ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 1/2018

Alter
Âge
Age

Ludivine Calderari
Le droit suisse face au désir de concevoir un enfant d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement

Valérie Savioz-Viaccoz
La conservation d'ovules sociétale en droit suisse

Alexander Kistler / Natalie Lisik
Die Sammelklage erobert Europa – zieht die Schweiz mit?

Martin Seelmann
Strafzumessung und Doppelverwertungsverbot

Pascal Favrod-Coune
Crowdfunding: a Brief Overview of the Swiss Legal Aspects

DIKE

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Le droit suisse face au désir de concevoir un enfant d'un couple hétérosexuel ayant dépassé l'âge de procréer naturellement

Ludivine Calderari 3

La conservation d'ovules sociétale en droit suisse

Valérie Savioz-Viaccoz 18

Die Sammelklage erobert Europa – zieht die Schweiz mit?

Eine Analyse des bestehenden kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz

Alexander Kistler / Natalie Lisik 29

Strafzumessung und Doppelverwertungsverbot

Urteil des Bundesgerichts 6B_708/2017 vom 13. November 2017 i.S. X. (Beschwerdeführer) gegen Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Beschwerdegegnerin)

Martin Seelmann 46

Crowdfunding: a Brief Overview of the Swiss Legal Aspects

Pascal Favrod-Coune 51

La conservation d'ovules sociétale en droit suisse

Du statut de l'ovule aux aspects contractuels

Valérie Savioz-Viaccoz*

MOTS CLÉS Statut de l'ovule – autoconservation sociétale des ovules – procréation médicalement assistée – prévention de l'infertilité – nouvelles relations contractuelles

RÉSUMÉ Le vieillissement de la population, les exigences croissantes du monde du travail ou encore la volonté de beaucoup de femmes de s'épanouir et de s'accomplir tant sur le plan personnel que professionnel sont autant de raisons qui les incitent à repousser leur désir d'enfant. L'autoconservation sociétale des ovules («Social Egg Freezing») permet aux plus prévoyantes d'entre elles de faire fi de la nature et de se réserver le recours à la procréation médicalement assistée lorsqu'elles le souhaiteront. La plupart des centres de fertilité du pays offrent désormais ce service. Pourtant, la pratique n'est pas spécifiquement réglementée. Elle pose néanmoins des questions particulièrement intéressantes sur le statut des gamètes et le droit de disposition sur ceux-ci. Elle laisse également entrevoir l'existence de relations contractuelles nouvelles, dont les contours doivent être dessinés.

ZUSAMMENFASSUNG Die Alterung der Bevölkerung, die steigenden Anforderungen in der Arbeitswelt und der Wunsch vieler Frauen nach persönlicher und beruflicher Entfaltung zählen zu den Gründen, welche die Frauen dazu veranlassen, ihren Kinderwunsch aufzuschieben. Die Eizellvorsorge («Social Egg Freezing») erlaubt es den Weitsichtigsten unter ihnen, die Natur zu ignorieren und es sich vorzubehalten, zum gewünschten Zeitpunkt die Fortpflanzungsmedizin in Anspruch zu nehmen. Die meisten Fruchtbarkeitszentren des Landes bieten diese Dienstleistung nunmehr an. Die Praxis ist jedoch nicht spezifisch geregelt. Gleichwohl wirft sie besonders interessante Fragen bezüglich des Status der Keimzellen und des Verfügungsrechts über diese auf. Sie deutet auch auf die Existenz neuer vertraglicher Beziehungen hin, deren Umrisse zu zeichnen sind.

ABSTRACT The ageing of the population, the increasing demands of the working world and the desire of many women to develop themselves and achieve personal and professional fulfillment are all reasons that encourage them to postpone their desire for children. Social Egg Freezing allows the most farsighted among them to ignore nature and reserve the use of medically assisted reproduction whenever they wish to do so. Most fertility centers in the country now offer this service. However, the practice is not specifically regulated. However, it raises particularly interesting questions about the status of gametes and the right to dispose of them. It also suggests the existence of new contractual relations, which outlines need to be delineated.

I. Introduction

Selon l'Office fédéral de la statistique, l'âge de l'homme et de la femme au moment de la naissance de leur premier enfant ne cesse d'augmenter.[1] La durée et le niveau de formation de la population, les exigences et la compétitivité du monde du travail, la difficulté à trouver le partenaire idéal, la volonté de vivre des expériences et de trouver le logement adéquat[2] sont autant de facteurs qui repoussent le moment où ils envisagent de fonder une famille.[3] L'augmentation de l'âge à partir duquel le couple décide de fonder une famille a néanmoins une incidence directe sur ses chances d'avoir un enfant, en particulier si celui de la mère est élevé.[4] Ces constats ne trouvent toutefois que

* MLaw, titulaire du brevet d'avocat, doctorante FNS auprès de la Chaire de droit privé et de droit romain, Université de Fribourg, valerie.savioz@unifr.ch.

1 Diverses informations à ce sujet se trouvent sur le site de l'Office fédéral de la statistique : https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/naissances-deces/naissances.html, consulté le 15 décembre 2017 ; voir en ce sens Andrea Büchler, 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, Berne novembre 2013, mis à jour en janvier 2014, 46.

2 Le Temps, Faire des bébés, pas si simple, article du 12 mai 2016 ; Büchler, ovules (n. 1), 46.

3 Büchler, ovules (n. 1), 46.

4 Pour des références scientifiques, voir notamment : Dorothea Wunder, Social Freezing in Switzerland and worldwide – a blessing for women today ?, Swiss Medical Weekly 25 février 2013, 13746 ss ; Babak Khoshnood et al., Impact

peu d'écho dans le monde politique et économique suisse dont les actions pour favoriser une meilleure natalité, et notamment un abaissement de l'âge à partir duquel un couple envisage d'avoir un enfant, demeurent rares.

