

N° 6797¹

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2015-2016

PROPOSITION DE LOI

relative à l'assistance médicale à la procréation

* * *

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT

(2.2.2016)

Par dépêche du 30 avril 2015, le Premier ministre, ministre d'État soumit à l'avis du Conseil d'État, la proposition de loi relative à l'assistance médicale à la procréation, déposée à la Chambre des députés en date du 24 mars 2015 par le député Fernand Kartheiser et déclarée recevable par la Chambre des députés le 28 avril 2015. Au texte de la proposition de loi étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

Cette proposition de loi n'a pas fait l'objet d'une prise de position du Gouvernement, ni d'un quelconque avis qui aurait été transmis au Conseil d'État. Or, le Conseil d'État estime qu'une prise de position gouvernementale se serait imposée au vu de l'importance du sujet.

*

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

L'auteur de la proposition de loi sous revue situe celle-ci explicitement par rapport au projet de loi portant réforme du droit de la filiation, modifiant le Code civil, le Nouveau Code de procédure civile, le Code pénal, la loi du 11-21 germinal an XI relative aux prénoms et changement de noms, et la loi communale du 13 décembre 1988 (doc. parl. n° 6568). En effet, il indique que c'est „pour pallier l'insuffisance du projet n° 6568, qu'est déposée la présente proposition de loi“. La formulation des dispositions relatives à la filiation concernant des situations de procréation médicalement assistée (PMA) engendre implicitement des conséquences sur l'accessibilité aux techniques de PMA pour des personnes ayant ensemble ou seul un désir d'enfant, notamment en fonction de la catégorisation retenue pour ces personnes.

Les insuffisances que l'auteur reproche au projet de loi précité sont les suivantes:

- Il ne limite pas l'accès aux techniques de PMA aux personnes hétérosexuelles mariées.
- Il prévoit la possibilité d'un tiers donneur, c.-à-d. la PMA hétérologue, par opposition à la PMA homologue.
- Il ne prévoirait aucune disposition concernant la gestation pour autrui.

En ce qui concerne ce dernier point, il convient d'évoquer le point 2) de l'article I^{er} du projet de loi précité, qui prévoit de compléter au Titre préliminaire „De la publication, des effets et de l'application des lois en général“ l'article 6 du Code civil d'un alinéa 2 libellé comme suit:

„Toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui est nulle.“

Quant aux deux premiers points, l'auteur de la proposition de loi entend limiter l'accès de la PMA aux couples hétérosexuels pour autant qu'ils soient mariés, tous les deux en âge de procréer, et sans qu'il y ait recours à des gamètes d'un tiers donneur. C'est pour l'auteur la seule exception envisageable à une règle qui voudrait que la procréation soit réservée à „l'union naturelle de l'homme et de la femme“, c'est-à-dire la transmission de la vie humaine telle qu'elle est opérée par la copulation, à laquelle ne pourrait se substituer aucune autre technique de procréation faisant fi des „règles de la nature“. Une conséquence logique d'une telle approche voudrait que tout lien de filiation qui n'est pas

basé sur ce mode de reproduction et ne respecte pas „le caractère absolument central de la filiation père-mère“ est „objectivement faux“, voire „faux et invraisemblable“. Selon l’auteur, il appartient à la société d’intervenir pour protéger les enfants „objets des désirs des adultes“. Reste cependant à déterminer si les enfants qui sont le fruit du désir de futurs parents de les élever avec amour sont à plaindre par rapport à ceux qui sont le fruit d’une simple pulsion sexuelle ou d’une contraception inefficace.

Au Luxembourg, les techniques de PMA telles que définies par l’auteur sont régulièrement pratiquées depuis environ 10 ans. La fécondation *in vitro* est réservée au milieu hospitalier à un service de procréation médicalement assistée conformément au plan hospitalier national depuis l’entrée en vigueur du règlement grand-ducal du 18 avril 2001 établissant le plan hospitalier national, ce service national étant actuellement localisé au Centre hospitalier de Luxembourg. L’insémination artificielle, qui consiste à placer dans l’utérus des spermatozoïdes qui ont été sélectionnés au préalable parmi ceux d’un échantillon, provenant du partenaire ou d’un tiers donneur, est effectuée au Luxembourg à différents endroits. Même si aucun abus ne semble avoir été constaté au Luxembourg pendant toutes ces années, un cadre légal concernant l’accessibilité aux différentes techniques de PMA est nécessaire, tel que l’a d’ailleurs exprimé le Conseil d’État dans son avis du 4 avril 2006 sur un projet de loi portant notamment approbation de la Convention sur les Droits de l’Homme et la biomédecine, ouverte à la signature, à Oviedo, le 4 avril 1997 et de ses protocoles additionnels, approbation qui reste toujours en attente (doc. parl. n° 5528¹), et réitéré dans son avis du 10 décembre 2015 sur le projet de loi portant réforme du droit de la filiation (doc. parl. n° 6568), estimant qu’il appartient au Gouvernement de légiférer en parallèle sur les questions de filiation liées à la procréation médicalement assistée et le procédé de l’assistance médicale à la procréation en tant que tel.

