

Chronique du 20 mars 2025

Anais Hauser, Dre iur., post-doctorante à l'Université de Neuchâtel, titulaire du brevet d'avocate

LPMA

Filiation

Newsletter mars 2025

Révision de la LPMA: mieux garantir l'égalité de traitement des couples concernés et le droit à l'autodétermination des femmes en matière de choix procréatifs

I. Etat des lieux et chronologie

La réglementation suisse en matière de procréation médicalement assistée est très restrictive sur les conditions d'accès et les méthodes autorisées. A cet égard, le don d'ovules, c'est-à-dire la donation d'ovocytes en vue d'un projet parental¹, est actuellement interdit. Si la Constitution est muette à ce sujet – alors qu'elle prohibe expressément le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution (art. 119 al. 2 let. d Cst.) – l'interdiction du don d'ovocytes est inscrite à l'art. 4 de la Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998 (RS 810.11 ; ci-après: LPMA).

La question de l'admission du don d'ovocytes n'est pas nouvelle dans les débats parlementaires² et a souvent été étudiée et commentée par la doctrine juridique. Notamment, l'inégalité de traitement entre les hommes et les femmes causée par l'interdiction du don d'ovocytes est régulièrement soulignée et, à juste titre, critiquée³. Le Conseil fédéral a admis en 2015 déjà que l'interdiction actuelle du don d'ovules est non seulement contraire au principe d'égalité de traitement garanti par la Constitution, mais porte également atteinte à la liberté personnelle, qui protège le désir d'enfant des couples concernés⁴.

Soulignons également qu'en raison de l'interdiction du don d'ovocytes, de nombreux couples se rendent dans un autre pays afin d'en bénéficier. Selon une étude de 2021, le don d'ovocytes est la

1. Commission Nationale d'Ethique dans le domaine de la médecine humaine, Le don d'ovules. Considérations éthiques et juridiques, n°41/2022, p. 5. ←

2. Notamment: Initiative parlementaire Jacques Neiryck (12.487) «Autoriser le don d'ovule», 2012; Motion Rosmarie Quadranti (17.3047) «Autorisation et réglementation du don d'ovules», 2017; Initiative parlementaire Katja Christ (21.421) «Légaliser enfin le don d'ovules en Suisse!», 2021; Motion CSEC (21.4341) «Réaliser le désir d'enfant. Légaliser le don d'ovules pour les couples mariés», 2021. ←

3. Notamment: FMedG-Büchler/Clausen, in: Büchler/Rütsche (édit.), Kommentar, Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG), Berne 2020, N 14, ad art. 4; Büchler Andrea, Le don d'ovules en Suisse de lege lata et de lege ferenda, Avis de droit sur mandat de l'Office fédéral de la santé publique, 2013, p. 23; Perrenoud Stéphanie, La protection de la maternité, Etude de droit suisse, international et européen, Berne 2015, p. 43; Savioz-Viaccoz Valérie, L'embryon in vitro: émergence d'un nouvel objet de droit, Genève Zurich Bâle 2021, N 1376, p. 428; Steiner Regula/Roggo Antoine, Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der allogenen Eizelltransplantation – der so genannten «Eizellenspende», p. 479 s.; Commission Nationale d'Ethique dans le domaine de la médecine, La procréation médicalement assistée. Considérations éthiques et propositions pour l'avenir, n°22/2013, p. 42; Commission Nationale d'Ethique dans le domaine de la médecine (note 1), p. 26. ←

4. Conseil fédéral, Modernisation du droit de la famille, Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607), mars 2015, p. 39. ←

procédure la plus utilisée par les couples ayant recours au tourisme procréatif, car correspondant à 82,17% des voyages⁵.

Le Conseil national et le Conseil des Etats ont adopté une motion en faveur du don d'ovules, «Réaliser le désir d'enfant. Légaliser le don d'ovules pour les couples mariés», en mars, respectivement en septembre 2022. Le 29 janvier 2025, le Conseil fédéral, prenant la décision de réviser entièrement la LPMA, a déterminé les grandes lignes de cette révision dont l'élément central est l'admission du don d'ovocytes. Le Département fédéral de l'intérieur a pour mission de préparer un projet destiné à la consultation d'ici fin 2026.

