

N° 233

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2009-2010

Enregistré à la Présidence du Sénat le 27 janvier 2010

PROPOSITION DE LOI

tendant à autoriser et encadrer la gestation pour autrui,

PRÉSENTÉE

Par Mme Michèle ANDRÉ, MM. Robert BADINTER, Jean-Pierre BEL, Mme Maryvonne BLONDIN, M. Yannick BODIN, Mmes Nicole BONNEFOY, Alima BOUMEDIENE-THIERY, Bernadette BOURZAI, Claire-Lise CAMPION, M. Jean-Louis CARRÈRE, Mmes Françoise CARTRON, Monique CERISIER-ben GUIGA, M. Yves CHASTAN, Mme Jacqueline CHEVÉ, MM. Yvon COLLIN, Yves DAUDIGNY, Claude DOMEIZEL, Jean-Pierre GODEFROY, Jean-Noël GUÉRINI, Didier GUILLAUME, Mmes Bariza KHIARI, Françoise LABORDE, M. Serge LARCHER, Mmes Claudine LEPAGE, Raymonde LE TEXIER, MM. Claude LISE, Roger MADEC, François MARC, Rachel MAZUIR, Jean-Pierre MICHEL, Jean MILHAU, Gérard MIQUEL, Robert NAVARRO, Jean-Marc PASTOR, François REBSAMEN, Daniel RAOUL, Paul RAOULT, Mme Patricia SCHILLINGER, MM. René-Pierre SIGNÉ, Simon SUTOUR, Richard TUHEIAVA, André VANTOMME, Mme Dominique VOYNET et M. Richard YUNG,

Sénateurs

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

La maternité pour autrui constitue probablement une pratique séculaire permettant de remédier à l'infertilité d'une femme.

Longtemps tolérée, parce que pratiquée de manière occulte, dans le secret des familles, elle n'en remettait pas moins en cause l'adage « *Mater semper certa est* » : la mère, désignée par l'accouchement, était toujours certaine, à la différence du père. Mais les progrès de la génétique permettent désormais de désigner celui-ci de manière tout aussi certaine, ce qui constitue en soi une première révolution pour le droit de la filiation, qui peut désormais s'appuyer sur la vérité biologique dans les deux lignes maternelle et paternelle. Néanmoins, dans la plupart des États occidentaux, la règle selon laquelle la maternité légale résulte de l'accouchement demeure l'un des fondements de la filiation, alors que la paternité légale repose encore essentiellement sur un acte de volonté du père, la vérité biologique n'étant pas vérifiée en l'absence de contestation.

Paradoxalement, les progrès de la génétique qui rendent possible la dissociation entre maternité génétique et maternité utérine ont ébranlé cette certitude ancestrale. Depuis une vingtaine d'années, les techniques d'insémination artificielle et de fécondation *in vitro* permettent en effet à une femme de porter un enfant conçu en dehors de tout rapport charnel, avec les ovocytes d'une autre femme. Ainsi, ces nouvelles connaissances, qui donnent la certitude de la filiation biologique, permettent également de contredire les règles de la nature et contraignent à raisonner autrement en matière de filiation, non plus à partir de ces règles, mais à partir de principes éthiques.

On distingue ainsi la procréation pour autrui de la gestation pour autrui : dans le premier cas, la femme qui porte l'enfant est sa mère génétique ; dans le second, elle n'en est que la gestatrice, l'enfant ayant été conçu avec les gamètes du couple demandeur ou de tiers donneurs. Telle est la raison pour laquelle les expressions génériques « maternité pour autrui » et « maternité de substitution » sont souvent employées.

La gestation et la procréation pour autrui sont des pratiques strictement prohibées en France - la loi de bioéthique de 1994 les a rendues passibles de sanctions civiles et pénales -, au nom des principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, de la volonté d'empêcher l'exploitation des femmes démunies et de l'incertitude qui pèse sur leurs conséquences sanitaires et psychologiques pour l'enfant à naître et la femme qui l'a porté.

