d'embryons les dispositions inscrites dans le Code civil à l'article 16-8 selon lesquelles « Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. / En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci » et les dispositions de l'article L. 665-14 du code de la santé publique devenu l'article L. 1211-5, selon lesquelles « 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 don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. / Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique », complétées par les dispositions pénales de l'article 511-10 du code pénal.

Le législateur a confirmé ce choix avec la loi du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique (v. préalablement les réflexions de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat sur l'anonymat du don, « La révision des lois de bioéthique », 2009, p. 52 et s.).

Saisi à nouveau de la question, en 2019 (v. préalablement les nouvelles réflexions de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? », 2018, p. 95 et s.), le législateur, avec la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, à cette fois fait évoluer le cadre juridique applicable et a défini un

nouvel équilibre entre anonymat et accès aux origines, selon des modalités qui n'ont pas toutes eu l'assentiment du gouvernement.

Le législateur a maintenu le principe de l'anonymat du don, mais il a reconnu des droits aux enfants nés après assistance médicale à la procréation et devenus majeurs en matière d'accès à l'identité et aux données non identifiantes du donneur. Figure désormais dans le Code civil un article 16-8-1 selon lequel (alinéa 2) « le principe d'anonymat du don ne fait pas obstacle à l'accès de la personne majeure née d'une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur, sur sa demande, à des données non identifiantes ou à l'identité du tiers donneur, dans les conditions prévues [par] le code de la santé publique »¹.

L'article L. 2143-5 du code de la santé publique, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2022, prévoit que « la personne qui, à sa majorité, souhaite accéder aux données non identifiantes relatives au tiers donneur ou à l'identité du tiers donneur s'adresse à la commission » d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur. Ce souhait d'accéder à son origine biologique peut s'exercer selon deux régimes juridiques, selon sa date de conception : un droit d'accès proprement dit et un simple droit de demander cet accès.

- S'agissant des personnes conçues à compter d'une date fixée par décret, lequel n'a toujours pas été pris à ce jour, elles disposeront d'un droit en vertu duquel elles pourront, une fois devenues majeures, accéder à l'identité et aux données non identifiantes du donneur, sachant qu'elles auront été conçues à partir d'un don pour lequel le donneur aura nécessairement consenti à l'exercice de ce droit.

En effet, pour rappel, au stade du projet de loi, le gouvernement avait saisi les formations consultatives du Conseil d'Etat de deux versions de ce qui était alors l'article 3, soit un article 3 dans lequel l'accès à l'identité et aux données non identifiantes du donneur était subordonné au consentement, à caractère facultatif, du donneur exprimé préalablement à son don, et un article 3 bis dans lequel l'accès aux données non identifiantes était subordonné au même consentement préalable du donneur mais où l'accès à son identité supposait l'expression de son consentement au moment où l'enfant en ferait la demande. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat, dans son avis public du 18 juillet 2019, avait fait connaître sa préférence pour l'article 3 bis. Le gouvernement avait fait le choix de présenter au Parlement l'article 3.

Le Parlement a finalement adopté une version 3ter, plus exactement dans la loi promulguée un article 5, selon lequel les personnes qui souhaitent procéder à un don de gamètes ou proposer leur embryon à l'accueil consentent préalablement et expressément à la communication de leur identité et de leurs données non identifiantes. En cas de refus, ces personnes ne peuvent procéder à ce don ou proposer cet accueil. Admettre le droit des enfants issus du don de connaître, s'ils le souhaitent, à leur majorité, l'identité du donneur et ses données non identifiantes est donc dorénavant une condition du don.

Le législateur a aussi prévu qu'à compter de la date fixée par le décret à intervenir, ne pourront être utilisés pour une 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

¹ L'article 511-10 du code pénal ayant été aménagé en conséquence.

non identifiantes et à la communication de leur identité en cas de demande des personnes nées de leur don (ce qui peut inclure, le cas échéant, des dons antérieurs au nouveau régime de dons si le donneur a ultérieurement donné son consentement au droit d'accès ; à défaut, les gamètes et les embryons issus des dons antérieurs sont détruits la veille de la date fixée par le décret).

- S'agissant des personnes conçues avant la date fixée par le décret à venir, c'est-à-dire, aujourd'hui, toutes les personnes nées ou à naître après utilisation d'un don effectué selon l'ancien régime juridique, elles peuvent, une fois majeure, solliciter la commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur en vue d'accéder à l'identité du donneur et à ses données non-identifiantes.

Il sera fait droit à cette demande si le donneur est d'accord.