Cet article a pour vocation de présenter les éléments qui devraient être discutés lors de l'élaboration du projet de révision et ainsi les possibles modifications de la LPMA (II.). En raison des progrès scientifiques en matière de PMA et de la pluralité des projets parentaux, d'autres questions mériteraient néanmoins d'être posées dans le cadre d'une révision de la LPMA. Ces thématiques, qui ne seront vraisemblablement pas concrètement étudiées dans le cadre de cette révision, seront mentionnées à la section III.

5. Siegl Veronika/Bigler Christine *et al.*, Transnationale reproduktive Mobilität aus der Schweiz, Gutachten verfasst im Auftrag des Bundesamtes für Gesundheit, 2021, p. 3, 31 et 43. ↩

II. Les modifications annoncées

A. L'admission du don d'ovocytes

Le législateur a principalement expliqué son choix d'interdire le don d'ovocytes par des arguments supposés défendre d'une part, les intérêts des enfants et d'autre part, ceux des femmes. S'agissant des premiers, l'argument de l'absence de parallèle avec la procréation « naturelle » avait été considéré comme décisif. Le Conseil fédéral estimait que la division de la paternité biologique et juridique ne posait pas de problèmes particuliers, contrairement à la division de la maternité qui elle ne serait pas souhaitable pour le bien de l'enfant⁶. Des preuves concrètes selon lesquelles la dissociation de la maternité génétique et maternité d'intention serait plus ou moins préjudiciable à l'enfant que la scission entre la paternité génétique et la paternité d'intention font néanmoins défaut⁷.

Le second argument du législateur, à savoir le fait de vouloir empêcher une instrumentalisation de la femme, n'était pas davantage convaincant. Premièrement, des ovules « surnuméraires » existaient déjà – notamment en raison de la conservation sociétale d'ovocytes⁸ – et étaient également exclus du don. Par exemple, lorsqu'une femme ayant fait conserver ses ovocytes ne réunit jamais les conditions d'accès à la procréation médicalement assistée n'utilise pas tous ces ovocytes ou renonce à avoir un enfant, ses ovocytes deviennent ainsi « surnuméraires ». Par ailleurs, les délais de conservation limités et les conditions « d'utilisation » des ovules congelés particulièrement strictes ont comme conséquence, dans un nombre important de cas, la destruction des ovules cryoconservés. L'admission du don d'ovocytes offrira un choix supplémentaire aux femmes concernées, à savoir la possibilité de faire don de ses ovules congelés à un couple stérile. Cette méthode, notamment nommée « *egg sharing* »⁹, présente ainsi trois avantages : éviter une destruction automatique d'ovocytes déjà existants, faire bénéficier des couples dans l'attente d'un don d'ovules, et réduire la nécessité des procédures de ponctions ovocytaires purement altruistes.

Secondement, bien que le prélèvement d'ovocytes constitue une procédure invasive nécessitant notamment un traitement hormonal et une ponction sous anesthésie, cela ne suffit pas à légitimer une restriction aussi importante de l'autonomie des femmes. Comme pour les autres interventions médicales, le consentement du/de la patient·e devrait constituer la condition *sine qua non* mais néanmoins suffisante. Cet argument paternaliste ne saurait ainsi justifier une inégalité de traitement si manifeste entre les hommes et les femmes.

L'interdiction du don d'ovocytes est ainsi contraire au principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) ainsi qu'à la garantie de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.), ne répond pas à un intérêt public prépondérant, et est de ce fait inconstitutionnelle. L'admission du don d'ovocytes remédiera enfin à cette discrimination injustifiée.

B. Les couples non mariés

La révision de la LPMA est également l'occasion de se poser la question des conditions d'accès à la procréation médicalement assistée. Bien que la PMA soit de manière générale ouverte aux « couples », « seul un couple marié peut recourir à un don de sperme » (art. 3 al. 3 LPMA). En l'absence de modification sur ce point, ce principe s'appliquera également au don d'ovocytes. Cependant, l'exigence du lien marital est selon nous complètement dépassée¹⁰. Selon les statistiques de l'année

6. Conseil fédéral, p. 248. A cet égard : Hauser Anaïs, Le droit à l'autodétermination de la femme en matière de choix procréatifs, thèse à paraître 2025, N 1266 ss. ←

7. Du même avis : Junod Valérie/Wunder Dorothea/Hurst Samia, Procréation médicalement assistée & Préservation de la fertilité, in : Jusletter du 27 août 2018, N 62 p. 21. ←