En dépit de cette prohibition, de nombreux couples confrontés à la stérilité de la femme (certaines évaluations font état de 400 couples par an) n'hésitent pas à se rendre à l'étranger, dans les pays où la maternité pour autrui est légale ou tolérée - principalement dans certains États des États-Unis, du Canada, au Royaume-Uni ou en Belgique, mais aussi dans des pays d'Europe orientale, Géorgie et Ukraine, notamment. À leur retour en France, ces couples ne peuvent pas faire inscrire à l'état civil la mère dite « d'intention » et partant, établir la filiation de l'enfant à l'égard de celle-ci. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 octobre 2007 qui avait validé la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance américains de jumelles nées en Californie en application d'une convention de gestation pour autrui a été récemment cassé par un arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008. Cet arrêt énonce que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions des actes de naissance californiens qui ne pouvaient résulter que d'une convention portant sur la gestation pour autrui. Cet arrêt devrait porter un coup sévère aux vellétés de tourisme procréatif. Mais il est certain qu'il n'y mettra pas fin. Et la question reste posée du devenir des jumelles mais aussi de tous les enfants nés dans ces conditions qui ne pourront pas être les enfants de leur mère, celle qui les a voulu et sans la volonté de laquelle ils ne seraient pas nés. Avec toutes les conséquences qui peuvent en résulter, au-delà des règles de droit sur leur développement psychique et leur devenir d'adulte.

Les travaux du groupe de travail, constitué de seize membres, créé au mois de janvier 2008 par la commission des affaires sociales et la commission des lois du Sénat sur l'initiative de leurs présidents respectifs MM. Nicolas ABOUT et Jean-Jacques HYEST, à la suite de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris et sans attendre la révision des lois de bioéthique qui doit intervenir en 2010, n'en ont que plus d'importance. En effet, il revient au législateur de se préoccuper de toute urgence du sort de ces enfants.

Les membres de ce groupe de travail se sont tout particulièrement penchés sur la question de la levée ou du maintien de l'interdiction de la maternité pour autrui, d'une part, et sur celle du sort à réserver aux enfants nés en violation de la loi française, d'autre part. Après avoir organisé une cinquantaine d'auditions ainsi qu'un déplacement au Royaume-Uni, la majorité d'entre eux a préconisé d'autoriser, sous des conditions strictes, la gestation pour autrui¹.

* * *

La présente proposition de loi a pour objet de donner une traduction législative à leurs recommandations.

L'**article 1^{er}** modifie ainsi le code de la santé publique afin d'inscrire la gestation pour autrui dans le cadre de l'assistance médicale à la procréation. Elle deviendrait un instrument supplémentaire au service de la lutte contre l'infertilité, sans que soit reconnu pour autant un « droit à l'enfant ».

Aux termes du texte proposé pour l'*article L. 2143-2*, seuls pourraient bénéficier d'une gestation pour autrui les couples composés de personnes de sexe différent, mariées ou en mesure de justifier d'une vie commune d'au moins deux années, en âge de procréer et domiciliées en France. La femme devrait se trouver dans l'impossibilité de mener une grossesse à terme ou ne pouvoir la mener sans un risque d'une particulière gravité pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître. L'un des deux membres du couple au moins devrait être le parent génétique de l'enfant.

Selon le texte proposé pour l'*article L. 2143-3*, seule pourrait porter en elle un ou plusieurs enfants pour autrui, la femme majeure, domiciliée en France et ayant déjà accouché d'un enfant au moins sans avoir rencontré de difficulté particulière durant la grossesse puis l'accouchement. De surcroît, une femme ne pourrait ni porter pour autrui un enfant conçu avec ses propres ovocytes, ni porter un enfant pour sa fille, ni mener plus de deux grossesses pour autrui.

Enfin, selon le texte proposé pour l'*article L. 2143-4*, les couples désireux de bénéficier d'une gestation pour autrui et les femmes disposées à porter en elles un ou plusieurs enfants pour autrui devraient obtenir l'agrément de l'Agence de la biomédecine, cet agrément étant destiné à vérifier leur état de santé physique, notamment le respect des conditions posées aux articles L. 2143-2 et L. 2143-3, mais également psychique.

¹ Rapport n° 421 (Sénat, 2007-2008) - <http://www.senat.fr/noticerap/2007/r07-421-notice.html>

Le texte proposé pour l'*article L. 2143-5* autorise la mise en relation d'un ou de plusieurs couples désireux de bénéficier d'une gestation pour autrui et d'une ou de plusieurs femmes disposées à porter en elles un ou plusieurs enfants pour autrui, à condition qu'elle ne donne lieu ni à publicité ni à rémunération. Cette mise en relation ne pourrait, de surcroît, être réalisée à titre habituel qu'avec l'agrément de l'Agence de la biomédecine.