De plus en plus, les personnes qui rencontrent des problèmes de fertilité se tournent vers les méthodes de procréation médicalement assistée (ci-après également : PMA). Or, l'âge des parents d'intention a une influence importante sur les conditions médicales de réussite de la PMA et sur les conditions légales pour y avoir accès.[5] En effet, les complications durant la grossesse augmentent avec l'âge de la femme, accroissant ainsi les risques pour la mère et l'enfant.[6] L'art. 3 al. 2 let. b LPMA[7] mentionne en outre, sans le préciser,[8] le critère de l'âge pour accéder à la procréation médicalement assistée (art. 3 al. 2 let. b LPMA). L'art. 4 LPMA interdit ensuite le don d'ovule ainsi que la maternité de substitution, alors que l'homme marié peut recourir au don de sperme (art. 3 al. 3 LPMA). La femme stérile n'a donc, conformément au droit suisse, aucun moyen de remédier à son infertilité.[9]

Une solution alternative s'est néanmoins développée en marge des méthodes de PMA traditionnelles : l'autoconservation d'ovules sociétale («Social Egg Freezing»). Elle consiste à faire congeler ses propres ovules *à titre préventif*, c'est-à-dire pour pouvoir les utiliser plus tard si cela s'avère nécessaire.[10] Cette pratique permet de retarder le moment de la grossesse en substituant à la fécondation naturelle une fécondation *in vitro* (ci-après : FIV), alors qu'au moment du prélèvement la femme n'est pas stérile.[11] Elle ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique. Pourtant, la pratique de l'autoconservation des ovules *pour des raisons médicales* est autorisée et réglementée (art. 15 al. 2 LPMA).

Il convient donc de définir en premier lieu les règles qui s'appliquent à l'autoconservation sociétale des ovules en Suisse (I.). Après avoir déterminé le statut des ovules et les droits de la femme sur ceux-ci (II.), la spécificité de cette pratique nécessite de s'interroger sur la qualification juridique des services proposés (III.). Bien que peu abordée dans la littérature relative à la procréation médicalement assistée, cette dernière question est essentielle pour comprendre les relations qui existent entre les différents acteurs et esquisser ainsi les droits, devoirs et responsabilités de chacun. Les enjeux y relatifs peuvent notamment être importants si les ovules conservés sont détruits par erreur ou si une femme souhaite déplacer ses ovules vers un autre centre.

II. Le contexte législatif en Suisse

De manière générale, la conservation de gamètes est autorisée en Suisse (art. 8 al. 1 let. b, art. 10 et art. 15 LPMA). L'autoconservation des ovules sans indications médicales n'a néanmoins pas été envisagée lors de la rédaction de la LPMA. Elle n'a pas non plus fait l'objet d'une analyse lors de la modification de la loi entrée en vigueur en septembre 2017. Il y a donc lieu de présenter les règles (A.) et les limitations (B.) qui s'appliquent à cette pratique ainsi que les autorisations à obtenir pour conserver des ovules (C.).

A. Les règles applicables à l'autoconservation sociétale des ovules

La particularité de l'autoconservation sociétale des ovules *proprement dite*, c'est-à-dire l'acte qui consiste à faire prélever et congeler ses ovules, réside dans le fait que les femmes qui y ont recours le font à titre préventif. Elles sont en *bonne santé* et *ne souffrent pas de stérilité*. Par conséquent, dans l'hypothèse où l'on considérerait cette pratique comme une méthode de PMA au sens de l'art. 1 et de l'art. 2 let. a LPMA, elle ne pourrait pas être pratiquée en Suisse. En effet, la procréation médicalement assistée n'est autorisée en Suisse que si elle permet de remédier à la *stérilité* d'un couple ou d'éviter le risque de transmission d'une grave maladie (art. 119 al. 2 let. c Cst. et art. 5 LPMA). De même, une femme célibataire ne pourrait pas faire congeler ses ovules car l'art. 3 al. 2 LPMA limite l'accès à la PMA aux seuls *couples* hétérosexuels qui, en considération de leur âge et de leur situation personnelle, paraissent être à même d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité.

---

de l'âge maternel élevé sur la fertilité, sur la santé de la mère et sur la santé de l'enfant, Journal de Gynécologie Obstétrique et Biologie de la reproduction 2008, 733 ss.

5 Voir notamment Andrea Büchler, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung – Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, Bâle 2017, 69 ; Büchler, ovules (n. 1), 46.

6 CNE, Social Egg Freezing – une réflexion éthique, Prise de position n° 28/2017, 6 ; Wunder (n. 4), 13746 ss.

7 Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée, RS 810.11.

8 Message du 26 juin 1996 relatif à l'initiative populaire «pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD)» et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, FF 1996 III 197.

9 Si le désir d'enfant peut parfois, lorsque les conditions légales et les circonstances sont réunies, être comblé au moyen de l'adoption, cette dernière ne constitue toutefois pas une solution au problème médical que constitue l'infertilité.

10 Voir notamment CNE, La procréation médicalement assistée, Prise de position n° 22/2013, 15 ; Büchler, Autonomie (n. 5), 69 ; Wunder (n. 4), 13746 ss.

11 CNE, 22/2013 (n. 10), 15.

Toutefois, plusieurs raisons justifient de ne pas considérer *l'autoconservation proprement dite* comme une méthode de PMA. En effet, l'art. 2 let. a LPMA définit la PMA comme l'ensemble des méthodes permettant *d'induire une grossesse* en dehors de l'union naturelle de l'homme et de la femme. Or, l'autoconservation proprement dite n'a pas directement pour but d'induire une grossesse.[12] Dans un premier temps, le prélèvement et la conservation des ovules ne servent qu'à préserver la fertilité de la femme pour une hypothétique utilisation future. En outre, l'interprétation systématique de la loi démontre qu'elle distingue les méthodes de PMA et le simple fait de conserver du matériel germinal s'agissant des autorisations requises pour les différentes activités entrant dans son champ d'application (art. 8 à 10 LPMA).[13] De plus, les conditions de l'art. 3 LPMA ne s'appliquent pas à l'autoconservation pour raisons médicales (art. 15 al. 2 LPMA) puisque des femmes célibataires peuvent y avoir recours. Partant, si cette pratique n'est pas considérée comme une méthode de PMA au sens de l'art 2 let. a LPMA, il en va nécessairement de même pour l'autoconservation sociétale. Cette constatation est d'ailleurs compatible avec le but des limitations d'accès à la PMA qui est de protéger les circonstances dans lesquelles l'enfant naîtra.[14] Or, connaître la situation matrimoniale d'une personne lorsque ses gamètes sont conservés n'a aucune incidence sur les conditions de vie future de l'enfant.[15]