Comme le prévoit le B du VIII de l'article 5 de la loi bioéthique du 2 août 2021, le donneur peut prendre l'initiative de manifester auprès de la commission son accord à la transmission aux personnes majeures nées de son don de son identité et/ou de ses données non identifiantes. C'était la seule disposition envisagée par le gouvernement. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat, dans son avis public précitée, y avait vu un dispositif qui « préserve le droit au respect de la vie privée des anciens donneurs, tout en ménageant une possibilité pour les enfants issus de leurs dons de connaître leurs origines ».

Le Parlement est allé plus loin. Il a également prévu au 6° de l'article L. 2143-6 du code de la santé publique que la commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur, lorsqu'elle est saisie d'une demande d'une personne majeure, est chargée de contacter le donneur afin de solliciter et de recueillir son consentement à la communication de son identité et de ses données non identifiantes.

C'est cette dernière hypothèse qui donne lieu à la première QPC soulevée par M. L....

M. L... est, en sa qualité président de l'association « Dons de gamètes solidaires », qui est une association qui défend les intérêts des donneurs, membre de la commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur. Il vous a saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre le décret n° 2022-1187 du 25 août 2022 relatif à l'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur pris en application de l'article 5 de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique et portant modification des dispositions relatives à l'assistance médicale à la procréation, et c'est à cette occasion qu'il a soulevé la question de la constitutionnalité du 6° de l'article L. 2143-6 du code de la santé publique, en invoquant notamment le droit au respect de la vie privée du donneur et le droit au respect de sa vie familiale.

Cette disposition est applicable au litige, dès lors que le décret attaqué prévoit les conditions dans lesquelles la commission assure la mise en œuvre des demandes d'accès auprès de donneurs qui n'étaient pas soumis, au moment de leur don, au nouveau régime.

Cette disposition n'a pas été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, qui ne s'est pas prononcé, dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 2021-821 DC du 29 juillet 2021, sur cet aspect de la loi bioéthique.

Il reste donc à savoir si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux au sens de l'article 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

La question nouvelle est notamment celle, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel (décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009), qui justifie, en opportunité, de la renvoyer compte-tenu des enjeux en présence. C'est le cas en l'espèce. Le législateur a défini un nouvel équilibre entre les droits et intérêts du donneur, de la personne née avec l'utilisation d'un don, le cas échéant de la famille du premier et de celle du second et plus globalement il a modifié l'esprit général du droit dorénavant applicable à toutes les personnes nées après l'utilisation d'un don, qu'elles soient déjà devenues majeures ou quand elles le deviendront, et par ricochet à tous les donneurs qui sont à l'origine d'un don utilisé pour concevoir ces personnes. L'enjeu social, avant même qu'il soit juridique, de la question posée est suffisant pour la faire trancher par le Conseil constitutionnel

En outre, la question soulevée peut être regardée comme sérieuse, en partie du moins. Non pas au seul motif qu'elle affecte la vie privée du donneur et le cas échéant sa vie familiale. Est également en jeu la vie privée d'une autre personne qui cherche à obtenir des informations sur son identité personnelle. C'est au législateur de définir un équilibre et on sait que l'article 61-1 de la Constitution, à l'instar de l'article 61, ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement.

Mais surtout parce que, sans être formellement rétroactive, la loi bioéthique du 2 août 2021 a modifié, pour l'avenir, l'état du droit dans lequel les donneurs pouvaient avoir la conviction que leur don resterait pour eux un acte du passé, incertain et secret, car il n'était alors pas possible de savoir ou d'apprendre si son don avait été utilisé, s'il avait donné lieu à une naissance et qui était né, ce qui, pour des donneurs, pouvait légitimement être considéré comme une garantie, au moment du don, d'être épargné, dans le futur, par des questionnements de conscience. Dans le nouvel état du droit, ce même donneur peut subitement apprendre qu'un produit de son corps a contribué à donner la vie et que la personne en question souhaite connaître son identité. Il peut certes refuser, mais probablement après avoir résolu quelques sérieuses interrogations morales.

Or, si la loi a prévu que des donneurs puissent spontanément prendre l'initiative de faire connaître à la commission leur consentement à ce que leur identité et leurs données non identifiantes soient communiquées en cas de demande, elle n'a par ex. pas prévu, réciproquement, la démarche inverse consistant pour un donneur à informer préventivement la commission qu'il ne souhaite pas être contacté en cas de demande². Or, la volonté de la

² Et, en pratique, le formulaire utilisé pour l'expression du consentement dans le cadre des art. R. 2143-7 et R. 2143-8 du code de la santé publique (issus du décret du 25 août 2022), qui est le formulaire de l'article R. 2143-4 (dons soumis au régime du consentement préalable obligatoire), ne prévoit que l'expression d'un consentement et ne comporte pas la possibilité de refuser, par principe, d'être contacté (v. Arrêté du 29 août 2022 fixant le contenu du formulaire de consentement du tiers donneur à la communication de son identité et de

personne, et le respect de cette volonté, est une composante du droit au respect de la vie privée (dans un autre domaine, v. par ex. Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011, Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation).