Le texte proposé pour l'*article L. 2143-6* subordonne le transfert d'embryons à une autorisation du juge judiciaire. Conformément aux recommandations du groupe de travail, le magistrat devrait vérifier les agréments, recueillir les consentements écrits des parents intentionnels et de la gestatrice ainsi que, le cas échéant, celui du conjoint, du concubin ou du partenaire de PACS de cette dernière, après les avoir informés des conséquences de leur engagement au regard notamment du droit de la filiation. Il fixerait également la somme devant être versée par le couple bénéficiaire à la gestatrice afin de couvrir les frais liés à la grossesse qui ne seraient pas pris en charge par l'organisme de sécurité sociale et les organismes complémentaires d'assurance maladie. Cette somme pourrait être révisée en cas d'événement imprévu au cours de la grossesse. La gestation pour autrui ne pouvant être admise qu'en tant que don de soi, aucun autre paiement, quelle qu'en soit la forme, ne pourrait être alloué.

En vertu du texte proposé pour l'*article L. 2143-7*, il appartiendrait à la gestatrice et à elle seule de prendre, le cas échéant, toute décision relative à une interruption volontaire de la grossesse.

Enfin, le texte proposé pour l'*article L. 2143-8* fait interdiction aux membres du couple bénéficiaire d'une gestation pour autrui, ou à l'un d'entre eux, d'engager une action en responsabilité à l'encontre de la femme ayant accepté de porter en elle un ou plusieurs enfants pour leur compte.

Les modifications proposées aux *articles L. 1418-1 et L. 1418-3* opèrent des coordinations dans les dispositions du code de la santé publique relatives aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement de l'Agence de la biomédecine.

L'**article 2** modifie le code de la sécurité sociale afin de définir les droits sociaux respectifs de la gestatrice et du couple bénéficiaire de la gestation pour autrui.

Conformément aux recommandations du groupe de travail, la gestatrice bénéficierait de tous les droits sociaux afférents à la maternité (article L. 331-8 du code de la sécurité sociale). En outre, et sans qu'il soit besoin de modifier la loi, elle ne pourrait bénéficier de droits supplémentaires à la retraite dès lors qu'elle n'élèverait pas l'enfant.

Le texte proposé pour l'*article L. 1225-28-1* du code du travail ouvre également le droit à un congé de six semaines à la femme du couple de parents intentionnels. Celle-ci bénéficierait en plus de l'indemnité journalière de repos pendant six semaines à compter de l'arrivée de l'enfant au foyer, à condition qu'elle cesse tout travail salarié durant la période d'indemnisation.

L'**article 3** modifie le code civil afin de déterminer les règles relatives à la filiation des enfants nés d'une gestation pour autrui.

Le texte proposé pour l'*article L. 311-20-1* prévoit que les noms des parents intentionnels soient automatiquement inscrits sur les registres de l'état civil en exécution de la décision judiciaire ayant autorisé le transfert d'embryons et sur présentation de celle-ci par toute personne intéressée, notamment le représentant du ministère public. La filiation du ou des enfants à leur égard ne serait susceptible d'aucune contestation.

Ainsi, l'enfant ne pourrait être privé de filiation et les bénéficiaires de la gestation pour autrui ne pourraient se rétracter au dernier moment, au motif par exemple qu'ils se seraient séparés ou que l'enfant serait handicapé, pour se soustraire à leurs obligations légales de parents.

L'*article 16-7* du code civil, qui prohibe à peine de nullité toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui, resterait inchangé, conformément à la volonté du groupe de travail de mettre en place un régime légal et non contractuel.

L'**article 4** modifie le code pénal afin de tirer la conséquence de la légalisation et de l'encadrement strict de la gestation pour autrui.

Les délits de provocation à l'abandon d'enfant et d'entremise en vue d'une gestation pour autrui seraient maintenus pour celles et ceux qui ne respecteraient pas les règles ainsi définies.

Conformément aux recommandations du groupe de travail, l'**article 5** comporte des dispositions transitoires permettant l'établissement de la filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui avant l'entrée en vigueur de la réforme proposée à l'égard de l'homme et de la femme qui remplissaient, au moment de la naissance, les conditions d'éligibilité prévues au nouvel article L. 2143-2 du code de la santé publique : le membre du couple à l'égard duquel la filiation de l'enfant ne serait pas établie devrait saisir le tribunal de grande instance dans un délai de cinq ans à compter de la promulgation de la loi ; toutefois, l'action ne serait pas recevable si une autre filiation était déjà établie.