La doctrine majoritaire admet donc que l'autoconservation des ovules n'est pas une méthode de procréation médicalement assistée au sens de l'art. 2 let. a LPMA.[16] Ainsi, une femme célibataire fertile peut conserver ses ovocytes, les conditions de l'art. 3 et 5 LPMA ne s'appliquant pas.[17] Ce n'est que dans un deuxième temps,[18] lorsque la femme souhaite décongeler et féconder ses ovules pour induire une grossesse, c'est-à-dire lorsqu'elle aura recours à la FIV, qu'il pourra être question de procréation médicalement assistée. Les exigences de l'art. 3 LPMA et de l'art. 5 LPMA devront alors être réalisées.[19]

Le fait de ne pas considérer l'autoconservation sociétale comme une méthode de procréation médicalement assistée proprement dite ne l'exclut toutefois pas entièrement du champ d'application de la LPMA.[20] En effet, la conservation des gamètes avec le consentement de la personne dont ils proviennent est expressément prévue par l'art. 15 LPMA.[21] De plus, les art. 8 et 10 LPMA requièrent la délivrance d'une autorisation distincte pour toute personne qui conserve des gamètes sans mettre en œuvre une procréation médicalement assistée.[22] La PMA et la conservation de gamètes sont ainsi appréciées comme des activités distinctes qui entrent dans le champ d'application de la LPMA.[23] Ces trois dispositions s'appliquent alors également à l'autoconservation sociétale des ovules.[24] Les ovules peuvent donc être conservés durant cinq ans avec le consentement de la personne concernée, et une prolongation de cinq ans peut être demandée (art. 15 al. 1 LPMA). Par conséquent, la conservation des ovules hors de toute indication médicale est possible durant dix ans au maximum.

Les ovules conservés sont détruits une fois ce délai échu ou si le consentement est révoqué (art. 15 al. 4 LPMA). Les dispositions précitées sont néanmoins les seules qui s'appliquent à l'autoconservation des ovules. Cette pra-

12 CNE, 28/2017 (n. 6), 8 ; Büchler, Autonomie (n. 5), 69 ; Sandra Hotz, Eizellvorsoge – eine rechtliche Annährung unter besonderer Berücksichtigung der Rechte und Pflichten aus Behandlungsvertrag, Recht 2017, 1 ss, 5 ; Christian Peter, Rechtliche, ethische und gleichstellungspolitische Aspekte des Social Freezing, Jusletter 10 août 2015, N 21 ; Andrea Büchler/Margot Michel, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zurich 2014, 325 ; Büchler, ovules (n. 1), 46 ; pour une argumentation plus détaillée, voir Leonie Tettamanti, Social Egg Freezing : Eine neue Herausforderung für das schweizerische Fortpflanzungsmedizinrecht, HILL 2013/116, N 20 ss.

13 Tettamanti (n. 12), N 23 ; Arrêt du Tribunal administratif de St-Gall B 2013/54 du 23 septembre 2013, c. 3.2.2.

14 Pour une critique des conditions d'accès à la PMA en lien avec le bien de l'enfant voir Eva-Maria Belser/Alexandra Jungo, Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit : Das Recht auf Achtung des Kinderwunsches und seine Schranken, RDS 2016 I, 175 ss, 179 s. et 195 ss ; Büchler, Autonomie (n. 5), 55 ss.

15 Tribunal administratif de St-Gall (n. 13), c. 3.2.2 ; Tettamanti (n. 12), N 24.

16 Tribunal administratif de St-Gall (n. 13), c. 3.2.1 et 3.2.2 ; CNE, 28/2017 (n. 6), 8 ; Hotz (n. 12), 5 s. ; Peter (n. 12), N 21 ; Büchler/Michel (n. 12), 325 ; Büchler, ovules (n. 1), 46 ; Tettamanti, (n. 12), N 25.

17 Hotz (n. 12), 6 ; Büchler, Autonomie (n. 5), 69 ; Peter (n. 12), N 21 ; Büchler/Michel (n. 12), 325 ; Büchler, ovules (n. 1), 46 ; Tettamanti (n. 12), N 31 ; CNE, 28/2017 (n. 6), 8.

18 Pour une analyse des différentes phases de l'autoconservation sociétale, voir Hotz (n. 12), 2 s.

19 Peter (n. 12), N 24 ; Büchler/Michel (n. 12), 325 ; Tettamanti (n. 12), N 31 ; voir en ce sens Tribunal administratif de St-Gall (n. 13), c. 3.2.4.

20 Voir en ce sens Büchler/Michel (n. 12), 325 ; Tettamanti (n. 12), N 19.

21 Büchler, Autonomie (n. 5), 69 ; Büchler/Michel (n. 12), 325 ; Peter (n. 12), N 21 ; Tettamanti (n. 12), N 19.

22 Tribunal administratif de St-Gall (n. 13), c. 3.2.2 ; Hotz (n. 12), 6.

23 Tribunal administratif de St-Gall (n. 13), c. 3.2.2 ; Tettamanti (n. 12), N 23 ; Hotz (n. 12), 6.

24 Hotz (n. 12), 6 ; Büchler, Autonomie (n. 5), 69 s. ; Tettamanti (n. 12), N 25 s.

tique ne constituant pas une méthode de PMA, la prise en charge de la patiente avant la cryoconservation, à savoir l'information et les conseils, la stimulation hormonale et la ponction des ovules, n'est pas soumise à la LPMA. [25]