Peut ainsi se poser un sujet, tout à fait sérieux, de constitutionnalité dans le dispositif adopté par le Parlement, qui justifie lui aussi le renvoi de la QPC.

Nous concluons donc au renvoi de la QPC dirigée contre le 6° de l'article L. 2143-6 du code de la santé publique.

N° 467776

En 1994, le législateur avait consacré un autre principe en matière de procréation médicalement assistée, énoncé à l'article 311-19 du Code civil, selon lequel « en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation ». Ce principe, d'occultation de la « vérité biologique », n'a pas été modifié depuis. Il se trouve maintenant à l'article 342-9. L'article 342-9, en effaçant toute parenté biologique³, préserve la finalité du projet d'assistance médicale à la procréation, qui est un projet parental.

M. L... a également soulevé une QPC contre cette disposition du Code civil, en soutenant qu'elle méconnaît notamment la liberté personnelle et le droit de mener une vie familiale normale au motif qu'elle ferait obstacle à la filiation adoptive.

La question est soulevée à l'appui d'un recours qu'il a formé contre l'arrêté du 29 août 2022 relatif au consentement à la proposition à l'accueil d'un ou plusieurs embryons, lequel a pour objet de prévoir des formulaires de consentement. Dans plusieurs de ces formulaires, il est rappelé qu'aucun lien de filiation ne pourra être établi entre l'enfant né et le ou les donneurs. La disposition du Code civil est ainsi applicable au litige

Il se trouve que le Conseil constitutionnel a déjà déclaré conforme à la Constitution, dans sa décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, l'article 311-19 du Code civil, devenu l'article 342-9. Toutefois, à cette date, le principe de l'anonymat entre donneur et enfant né du don s'appliquait sans tempérament et sans pouvoir le contourner non plus. L'article 311-19 avait ainsi moins pour objet d'empêcher l'établissement d'une filiation qui, en pratique, ne pouvait être envisagée, que de permettre l'établissement de la filiation à l'égard des deux membres du couple.

Cependant, depuis quelques années, la possibilité de retrouver, en pratique, le donneur, par l'intermédiaire de sites en ligne de comparaison des ADN, est apparue. Et aujourd'hui, avec les modifications apportées par loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, la loi, qui prévoit aussi, en outre, que l'assistance médicale à la procréation n'est plus

ses données non identifiantes aux personnes majeures nées de son don et le contenu du formulaire de collecte de son identité et de ses données non identifiantes, JORF du 31 août 2022).

³ v. F. Terré, D. Fenouillet, Ch. Goldie-Genicon, « Droit civil. La famille », Précis Dalloz, 2018, n° 897.

nécessairement un projet de couple, permet aux personnes nées après utilisation d'un don d'accéder, selon les modalités dorénavant prévues par le code de la santé publique, à l'identité du donneur. Compte-tenu de ces évolutions, les situations pouvant donner lieu à des souhaits de filiation sont réelles. Il y a lieu de considérer qu'un changement dans les circonstances justifie que la question de la constitutionnalité de l'article 342-9 soit posée à nouveau.

Cet article 342-9 prend place, dans le Code civil, dans le Titre relatif à la filiation et dans un Chapitre spécifique à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur. Sa portée est de faire obstacle à ce que le don implique, par lui-même, la filiation. Il peut être interprété comme n'ayant pas pour effet de faire obstacle, si les conditions en sont par ailleurs remplies, à l'application des dispositions du Titre suivant, celui sur la filiation adoptive. Un lien de filiation pourrait en effet s'établir, par adoption, entre le donneur et l'enfant né après utilisation de ce don, alors même que la vérité biologique n'avait pas eu cet effet.

Il n'en demeure pas moins que la réponse à cette question de droit civil, sur laquelle la Cour de cassation ne s'est pas prononcée, n'est pas évidente. Par ex. les auteurs du Dalloz Action « Droit de la famille » affirment que « s'agissant des modes d'établissement de la filiation, sont concernés tous les modes d'établissement, qu'ils soient contentieux ou non contentieux. L'adoption de l'enfant par le donneur est également exclue »⁴.

La QPC de M. L... pose une question qui, elle aussi, mérite d'être tranchée par le Conseil constitutionnel.

Nous concluons donc également au renvoi de la QPC dirigée contre l'article 342-9 du Code civil.

Tel est le sens de nos conclusions dans ces deux affaires.

⁴ P. Murat et autres, 2019, n° 217.451.