Pour l'avenir, l'interdiction d'établir la filiation maternelle des enfants nés de maternités pour autrui pratiquées à l'étranger en violation des règles d'ordre public édictées par la loi française serait maintenue, ce caractère d'ordre public étant destiné à éviter de reconnaître les effets en France de pratiques contraires au principe de dignité de la personne humaine.

Enfin, l'**article 6** gage les conséquences financières éventuelles de la réforme proposée sur les finances publiques.

* * *

PROPOSITION DE LOI

Article 1^{er}

- ① Le code de la santé publique est ainsi modifié :
- ② I. Après le chapitre II du titre quatrième du livre premier de la deuxième partie, il est inséré un chapitre III ainsi rédigé :
 - ③ « CHAPITRE III
 - ④ « **Gestation pour autrui**
 - ⑤ « *Art. L. 2143-1.* – La gestation pour autrui est le fait, pour une femme, de porter en elle un ou plusieurs enfants conçus dans le cadre d'une assistance médicale à la procréation en vue de les remettre, à leur naissance, à un couple demandeur selon les conditions et modalités définies au présent titre.
 - ⑥ « *Art. L. 2143-2.* – Peuvent bénéficier d'une gestation pour autrui les couples qui remplissent, outre les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 2141-2, celles fixées aux alinéas suivants :
 - ⑦ « 1° L'homme et la femme doivent tous deux être domiciliés en France ;
 - ⑧ « 2° La femme doit se trouver dans l'impossibilité de mener une grossesse à terme ou ne pouvoir la mener sans un risque d'une particulière gravité pour sa santé ou pour celle de l'enfant à naître ;
 - ⑨ « 3° L'enfant doit être conçu avec les gamètes de l'un au moins des membres du couple.
 - ⑩ « *Art. L. 2143-3.* – Peut seule porter en elle un ou plusieurs enfants pour autrui, la femme majeure, domiciliée en France et ayant déjà accouché d'un enfant au moins sans avoir rencontré de difficulté particulière durant la grossesse puis l'accouchement.
 - ⑪ « Une femme ne peut porter pour autrui un enfant conçu avec ses propres ovocytes.
 - ⑫ « Une mère ne peut porter un enfant pour sa fille.
 - ⑬ « Une femme ne peut mener plus de deux grossesses pour autrui.
 - ⑭ « *Art. L. 2143-4.* – Les couples désireux de bénéficier d'une gestation pour autrui et les femmes disposées à porter en elles un ou plusieurs enfants pour autrui doivent en outre obtenir l'agrément de l'Agence de la biomédecine.

- ⑮ « Cet agrément est délivré après évaluation de leur état de santé physique et psychologique par une commission pluridisciplinaire dont la composition est fixée par décret.
- ⑯ « Il est valable pour une durée de trois ans renouvelable.
- ⑰ « Tout refus ou retrait d'agrément doit être motivé.
- ⑱ « *Art. L. 2143-5.* – La mise en relation d'un ou de plusieurs couples désireux de bénéficier d'une gestation pour autrui et d'une ou de plusieurs femmes disposées à porter en elles un ou plusieurs enfants pour autrui ne peut donner lieu ni à publicité ni à rémunération. Elle ne peut être réalisée qu'avec l'agrément de l'Agence de la biomédecine.
- ⑲ « *Art. L. 2143-6.* – Le transfert d'embryons en vue d'une gestation pour autrui est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire.
- ⑳ « Le juge s'assure du respect des articles L. 2143-1 à L. 2143-5.
- ㉑ « Après les avoir informés des conséquences de leur décision, il recueille les consentements écrits des membres du couple demandeur, de la femme disposée à porter en elle un ou plusieurs enfants pour leur compte et, le cas échéant, celui de son conjoint, de son concubin ou de la personne avec laquelle elle a conclu un pacte civil de solidarité.
- ㉒ « Le juge fixe la somme que les membres du couple demandeur doivent verser à la femme qui portera en elle un ou plusieurs enfants pour leur compte afin de couvrir les frais liés à la grossesse qui ne seraient pas pris en charge par l'organisme de sécurité sociale et les organismes complémentaires d'assurance maladie. Cette somme peut être révisée durant la grossesse. Aucun autre paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au titre de la gestation pour autrui.
- ㉓ « *Art. L. 2143-7.* – Toute décision relative à une interruption volontaire de la grossesse est prise, le cas échéant, par la femme ayant accepté de porter en elle un ou plusieurs enfants pour autrui.
- ㉔ « *Art. L. 2143-8.* – Aucune action en responsabilité ne peut être engagée, au titre d'une gestation pour autrui, par les membres du couple bénéficiaire de cette gestation, ou l'un d'entre eux, à l'encontre de la femme ayant accepté de porter en elle un ou plusieurs enfants pour leur compte. »
- ㉕ II. L'article L. 1418-1 est ainsi modifié :
- ㉖ 1° Après le quinzième alinéa (11°), il est inséré un alinéa ainsi rédigé :
- ㉗ « 12° De délivrer les agréments prévus aux articles L. 2143-4 et L. 2143-5 » ;