Toutefois, le prélèvement d'ovule est, comme tout acte médical, subordonné au consentement de la personne-source.[26] Or, celui-ci ne peut être donné qu'après avoir été dûment conseillé et informé notamment sur les risques encourus ainsi que sur les conditions d'accès à la PMA et aux chances de succès d'une telle procédure (*infra* III.D.2). Faute de consentement éclairé, l'acte constitue une atteinte à l'intégrité de la personne protégée par l'art. 28 CC.[27] Dans le domaine biomédical, le droit suisse est d'ailleurs également soumis à la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine du 4 avril 1997[28] (ci-après : CDHB). Les règles générales développées par cet instrument contraignant s'appliquent donc à l'autoconservation des ovules. Outre l'article premier qui affirme protéger la dignité de l'être humain et garantir l'intégrité de toute personne, la CDHB exige que toute intervention dans le domaine de la santé soit effectuée avec le consentement libre et éclairé de la personne concernée (art. 5 CDHB). De plus, lorsqu'une partie du corps humain est conservée puis utilisée, elle ne peut l'être que dans le but prévu lors du prélèvement (art. 22 CDHB), soit conformément au consentement donné par la personne concernée.

B. Les limites imposées par la législation en vigueur

Bien que le droit suisse n'interdise pas la cryoconservation d'ovules hors de toute indication médicale, l'intérêt d'y avoir recours en Suisse est limité. Le cadre légal n'est en effet pas adapté aux impératifs particuliers de cette pratique :

1° Le délai de conservation de dix ans limite de manière significative son utilité pratique en Suisse.[29] En effet, la quantité et la qualité des ovules dépendent de l'âge de la femme[30] : plus les ovules sont prélevés tôt, meilleure sera leur qualité.[31] À partir de 35 ans, le nombre de follicules arrivant à maturité lors d'un cycle diminue.[32] De plus, les ovules présentent alors un plus grand risque de développer des anomalies chromosomiques et le risque de fausse couche est accru.[33] L'utilisation de ses propres ovules, congelés par exemple à 25 ans, favoriserait donc les chances de succès d'une grossesse et la santé de l'enfant à naître lorsque la femme est âgée de plus de 40 ans environ.[34] Le délai de dix ans incite néanmoins certaines femmes à ne congeler leurs ovules qu'à un âge plus avancé afin de s'assurer de pouvoir les utiliser au moment où elles en auront besoin.[35]

2° Les conditions d'accès à la procréation médicalement assistée des art. 3 et 5 LPMA rendent peu attractive la pratique de l'autoconservation des ovules en Suisse.[36] La femme souhaitant utiliser les ovules qu'elle a conservés demande la mise en œuvre d'une méthode de PMA. Elle doit donc respecter les conditions d'accès à celle-ci. Elle ne pourra les utiliser que si une grossesse naturelle n'est pas possible (art. 5 LPMA),[37] c'est-à-dire seulement si elle est reconnue stérile.[38] Elle doit en outre nécessairement être en couple avec un homme et avoir un âge ainsi qu'une situation personnelle qui permettent d'élever l'enfant jusqu'à sa majorité (art. 3 LPMA). Le Tribunal fédéral retient qu'il faut « *procéder à une approche individualisée fondée sur les composantes cliniques propres à chaque patiente* »[39] pour déterminer jusqu'à quel âge la femme peut accéder à la procréation médicalement assistée. Le Conseil fédéral avait en effet sciemment choisi de ne pas établir de limite d'âge fixe afin de pouvoir prendre en considération la situation personnelle de chacun et d'éviter des solutions arbitraires.[40] Dans les faits, cette réglementation laisse une grande marge de manœuvre aux médecins qui doivent avant tout s'assurer que l'enfant puisse être élevé par ses

25 Voir en ce sens Hotz (n. 12), 6 et 16 ; Tribunal administratif de St-Gall (n. 13), c. 3.2.4.

26 Philippe Ducor, Statut juridique des parties détachées du corps humain, RDS 2016 II, 251 ss, 280.

27 Andrea Büchler/Bianka S. Dörr, Medizinische Forschung an und mit menschlichen Körpersubstanzen – Verfügungsrechte über den Körper im Spannungsfeld von Persönlichkeitsrechten und Forschunginteressen, RDS 2008 I, 381 ss, 397.

28 RS 0.810.2.

29 Voir en ce sens Hotz (n. 12), 16.

30 Büchler, Autonomie (n. 5), 69 ; Büchler, ovules (n. 1), 46 ; CNE, 28/2017 (n. 6), 5.

31 CNE, 28/2017 (n. 6), 8 ; Peter (n. 12), N 7 s.

32 Büchler, ovules (n. 1), 46.

33 CNE, 28/2017 (n. 6), 5 ; Büchler, ovules (n. 1), 46 ; Tettamanti (n. 12), N 6 et 32.

34 Voir également Tettamanti (n. 12), N 32.

35 CNE, 28/2017 (n. 6), 8 et 26.

36 CNE, 28/2017 (n. 6), 8 ; Tettamanti (n. 12), N 43.

37 CNE, 28/2017 (n. 6), 8 ; Peter (n. 12), N 27.

38 Peter (n. 12), N 27 et 30 : la stérilité n'est avérée que si la femme n'est pas tombée enceinte naturellement en essayant durant une année ; Hotz (n. 12), 16 s. ; Büchler, Autonomie (n. 5), 69 s. ; Büchler, ovules (n. 1), 47.