*

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1^{er}

Cet article comporte seize définitions qui ont toutes, sauf la première, un fondement scientifique. À noter que les expressions sous f) et h) ne sont plus employées dans le dispositif qui suit.

En ce qui concerne la première définition de l’expression „assistance médicale à la procréation“, le terme „en particulier“ est à supprimer, alors qu’il revêt un caractère exemplatif non exhaustif. L’expression „en dehors de l’union naturelle de l’homme et de la femme“ reste à être précisée. Le Conseil d’État préconise de s’inspirer dans une future législation sur la PMA de la définition utilisée dans la loi belge du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes¹, et de donner à cette définition le libellé suivant:

„procréation médicalement assistée: ensemble de modalités et conditions d’application de techniques médicales d’assistance à la reproduction dans lesquelles est réalisée:

1° soit une insémination artificielle,

2° soit une des techniques de fécondation *in vitro*, c’est-à-dire des techniques dans lesquelles il est, à un moment du processus, donné accès à l’ovocyte ou à l’embryon“.

Article 2

L’alinéa 1^{er} reprend la définition se trouvant sous l’article 1^{er}, point a). Le libellé est toutefois légèrement différent. Le Conseil d’État demande par conséquent sa suppression.

L’alinéa 2 mentionne la technique de congélation ultra-rapide des ovules. Cette technique n’a pas été définie à l’article 1^{er}. Il semble s’agir de la vitrification. Selon le commentaire des articles, elle devrait éviter la conception d’embryons en surnombre et rendre leur congélation inutile. Or, l’avantage avéré de cette nouvelle technique est de permettre aux femmes de conserver leurs ovules pour permettre une procréation à terme, notamment à un âge où la fertilité physiologique est en baisse („*social freezing*“). Un autre avantage souvent avancé est que cette technique facilite le don d’ovocytes. Il ressort cependant de l’exposé des motifs de l’auteur qu’il entend justement interdire ces pratiques. L’objectif déclaré pour lequel l’auteur entend par contre autoriser la technique de vitrification est celui d’éviter

¹ Article 2 de la loi modifiée du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, Moniteur, 17 juillet 2007.

la congélation d'embryons, et il veut du coup interdire cette technique par la disposition introduite à l'alinéa 3. Par ailleurs, une disposition figurant à l'alinéa 4 entend limiter l'obtention et le transfert d'embryons à deux. Or, ces approches sont fortement contestées dans la communauté scientifique, alors qu'elles diminuent la probabilité pour aboutir à une fécondation réussie². S'il y a un intérêt certain de limiter le nombre de transferts d'embryons, ce nombre doit être déterminé par l'équipe médicale au cas par cas au lieu d'être dicté par une disposition légale qui impose une approche systématique indifférenciée. Dans le commentaire de cet article, l'auteur ne justifie pas cette limitation des modalités thérapeutiques qui a comme conséquence de désavantager les couples disposant d'embryons à faible viabilité par rapport à des couples dont les embryons sont plus adaptés à s'implanter.

L'alinéa 5 prévoit l'interdiction de la procréation pour autrui et de la gestation pour autrui. Le Conseil d'État se réfère à cet égard à son avis du 10 décembre 2015 sur le projet de loi précité (doc. parl. n° 6568¹⁴), et plus particulièrement à ses observations y faites à l'endroit du point 2) de l'article I^{er}.

Article 3

Cet article s'inspire de l'article L. 2141-2. du Code de la santé publique français.