- ⑳ 2° Au début du seizième alinéa, la mention : « 12° » est remplacée par la mention : « 13° ».
- ㉑ III. Dans la première phrase de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 1418-3, les mots : « et 11° » sont remplacés par les mots : « , 11° et 12° ».

Article 2

- ① I. Après l'article L. 331-7 du code de la sécurité sociale, il est inséré un article L. 331-7-1 ainsi rédigé :
- ② « *Art. L. 331-7-1.* – Dans le cas d'une gestation pour autrui conforme au chapitre III du titre quatrième du livre premier de la deuxième partie du code de la santé publique, la femme qui accouche bénéficie des dispositions prévues aux articles L. 330-1 à L. 331-4-1.
- ③ « L'indemnité journalière de repos prévue à l'article L. 331-3 est accordée à la femme du couple bénéficiaire de la gestation pour autrui, pendant une période de six semaines à compter de l'arrivée de l'enfant au foyer, à condition qu'elle cesse tout travail salarié durant la période d'indemnisation. »
- ④ II. Après l'article L. 1225-28 du code du travail, il est inséré un article L. 1225-28-1 ainsi rédigé :
- ⑤ « *Art. L. 1225-28-1.* – Dans le cas d'une gestation pour autrui conforme au chapitre III du titre quatrième du livre premier de la deuxième partie du code de la santé publique, la femme du couple bénéficiaire de la gestation pour autrui, lorsqu'elle est salariée, a droit de disposer d'un congé de six semaines après la naissance de l'enfant. »

Article 3

- ① Après l'article 311-20 du code civil, il est inséré un article 311-20-1 ainsi rédigé :
- ② « *Art. 311-20-1.* – Dans le cas d'une gestation pour autrui menée conformément au chapitre III du titre quatrième du livre premier de la deuxième partie du code de la santé publique, les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des membres du couple ayant bénéficié de la gestation pour autrui sont inscrits sur le ou les actes de naissance sur présentation, par toute personne intéressée, de la décision judiciaire prévue à l'article L. 2143-6 du code de la santé publique. La filiation du ou des enfants à leur égard n'est susceptible d'aucune contestation. »

Article 4

- ① L'article 227-12 du code pénal est ainsi modifié :
- ② 1° Le premier alinéa est complété par les mots : « , sans préjudice du chapitre III du titre quatrième du livre premier de la deuxième partie du code de la santé publique » ;
- ③ 2° Le troisième alinéa est ainsi rédigé :
- ④ « Le non respect des articles L. 2143-4 et L. 2143-5 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. »

Article 5

La filiation d'un enfant né d'une gestation pour autrui avant la promulgation de la présente loi peut être établie, par le tribunal de grande instance, à l'égard de l'homme et de la femme qui remplissaient, au moment de la naissance, les conditions prévues à l'article L. 2143-2 du code de la santé publique dans sa rédaction issue de l'article premier de la présente loi. L'action doit être exercée, par chaque membre du couple, dans un délai de cinq ans à compter de la promulgation de la présente loi. Elle n'est pas recevable si une autre filiation a déjà été établie.

Article 6

Les éventuelles conséquences financières résultant pour l'État de l'application de la présente loi sont compensées, à due concurrence, par la création d'une taxe additionnelle aux droits visés aux articles 575 et 575 A du code général des impôts.