39 ATF 142 V 249, c. 6.4.

40 Message LPMA (n. 8), 245 ; voir également Belser/Jungo (n. 14), 204.

parents jusqu'à sa majorité.[41] Certaines femmes décident également pour ces raisons de faire conserver directement leurs ovules dans un pays dont la législation est plus adaptée ou même de les y déplacer à la fin du délai de conservation ou alors au moment où elles souhaitent féconder les ovules.[42] En effet, le déplacement des ovules dans un autre État – pour être conservés plus longtemps – ne fait l'objet d'aucune réglementation spécifique. L'interdire représenterait une atteinte trop importante au droit à l'autodétermination de la femme concernée (art. 10 al. 2 Cst.) compte tenu de l'absence de base légale y relative.[43]

C. Les autorisations de pratiquer la cryoconservation de gamètes

Les cantons délivrent des autorisations aux personnes qui pratiquent la procréation médicalement assistée (art. 8 al. 1 let. a LPMA) ainsi qu'aux personnes qui conservent des gamètes, des ovules imprégnés ou des embryons *in vitro* sans mettre elles-mêmes en œuvre les méthodes de PMA (art. 8 al. 1 let. b LPMA). Conformément à l'art. 10 al. 1 LPMA, l'autorisation de conserver et de céder des gamètes, des ovules imprégnés ou des embryons *in vitro* ne peut être délivrée qu'à un *médecin*, sous sa propre responsabilité professionnelle ou en tant que responsable d'une équipe (art. 1 et art. 3 OPMA[44]). Les médecins doivent garantir que leur activité sera exercée avec sérieux et conformément à la loi, qu'eux-mêmes et leurs collaborateurs choisiront avec soin les donneurs de sperme et que les gamètes, les ovules imprégnés et les embryons *in vitro* seront conservés conformément à l'état des connaissances scientifiques et techniques (art. 10 al. 2 LPMA).

La manière dont d'éventuels *centres de conservation du matériel germinal humain* ne pratiquant pas la PMA pourraient être organisés n'est pas précisée. Le Conseil fédéral indiquait uniquement qu'il ne prévoyait pas d'interdire les banques de sperme et que le médecin qui conserve ce matériel doit garantir pour lui-même et pour ses collaborateurs le respect des conditions de l'art. 10 al. 2 LPMA.[45] Cela étant, il ne semble pas impossible d'imaginer des structures commerciales à la tête desquelles exercerait notamment le médecin titulaire de l'autorisation de l'art. 10 LPMA, mais qui fonctionneraient comme un service de conservation de matériel germinal. En fonction de la structure des établissements concernés, une autorisation d'exploiter au sens des lois cantonales sur la santé serait nécessaire. A notre connaissance, il n'existe à ce jour aucune structure en Suisse qui serait seulement au bénéfice de l'autorisation de conserver du matériel germinal au sens de l'art. 8 al. 1 let. b et de l'art. 10 LPMA, c'est-à-dire sans elle-même mettre en œuvre les méthodes de procréation médicalement assistée.

III. La femme et ses ovules

Avant de pouvoir qualifier les relations contractuelles qui concernent l'autoconservation sociétale des ovules, il convient de déterminer le statut de l'ovule congelé (A.) et d'identifier les droits de la femme sur ses ovules (B.).

A. Le statut de l'ovule congelé

Bien que le statut des éléments détachés du corps humain et donc des gamètes demeure controversé,[46] les ovules qui ne sont pas rattachés au corps humain sont, selon nous, des choses,[47] objets de droits réels.[48] En effet, les éléments

41 Voir en ce sens Tettamanti (n. 12), N 38. Précisons également que l'âge auquel la femme utilise les ovules congelés a également une grande incidence sur les chances de succès de la fécondation *in vitro*, voir Peter (n. 12), N 10 ss.

42 CNE, 28/2017 (n. 6), 8 ; en ce sens également CNE, 22/2013 (n. 10), 15.

43 Hotz (n. 12), 7 s. ; voir également CNE, 28/2017 (n. 6), 8 ; pour une analyse des restrictions à la PMA sous l'angle du droit à l'autodétermination, voir Valérie Savioz-Viaccoz, Entre autodétermination et restrictions à la procréation médicalement assistée, in : Besson/Mausen/Pichonnaz, Le consentement, Berne 2018 (en cours de publication).

44 Ordonnance du Conseil fédéral du 4 décembre 2000 sur la procréation médicalement assistée, RS 810.112.2.

45 Message LPMA (n. 8), 255 s.

46 Procéder à une analyse exhaustive de la qualification juridique des gamètes dépasserait le cadre de la présente publication, nous nous satisferons donc de quelques remarques générales permettant d'esquisser le statut des gamètes en droit suisse. Sur ces questions, voir notamment Vagias Karavas, Körperverfassungsrecht, Entwurf eines inklusiven Biomedizinsrecht, Zurich/St-Gall 2018 ; Ducor (n. 26), 251 ss.

47 Ducor (n. 26), 262 et 265 ; Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome premier, 5e éd., Berne 2012, N 67a ; Paul-Henri Steinauer/Christiana Fountoulakis, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Berne 2014, N 442b ; BSK ZGB II-Wiegand, Art. 641 ss N 18 ; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I, 3e éd., Berne 2007, N 118.

48 Du même avis, Hotz (n. 12), 12 ; Oliver Kälin, Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, Zurich 2002, 165 s. ; voir également Giuseppa Ottimofiore, Le droit de propriété, un droit fondamental entre inclusion et exclusion, Zurich 2012, 620 ss ; Odile Pelet, Organes, tissus, cellules : loin du corps, loin de la personne, Berne 2002, 61 ss ; s'agissant du statut du sperme, voir Claudia Schaumann, Die heterologue künstliche Insemination, Verhältnis zwischen Samenspender und Samenvermittler, Fribourg 1991, 65.

du corps humain d'une personne font partie de ses droits de la personnalité tant qu'ils y sont rattachés.[49] Une fois qu'elles en sont détachées, les parties du corps deviennent des choses mobilières.[50] Elles peuvent alors être objets des droits réels, en particulier de possession et de propriété.[51]

Le fait que les gamètes soient potentiellement destinés à être réimplantés chez la personne dont ils proviennent n'a pas d'incidence sur ce constat, malgré l'avis contraire d'une partie de la doctrine.[52] En effet, le statut d'un ovule, et *a fortiori* de toute autre partie détachée du corps humain, ne peuvent pas dépendre d'une hypothétique réimplantation future.[53] Cela rendrait en effet la situation difficile en terme de sécurité juridique ; et ce d'autant plus s'agissant d'ovules qui sont destinés à demeurer séparés du corps et conservés durant plusieurs années et dont les conditions de réimplantation ne sont pas assurées. Il ne peut donc pas être considéré que l'ovule, ou toute partie détachée non immédiatement réimplantée, conserve une unité avec le corps dont il provient.