L'alinéa 1^{er} de cet article retient deux indications pour la PMA: le traitement de l'infertilité d'un couple de sexe différent et le risque de la transmission d'une maladie grave et incurable. La non-considération des couples de même sexe crée une inégalité devant l'accès à la PMA fondée sur l'orientation sexuelle qui ne pourrait trouver une justification qu'en présence d'arguments mettant en évidence des disparités objectives, rationnellement justifiées, adéquates et proportionnées à leur but. La seule évocation de l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut pas suffire à cette exigence. Comme l'a fait remarquer le Conseil d'État dans son avis complémentaire du 4 juin 2013 sur le projet de loi concernant la réforme du mariage (doc. parl. n° 6172A⁵), l'absence d'autres arguments susceptibles de justifier la disparité envisagée marque l'incompatibilité d'une telle approche avec l'article 10*bis* de la Constitution et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

À l'alinéa 2, la restriction aux couples de sexe différent est renforcée puisque, selon cet alinéa, le couple en question doit être marié. Comme les règles de non-discrimination qui exigent un traitement identique des partenaires et des époux doivent trouver leur application en ce qui concerne l'accès à la PMA, cette disposition est également contraire à l'article 10*bis* de la Constitution. En effet, la justification d'un traitement différent n'est pas donnée par l'argument de l'auteur développé dans le commentaire de cet article que le partenariat au sens de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats n'offrirait pas les mêmes perspectives de stabilité à l'enfant que le mariage.

Une autre restriction impose que les deux partenaires soient en „âge de procréer“. À défaut d'une précision de cette notion par la fixation d'un âge déterminé, pour chacun des deux sexes concernés, cette disposition est inacceptable pour des raisons d'insécurité juridique. En effet, en France, la disposition imposant aux couples d'être „en âge de procréer“ pose des difficultés d'application aux praticiens, auxquels il revient d'apprécier si les membres du couple sont en âge de procréer et d'imposer les limites aux couples qui les consultent. Les différences éventuelles d'appréciation d'une équipe médicale à l'autre sont en outre susceptibles de créer des inégalités d'accès à l'AMP³.

En ce qui concerne l'alinéa 3, le Conseil d'État renvoie à ses observations faites en rapport avec l'alinéa 3 de l'article 313-1 du projet de loi précité.

Pour toutes les raisons mentionnées ci-avant, le Conseil d'État s'oppose formellement à l'article sous revue.

Article 4

Cet article interdit le recours à un tiers donneur, qui est actuellement pratiqué au Luxembourg comme dans les pays limitrophes. Avec cette restriction, l'auteur interdit le traitement de tous les cas d'infertilité de couples où un des deux partenaires ne dispose pas de gamètes fonctionnels. Il crée donc ainsi une inégalité dans l'accès au traitement de couples souffrant du même syndrome qu'est l'infertilité. Cette différence de traitement porte atteinte au principe d'égalité devant la loi, inscrit à l'article 10*bis* de la Constitution. Le Conseil d'État s'oppose dès lors formellement au maintien de l'article 4 en projet.

2 Communiqué de la Fédération française d'étude de la reproduction du 4 février 2011

3 Source: <http://www.Étatsgenerauxdelabioethique.fr/>

Article 5

Cet article interdit la recherche sur l'embryon humain, les cellules souches embryonnaires et les lignées de cellules embryonnaires lorsqu'elle comporte ou implique, directement ou indirectement, une atteinte à l'intégrité de l'embryon. Dans son avis précité du 4 avril 2006, le Conseil d'État considérait „que la réglementation de la recherche sur l'embryon devrait être intégrée dans une loi sur la recherche biomédicale tenant plus explicitement compte des dispositions du Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédicale et reprenant également l'interdiction du clonage reproductif. Le projet de loi relatif à la recherche biomédicale (doc. parl. n° 5552) devrait réunir ces dispositions.“

Dans son avis 23 émis en 2011⁴, la Commission consultative nationale d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé (C.N.E.) s'est prononcée à l'unanimité pour une recherche encadrée sur les cellules souches embryonnaires, à limiter aux seuls embryons surnuméraires issus d'un projet parental, ceci à condition d'un accord explicite des parents. Au plan éthique, la C.N.E. a justifié cette position en relevant que dans le conflit entre le respect dû au statut de l'embryon en tant que futur être humain et le devoir de compassion auquel doit obéir la recherche, ce dernier devoir doit l'emporter comme constituant un moindre mal par rapport au mal incontournable de l'anéantissement pur et simple de l'embryon. Le Conseil d'État partage cette approche et ne peut donc pas souscrire à cette attitude inconditionnelle proposée par l'auteur.