8. *Infra* C. p. 4. ←

9. Commission Nationale d'Éthique dans le domaine de la médecine (note 1), p. 16. ←

10. Du même avis : FMedG-Büchler/Clausen, N 80, *ad* art. 3 ; Jungo Alexandra, Ausschluss unverheirateter Paare und Alleinstehender vom Zugang zur Fortpflanzungsmedizin, in : FamPra.ch 2022, p. 580 ss ; Papaux van Delden Marie-Laure, Le droit au mariage et à la famille – Contours et implications en droit civil (Première partie), in : FamPra.ch 2011, p. 334 ss ; Savioz-Viaccoz (note 3), N 1372 p. 427 ; Stegmüller Tiffaine, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant, Etude de droit Suisse, Genève/Zurich/Bâle 2020, N 1005, p. 334 ; Rapport groupes d'expertes, De la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation,

2023, 30,3% des naissances vivantes en Suisse sont des naissances hors mariage¹¹. Le fait que la LPMA limite en partie l'accès aux couples mariés est d'une part peu cohérente avec l'évolution sociétale des schémas familiaux et d'autre part, discriminatoire envers les couples non mariés. Les raisons défendues par le législateur afin de justifier cette limitation, à savoir l'établissement de la filiation avec deux parents et la garantie de stabilité offerte par le mariage, ne constituent pas des arguments suffisants pour légitimer une telle inégalité de traitement entre les couples¹².

Notamment, l'établissement de la filiation dans l'hypothèse d'un don de gamète ne pose pas une problématique que seule la présomption liée au mariage serait en mesure de résoudre. Le lien de filiation entre l'enfant issu-e du don et le père d'intention devrait être établi par reconnaissance, cas échéant une action en paternité devrait pouvoir être intentée. Dans ce cas, la réglementation devrait prévoir des modalités relatives à la renonciation du donneur à l'établissement du lien de filiation avec l'enfant¹³. Le droit suisse consacrant le principe *mater semper certa est*, la personne qui accouche est considérée comme étant la mère juridique, même en cas de don d'ovocytes (après la révision ou actuellement lors de dons d'ovocytes réalisés à l'étranger). La question de l'établissement de la filiation est ainsi encore moins pertinente dans cette hypothèse.

C. Délais de conservation et âge des parents

Actuellement, la LPMA prévoit des délais de conservation stricts. Selon, l'art. 15 al. 1 LPMA, «les gamètes d'une personne ne peuvent être conservés qu'avec son consentement écrit et pendant cinq ans au plus. Si la personne concernée en fait la demande, la durée de conservation est prolongée de cinq ans au plus». Ces délais correspondent à ceux prévus à l'art. 16 al. 2 LPMA s'agissant des ovules imprégnés et des embryons. Un délai de conservation plus long peut être décidé lorsque la personne souhaite conserver ses gamètes avant de subir un traitement médical ou d'exercer une activité susceptible de la rendre stérile ou d'endommager son patrimoine héréditaire (art. 15 al. 2 LPMA). Cette prolongation ne s'applique pas à la conservation des ovules imprégnés et des embryons.

Les délais très restrictifs prévus par le droit suisse constituent un problème considérable pour les personnes concernées, principalement pour les femmes choisissant de conserver leurs ovocytes. Pour rappel, la conservation sociétale d'ovocytes («*social egg freezing*») est admise en Suisse, bien que très peu réglementée par le droit. Les femmes célibataires ont accès à la conservation sociétale d'ovocytes, car elle n'est pas considérée comme une méthode de procréation médicalement assistée en tant que telle. Contrairement à la conservation d'embryons qui s'inscrit dans le contexte d'un projet d'enfant déjà concret et actuel pour le couple concerné, la conservation d'ovocytes vise à repousser les limites biologiques d'un projet parental, d'où l'enjeu des délais de conservation.

La limite absolue de dix ans n'est pas justifiée par des considérations médicales, en l'absence d'indice suggérant que la qualité des ovules diminue à mesure que la durée de conservation augmente¹⁴. Pire, ce délai de conservation est contreproductif s'agissant du but visé par la conservation sociétale d'ovules, incitant les femmes à repousser la conservation, au-delà du moment où celle-ci aurait le plus de chances de succès.