Certains actes de disposition étant expressément admis par la LPMA, il n'est pas non plus possible d'affirmer que les dispositions de cette loi soustraient complètement les gamètes aux règles du droit privé.[54] En effet, le don de sperme est possible, l'art. 21 LPMA interdisant uniquement sa commercialisation.[55] S'agissant des ovules, seul le don est interdit (art. 4 LPMA). D'autres actes de disposition, comme celui qui consiste à les faire conserver pendant une certaine période ou encore à les détruire en révoquant son consentement, sont autorisés en vertu de l'art. 15 LPMA.[56] En ce sens, si la disponibilité de l'ovule est restreinte par les règles de droit public qui lui sont appliquées,[57] elle n'est pas entièrement supprimée.[58] L'ovule demeure ainsi digne de « maîtrise individuelle ».[59] Si l'on admet que, *de lege lata*, les gamètes sont des choses hors commerce *(res extra commercium)*[60] dans le sens de choses soustraites au domaine patrimonial, ils demeurent des choses *aliénables (verkehrsfähig)* même si le droit de disposition qui en découle est limité. [61]

B. Les droits de la femme sur ses ovules

Le droit privé a été développé longtemps avant que l'utilisation de parties détachées du corps ne devienne une réalité et, partant, n'est pas adapté aux situations concernées par l'utilisation du corps et de ses parties détachées. Il n'est donc pas aisé de déterminer en vertu de quel principe une personne a un droit de disposition sur les éléments détachés de son corps. Aucune règle ne permet d'appréhender de manière vraiment adéquate les nouvelles réalités issues du domaine biomédical.[62]

Une minorité d'auteurs tient compte du caractère intimement personnel des gamètes, pour justifier de les protéger uniquement grâce aux droits de la personnalité.[63] Certes, les gamètes contiennent notre patrimoine géné-

49 BSK ZGB II-Wiegand, Art. 641 ss N 17 ; Foëx, CR CC II, Intro aux art. 641-645, N 22 ; Kuko ZGB-Domej/Schmid, Art. 641 ss N 6 ; Steinauer (n. 47), N 65 ; Rey (n. 47), N 101.

50 Foëx, CR CC II, Intro aux art. 641–645, N 22 ; Steinauer, Tome I (n. 47), N 65 ; Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève 2017, N 5 ; Rey (n. 47), N 106.

51 BSK ZGB II-Wiegand, Art. 641 ss N 18 ; Kälin (n. 48), 88 s. ; Hotz (n. 12), 12 s.

52 Voir Büchler/Michel (n. 12), 49 s. pour une critique générale de la théorie de l'unité ; d'un avis contraire : BSK ZGB II-Wiegand, Art. 641 ss N 18 ; Charles Joye, Génome humain, droit des brevets et droit de la personnalité, Zurich/Bâle/Genève 2002, 100 s. ; Hotz (n. 12), 13.

53 Voir s'agissant de la théorie de l'unité du corps en général : Büchler/Michel (n. 12), 50.

54 D'un avis contraire : BSK ZGB II-Wiegand, Art. 641 ss N 18 ; Kuko ZGB-Domej/Schmid, Art. 641 ss N 6 ; voir en ce sens également Steinauer (n. 47), N 67a ; Steinauer/Fountoulakis (n. 47), N 442b ; Foëx, CR CC II, Intro aux art. 641–645, N 22.

55 Ottimofiore (n. 48), 622 s. ; Pelet (n. 48), 110 en déduit que l'idée initiale de l'art. 119 Cst. n'était « pas de prohiber toute forme d'échange juridique ».

56 Voir dans un sens similaire : Kälin (n. 48), 165 s. ; Ottimofiore (n. 48), 621 ss.

57 Rey (n. 47), N 107a et 118 s.

58 D'un avis contraire : BSK ZGB II-Wiegand, Art. 641 ss N 18.

59 Au sens de la notion développée par Jacques Dubey, Espace-Temps-Propriété, Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, Genève/Zurich/Bâle 2012, N 421 ; Ottimofiore (n. 48), 621 s. envisage la question dans une autre perspective mais qui, en définitive, amène les mêmes conclusions : s'agissant des transplants, elle leur reconnaît le statut de bien hors commerce mais elle estime que cela ne peut pas exclure pour autant toute forme de relation de propriété sur ceux-ci. Elle estime, à juste titre, qu'il n'y a « pas de lien impératif de cause à effet entre l'existence d'un droit de propriété sur une chose et sa mise sur le marché ».

60 BSK ZGB II-Wiegand, Art. 641 ss N 18 ; Rey (n. 47), N 106 ; sur la notion de chose « hors commerce » : Steinauer (n. 47), N 75 s. ; Dubey (n. 59), N 421 ; Rey (n. 47), N 176 ss ; Pelet (n. 48), 88 ss.

61 Pelet (n. 48), 89 s.

62 Voir en ce sens également, Ducor (n. 26), 254 ss qui propose toutefois de ne pas se rattacher au système du droit civil pour qualifier juridiquement les entités biomédicales mais de prendre en considération le régime juridique particulier à chaque entité qui se dégage des lois de santé publique de la Confédération.

63 Büchler/Michel (n. 12), 50 s. ; Joye (n. 52), 99 ss ; voir également Rey (n. 47), N 118 ; Dubey (n. 59), N 458 ; Message LPMA (n. 8), 260.

tique et, une fois unis, ils peuvent conduire à la formation d'un embryon humain. Toutefois, les gamètes séparés du corps sont des choses au sens de l'art. 713 CC et, en tant que telles, ne peuvent plus être appréhendées uniquement sous l'angle des droits de la personnalité de la personne-source.[64] Il en va ainsi de même pour toutes les parties détachées du corps humain, à l'instar du sang, qui pourtant contient la signature ADN, et donc l'identité, de la personne dont il provient.[65]

Certains auteurs tentent de qualifier les parties détachées, et par ce biais les ovules, de fruits naturels au sens de l'art. 643 CC[66] ou encore de choses sans maître au sens de l'art. 718 CC[67] pour en déduire un droit de propriété.