L'auteur dresse un cadre pour le diagnostic préimplantatoire, en prévoyant pour ce cas particulier la conservation d'embryons. Le diagnostic préimplantatoire repose sur une fécondation *in vitro* et la possibilité qu'un nombre important d'embryons puisse être obtenu assurant statistiquement la présence d'au moins un embryon sain qui pourra être transféré. Le Conseil d'État s'interroge si la limitation du nombre maximum d'embryons à prélever telle que fixée à l'endroit de l'article 2 en projet s'applique également pour le diagnostic préimplantatoire. Dans la négative, quel est le sort à réserver aux embryons surnuméraires? En effet, cette production importante d'embryons soulève la question sur l'avenir des embryons surnuméraires qui n'auront pas été sélectionnés pour l'implantation. L'auteur reste muet sur le devenir de ces embryons surnuméraires, tout comme sur celui des embryons surnuméraires existant avant l'entrée en vigueur de la proposition de loi, hormis qu'il a exclu avec l'alinéa 1^{er} l'utilisation de ces embryons sous certaines conditions à des fins de recherche comme préconisé par la C.N.E.

Article 6

Cet article prévoit des dispositions concernant l'information du couple. Le Conseil d'État estime que le contenu de ces informations qui sont données sous la responsabilité du médecin prenant en charge le couple ne doivent pas faire l'objet d'une disposition légale et recommande la suppression de cet article.

Si l'article est maintenu, il convient, sous peine d'opposition formelle, de préciser la notion d'„établissement“. De même, l'expression „équipe pluridisciplinaire compétente“ est source d'insécurité juridique et rencontre l'opposition formelle du Conseil d'État. Quelles sont les disciplines concernées? S'agit-il de professions de la santé, et, si oui, lesquelles? Selon quelles modalités est déterminée la compétence? Comment la liberté de choix des membres de cette équipe par le couple s'opère-t-elle?

L'auteur prévoit qu'un assistant social peut „vérifier la motivation de l'homme et de la femme“. Quelle motivation doit exactement être vérifiée? Pour des raisons d'insécurité, le Conseil d'État doit s'opposer formellement à cette disposition, qui n'est d'ailleurs pas compatible avec les attributions de cette profession.

La notion de „dernier entretien“, à partir de laquelle un délai de réflexion d'un mois est censé commencer, n'est pas précisée; le Conseil d'État doit s'y opposer formellement.

Le Conseil d'État s'étonne que l'auteur précise que „l'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire“, ce qui laisse croire que ce principe n'est pas généralement valable dans le domaine biomédical.

⁴ Intitulé „Aspects éthiques de la médicalisation de la conception humaine“

Article 7

Au vu de ses développements à l'endroit de l'article 3 ci-avant, le Conseil d'État propose la suppression du bout de phrase „en cas d'infertilité avérée et aux conditions de l'article 3“.

Article 8

Cet article devrait figurer au Chapitre II, puisqu'il fait partie des conditions d'autorisation et de fonctionnement d'une entité pratiquant la PMA.

Article 9

Cette disposition interdit l'anonymat du tiers donneur. Comme le recours à un tiers donneur est interdit par la proposition de loi sous avis, elle ne peut s'appliquer qu'à des tiers donneurs ayant fait un don de gamètes avant son entrée en vigueur. Il y a donc un effet de rétroactivité. En ce qui concerne le principe de l'anonymat du donneur, le Conseil d'État renvoie à ses observations faites dans son avis précité du 10 décembre 2015.

Chapitre II

Ce chapitre a trait aux conditions d'autorisation et de fonctionnement des établissements de santé, des laboratoires de biologie médicale et des autres organismes.

Le texte sous avis ne donne pas de définition ni de la notion „établissement de santé“ ni de la notion „établissement“.

Actuellement, les activités de fécondation *in vitro* sont réservées au milieu hospitalier, contrairement aux inséminations artificielles.

Le Conseil d'État recommande que les dispositions sur les PMA soient inscrites dans la législation hospitalière, qui pourra, le cas échéant, déterminer quelles méthodes ne doivent pas être réservées au milieu hospitalier.

Aussi le Conseil d'État se dispense-t-il d'un examen des dispositions y relatives dans la proposition de loi sous rubrique.

Chapitre III

Eu égard aux observations faites à l'endroit du chapitre II, le Conseil d'État estime que le contrôle des activités relatives à la PMA revient à la Direction de la santé. De même, d'éventuelles dispositions pénales devraient être inscrites dans la législation hospitalière.

Dès lors, le Conseil d'État se dispense-t-il d'un examen des dispositions y relatives dans la proposition de loi sous rubrique.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 2 février 2016.

Le Secrétaire général,
Marc BESCH

La Présidente,
Viviane ECKER