La Commission nationale d'éthique résumait déjà cette problématique en 2017: «Cette limitation dans le temps doit être abrogée. Elle provoque de fausses incitations pour les jeunes femmes intéressées par la cryoconservation, dans la mesure où elles renoncent peut-être à une conservation précoce alors que ce serait judicieux, ou doivent transférer par la suite les ovules à l'étranger»¹⁵. Le déplacement des gamètes à l'étranger afin d'éviter leur destruction n'est pas réglementé en droit suisse mais représente de toute évidence des complications et des coûts supplémentaires pour les

2021, p. 9 ss. ←

11. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/naissances-deces.html> (site consulté le 03.03.25). ←

12. Jungo (note 9), p. 579 ss. ←

13. A cet égard: Rapport groupes d'expertes (note 10), p. 47 s. ←

14. Commission Nationale d'Éthique dans le domaine de la médecine, Social Egg Freezing – une réflexion éthique, n° 28/2017, p. 26. ←

15. Ibidem. ←

femmes dont le délai de conservation des ovocytes arrive à expiration.

Les délais de la LPMA, au-delà du fait qu'ils compliquent le recours à la conservation sociétale d'ovocytes, constituent de ce fait, à notre avis, une atteinte inconstitutionnelle au droit à l'autodétermination des femmes en matière de choix procréatifs¹⁶.

S'agissant de l'âge des parents, la LPMA se contente de réserver la procréation médicalement assistée aux couples «qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité» (art. 3 al. 2 let. b LPMA). Aucune limite d'âge précise n'est ainsi définie. En l'état actuel du droit, le critère de l'aptitude des parents à s'occuper de l'enfant lié à l'âge n'est applicable qu'aux hommes, la limitation pour les femmes étant laissée au processus biologique du vieillissement reproductif¹⁷.

L'admission du don d'ovocytes ne devrait pas engendrer une modification du cadre légal sur ce point. Aucun argument pertinent n'imposerait selon nous de prévoir une limitation de l'âge pour les femmes. Néanmoins, la perception des grossesses (très) tardives et partant des femmes ayant des enfants passé un âge semble néanmoins faire naître une discussion sur l'âge des femmes souhaitant bénéficier d'un don, dans le cadre des débats autour de l'admission du don d'ovules¹⁸. Une limitation de l'âge de ces femmes serait discriminatoire et créerait une inégalité de traitement entre les hommes et les femmes. La question de la protection de la santé de la receveuse du don d'ovocyte devra être prise en compte au cas par cas par les médecins, conformément au principe de non-malfaisance¹⁹. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis qu'étant donné que la loi ne prévoit pas de limite d'âge et que les constatations médicales à ce sujet ne sont pas unanimes, il ne lui appartient pas non plus de déterminer un âge maximum à partir duquel une femme ne serait plus en mesure de procréer mais qu'il s'agit plutôt de procéder à une approche individualisée²⁰.

D. Le nombre d'embryons

La révision de la LPMA devrait également s'intéresser à la suppression ou l'assouplissement de la règle selon laquelle au maximum douze embryons peuvent être développés par cycle de traitement en cas de fécondation *in vitro*, actuellement prévue à l'art. 17 al. 1 LPMA. Le libellé de l'art. 119 al. 2 let. c Cst. ne mentionne quant à lui pas de nombre limite d'embryons, mais fait référence, comme l'art. 17 al. 1 LPMA, au critère de nécessité, soit le fait que «ne peut être développé hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryon que le nombre d'ovules humains nécessaire à la procréation médicalement assistée ou à l'analyse du patrimoine génétique des embryons».

Avant 2017, le nombre d'embryons était limité à trois. La conservation d'embryons étant initialement interdite par la LPMA (art. 17 al. 3 aLPMA), la création d'embryons était ainsi restreinte au nombre nécessaire pour induire une grossesse durant un cycle de la femme (art. 17 al. 1 aLPMA). Depuis 2017, tous les embryons ne sont donc plus nécessairement immédiatement transférés. Élaborée dans le cadre de l'admission du diagnostic préimplantatoire, cette modification visait à diminuer le risque d'une grossesse multiple et à augmenter la probabilité d'obtenir un embryon transférable²¹.

Le législateur avait également pour objectif de limiter la création d'embryons surnuméraires²².