Qualifier l'ovule de fruit naturel au sens de l'art. 643 CC est également difficile pour plusieurs raisons[68]. Les fruits naturels sont les produits périodiques et tout ce que l'usage autorise à tirer de la chose suivant sa destination (art. 643 CC).[69] Ce dont provient le fruit doit donc nécessairement être une chose ou un animal.[70] En sa qualité de mammifère, bien que n'étant pas une chose,[71] le corps de l'être humain peut toutefois être assimilé à celui d'un animal. Pour que l'art. 643 CC s'applique, l'ovule devrait alors être considéré soit comme un produit périodique, soit comme un produit que l'usage autorise à tirer du corps. Si la notion de produit périodique pourrait être appliquée par analogie,[72] le fait que l'ovule doive être extrait du corps au moyen d'une intervention médicale semble exclure cette qualification. Affirmer que les ovules sont un produit que l'usage autorise à tirer du corps semble également malaisé. Même si en général le prélèvement ne porte pas atteinte à la substance du corps, le raisonnement qui consiste à déterminer si, après le prélèvement, le corps « peut encore être utilisé conformément à sa destination selon l'usage des affaires »[73] n'est pas adapté au prélèvement d'une partie du corps humain. Même en droit romain, alors que l'esclave était en principe soumis au régime juridique des choses, son enfant n'était pas considéré comme un fruit naturel.[74]

Les ovules ne peuvent pas non plus devenir des choses sans maître au sens de l'art. 718 CC, bien que techniquement et pratiquement, cette solution soit concevable. En effet, il est à notre avis impossible de leur appliquer un régime juridique dans lequel quiconque pourrait se les approprier par la seule force de la volonté,[75] sans que la personne-source puisse intervenir. Tant que les ovules sont intégrés à son corps, la personne-source en a la maîtrise par le biais de ses droits de la personnalité. Au moment où l'ovule est séparé de son corps, il devient une chose mais doit pouvoir être rattaché à la personne-source[76], afin notamment de respecter son droit à l'autodétermination et la libre disposition de son corps. Ce rattachement pourrait avoir lieu en appliquant, par analogie, le principe de l'engendrement.[77]

Une partie de la littérature choisit de faire coexister les droits de la personnalité de la personne-source avec le droit de propriété dont elle ou un tiers dispose sur les ovules.[78] Cette solution nous semble adaptée aux défis relatifs aux parties détachées du corps humain. Les actes de disposition sont alors soumis au droit de la propriété. Le caractère personnel des ovules est néanmoins protégé par les droits de la personnalité de la personne-source. Ce sont ces droits qui régulent l'exercice effectif du droit de propriété. L'art. 22 CDHB qui prévoit qu'une partie du corps ne peut être conservée et utilisée que dans le but pour lequel elle a été prélevée semble également aller dans ce sens. Certes cette solution implique une limitation des droits de la propriété qui se caractérisent en principe par

64 Sur le fait que le sperme ne peut pas conserver d'unité avec le corps grâce aux droits de la personnalité une fois qu'il en est séparé, voir Schaumann (n. 48), 64.

65 Sur le statut du sang, Vincent Corpataux, L'utilisation du sang à des fins thérapeutiques, Etude de droit suisse dans une perspective européenne, Bâle 2012, N 407 et 414 ss ;

66 BSK ZGB II-Wiegand, Art. 641 ss N 18 et 60 ; Rey (n. 47), N 107 ; pour une critique : Kälin (n. 48), 89 ss ; également Büchler/Michel (n. 12), 49 s.

67 Kälin (n. 48), 92 s. et 166.

68 Büchler/Michel (n. 12), 50.

69 Foëx, CR CC II ad art. 643, N 4 ss.

70 Voir en ce sens Foëx CR CC II ad art. 643, N 4 ss ; Steinauer (n. 47), N 1072 ss.

71 Büchler/Michel (n. 12), 50 ; Pelet (n. 48), 119 s.

72 Voir Foëx, CR CC II ad art. 643, N 5 qui admet la qualité de produits périodiques aux gamètes des animaux ; voir également en ce sens l'arrêt du TF 5P.451/2001 du 11 février 2002, c. 3c.

73 Foëx, CR CC II ad art. 643, N 6.

74 Pascal Pichonnaz, Les fondements romains du droit privé, Genève/Zurich/Bâle 2008, 192 et les réf. citées.

75 Pour une critique voir Büchler/Michel (n. 12), 50.

76 Voir Ottimofiore (n. 48), 624 ss.

77 Foëx, CR CC II ad art. 643, N 17 et Intro aux art. 641–645, N 59 s.

78 Voir en ce sens également Pelet (n. 48), 203 s. qui considère que le droit de propriété et les droits de la personnalité se complètent ; Büchler/Dörr (n. 27), 390 s. ; Kälin (n. 48), 170 ss utilise également, en matière d'embryons *in vitro*, la complémentarité des droits de la personnalité et des droits de propriété pour justifier que les propriétaires de l'embryon ne soient pas forcément les personnes dont il est issu, mais que ceux-ci conservent un droit de regard sur l'utilisation qui est faite de l'embryon ; voir également Hotz (n. 12), 13 ; Denis Piotet, Quelques réflexions sur les limites juridiques du corps, Cahiers médico-sociaux 1995/39, 69 ss, 72.

un pouvoir de disposition absolu.[79] Nous pensons néanmoins que c'est le propre du système de la propriété d'être soumis à des restrictions lorsqu'un intérêt public le justifie.[80]

IV. Des activités contractuelles à géométrie variable

Lorsqu'il est question de conservation d'ovules sociétale au sens large, on doit considérer l'existence de trois contrats distincts, à savoir le contrat portant sur le prélèvement des ovules (A.), le contrat portant sur la conservation et la dévitrification ou la destruction des ovules (B.) ainsi que le contrat portant sur la mise en œuvre d'une méthode de PMA au moment où la femme souhaite utiliser ses ovules (C.). Ces trois contrats ne sont pas forcément conclus par les mêmes parties mais ils ont nécessairement un impact les uns sur les autres, ce qui les rend interdépendants (D.).