16. A ce sujet: Hauser (note 6), N 1254 ss. ←

17. A cet égard: Bühler Nolwenn, *Imagining the Future of Motherhood: The Medically Assisted Extension of Fertility and the Production of Genealogical Continuity*, *Sociologus*, vol. 65, no. 1, 2015, p. 87. ←

18. Notamment en 2022: BO 21.4341 2022 E 679 s. ←

19. Du même avis sur la pertinence des considérations médicales: Büchler Andrea/Parizer Karène, *Maternal age in the regulation of reproductive medicine: A comparative study*, in: *International Journal of Law, Policy & the Family*, p. 282. ←

20. ATF 142 V 249, c. 6.4. L'arrêt portait sur la question des conditions de la prise en charge d'une méthode de procréation médicalement assistée par l'assurance obligatoire des soins. A ce sujet: Perrenoud Stéphanie, *La stérilité est-elle une maladie? Quelques considérations à la lumière de l'ATF 142 V 249*, in: *RSAS 2017*, p. 97-109. ←

21. Message du Conseil fédéral concernant la modification de l'article constitutionnel relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain (art. 119 Cst.) et de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (diagnostic préimplantatoire), FF 2013 5253, p. 5332. ←

22. *Ibidem*. ←

L'adjectif «surnuméraire» est utilisé pour désigner «tout embryon issu d'une fécondation in vitro qui ne peut pas être utilisé pour induire une grossesse et qui n'a par conséquent aucune chance de survie» (art. 2 let. b LRCS). L'art. 17 al. 1 LPMA a donc notamment pour vocation de protéger les embryons *in vitro*²³, par le biais du critère de nécessité²⁴ et du nombre limite d'embryons. Les embryons surnuméraires sont voués à être détruits ou donnés à la recherche – cette hypothèse impliquant également leur destruction en finalité – étant donné l'interdiction du don d'embryons par le droit suisse.

La suppression ou l'assouplissement de la règle des douze embryons dépendra de la pesée d'intérêts entre, d'une part, la protection de la vie embryonnaire et, d'autre part, le fait garantir de meilleures conditions et donc de meilleures chances de réussite aux procédures de procréation médicalement assistée, renforçant ainsi le droit à l'autodétermination des couples en matière de procréation. La protection de l'embryon *in vitro* sous l'angle de la dignité humaine est louable, car elle permet d'empêcher des éventuelles dérives liées à l'utilisation de la médecine procréative et au génie génétique. Néanmoins, l'embryon *in vitro* n'est pas titulaire d'un droit à la vie en droit suisse, droit qui empêcherait sa destruction. La création d'embryons surnuméraires est d'ailleurs, comme mentionné²⁵, déjà admise par la réglementation actuelle et la destruction de l'intégralité de ces embryons surnuméraires est la conséquence d'une autre disposition légale, à savoir l'interdiction du don d'embryons.

III. Les questions qui mériteraient également d'être discutées

La révision prochaine de la LPMA constituera déjà un progrès salubre pour les personnes concernées par un projet parental. Néanmoins, certaines problématiques seront vraisemblablement peu (ou pas) thématiques dans le cadre du futur projet. Principalement, une fois le don de gamètes également admis pour les femmes, la question du don d'embryon devrait logiquement être discutée. Le recours au don d'embryons a pour effet que l'enfant issu-e du don n'a aucun lien génétique avec les deux parents. Cet éclatement de la parenté juridique et génétique s'agissant des deux parents existe déjà en droit suisse avec l'adoption conjointe.

D'autres questions telles que l'accès à la procréation médicalement assistée pour les femmes célibataires, l'autorisation du recours à la procréation *post-mortem*, ainsi que l'admission de la gestation pour autrui mériteraient également d'être débattues. Ces pratiques en lien avec la procréation médicalement assistée sont admises dans d'autres Etats, favorisant ainsi un tourisme procréatif des personnes concernées.

De la même manière, la non prise en charge de la majorité des coûts engendrés par le recours à la procréation médicalement assistée devrait être questionnée. Ces coûts limitent drastiquement, dans les faits, l'accès aux méthodes de procréation médicalement assistée pour les couples qui réunissent néanmoins les conditions légales.

Plus ces diverses problématiques seront thématiques puis réglementées, plus le cadre légal ainsi défini garantira des conditions éthiques et cohérentes avec les principes de notre ordre juridique, notamment l'égalité de traitement et le droit à l'autodétermination en matière de choix procréatifs. A cet égard, la future révision de la LPMA constitue une première étape dans l'amélioration du cadre légal.

Proposition de citation

Anaïs Hauser, Révision de la LPMA: mieux garantir l'égalité de traitement des couples concernés et le droit à l'autodétermination des femmes en matière de choix procréatifs, Newsletter DroitMatrimonial.ch mars 2025

23. FMedG-Dörr, N 6, *ad* art. 17. ↩

24. *Idem*, N 8 ss. ↩

25. *Supra* p. 6. ↩