A. Le contrat portant sur le prélèvement des ovules

Le contrat portant sur le prélèvement des ovules, qui implique l'information et les conseils à la patiente, la stimulation hormonale et la ponction des ovules, est un contrat de mandat.[81] En effet, la relation entre un médecin et un patient est qualifiée de contrat de soins *(Behandlungsvertrag),* régi par le contrat de mandat (art. 394 ss CO).[82] Il se caractérise par le fait que le mandataire rend un service en vue d'un résultat mais ne garantit pas ce résultat.[83] Le médecin s'engage à exercer son activité de manière diligente et conformément aux règles de l'art de sa profession.[84] La prestation fournie correspond aux moyens thérapeutiques mis en œuvre.[85] Le contrat de mandat s'applique à l'ensemble des activités du médecin, qu'il s'agisse du traitement d'une maladie, de procréation médicalement assistée, de chirurgie esthétique ou de l'analyse de prélèvements sanguins.[86] Le traitement médical en vue de prélever les ovules dans les règles de l'art est donc assuré par le médecin en qualité de mandataire et la patiente s'engage à le rémunérer.[87]

Une partie de la doctrine, à laquelle nous nous rallions, propose néanmoins de distinguer le traitement médical en vue d'une guérison des actes médicaux pour lesquels une obligation de résultat pourrait être attendue ; ces auteurs citent en exemple la confection de prothères, les examens en laboratoire, les analyses de sang ou encore la chirurgie esthétique.[88] Le prélèvement d'ovules ne peut toutefois être assimilé à ces pratiques. En effet, celui-ci ne peut avoir lieu qu'après une stimulation hormonale, laquelle doit permettre le prélèvement de plusieurs ovules par cycle alors qu'en général la femme n'en produit naturellement qu'un seul. Or, toutes les femmes ne réagissent pas de la même manière aux traitements hormonaux et le nombre d'ovules prélevés par cycle peut varier d'une femme à l'autre. Le médecin en charge du prélèvement ne peut donc garantir qu'il pourra prélever des ovules en quantité suffisante pour qu'ils puissent être conservés et utilisés le moment venu.[89] Le prélèvement d'ovules dans le contexte de l'autoconservation ne peut donc pas être qualifié de contrat d'entreprise.

B. Le contrat portant sur la conservation des ovules

Afin de permettre le cas échéant la réimplantation, les ovules prélevés sont vitrifiés puis cryoconservés pendant une durée indéterminée qui, en Suisse, est néanmoins limitée à 10 ans (art. 15 LPMA). La cryoconservation des ovules constitue selon nous un contrat d'entrepôt (art. 482

79 Voir en ce sens Ducor (n. 26), 256.

80 Nous pensons par exemple à la loi fédérale sur le transfert international des biens culturels du 20 juin 2003 (LTBC), RS 444.1 ; ou encore aux lois en matière d'immobilier qui restreignent les droits de disposition des propriétaires : voir notamment la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger du 16 décembre 1983 (LFAIE), RS 211.412.41 ; la loi relative au droit foncier rural du 4 octobre 1991 (LDFR), RS 211.412.11 ; ou encore la loi fédérale sur les résidences secondaires du 20 mars 2015 (LRS), RS 702.

81 Du même avis, Hotz (n. 12), 11.

82 Pierre Tercier/Laurent Bieri/Blaise Carron, Les contrats spéciaux, 5e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, N 4722 et 4728 ; Dominique Manaï, Droit du patient face à la biomédecine, 2e éd., Berne 2013, 80 ; Pierre Engel, Contrats de droit suisse, 2e éd., Berne 2000, 499.

83 Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 4315 ss.

84 Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 4748 ; Büchler/Michel (n. 12), 80 ; Manaï (n. 82), 80 ; Coralie Devaud, L'information en droit médical – Étude de droit suisse, Zurich 2009, 68 ; Engel (n. 82), 500.

85 Madeleine Hirsig-Vouilloz, La responsabilité du médecin – aspects de droit civil, pénal et administratif, Berne 2017, 13 s. ; Hotz (n. 12), 11 ; Büchler/Michel (n. 12), 80.

86 ATF 110 II 375, c. 1, JdT 1985 I 375 ; voir également Hirsig-Vouilloz (n. 85), 14.

87 Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 4757.

88 Devaud (n. 84), 67 ; Hirsig-Vouilloz (n. 85), 14 ; Chaix, CR CO I ad art. 363, N 44 qui mentionne expressément l'insémination artificielle comme pouvant faire l'objet du contrat d'entreprise ; Engel (n. 82), 500 s. ; Olivier Guillod, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?, thèse, Neuchâtel 1986, 25.

89 Hotz (n. 12), 11.

à 486 CO), c'est-à-dire une forme de dépôt (art. 472 ss CO) qualifié.[90] La personne qui reçoit la chose en dépôt s'engage à la garder en lieu sûr et à la restituer à la demande de la personne qui la lui a confiée.[91] Il s'agit d'un contrat de durée ayant pour objet des choses mobilières.[92]

Or, les ovules sont des choses susceptibles de maîtrise humaine pouvant faire l'objet d'un tel contrat.[93] Le contrat d'entrepôt modifie le régime ordinaire en ce sens que l'entrepositaire doit disposer de compétences professionnelles spécifiques et d'installations particulières.[94] Il doit offrir ses services à quiconque souhaite en bénéficier[95]. Le contrat est nécessairement conclu à titre onéreux.[96] C'est le cas en matière de cryoconservation des ovules. L'entrepositaire s'engage à conserver les ovules et à les restituer sur demande du déposant, à moins que la loi ne requière leur destruction (art. 15 al. 4 LPMA). La restitution de la chose peut impliquer la dévitrification ou le transfert de la chose vitrifiée en fonction du type de contrat conclu entre les parties *(infra III.D.1)*. L'autorisation de conserver du matériel germinal humain n'étant octroyée qu'à des médecins (art. 8 al. 1 let. b et art. 10 al. 1 LPMA), les compétences de l'entrepositaire ainsi que les installations qu'il met à disposition sont, de par la loi, essentielles à l'exécution du contrat.

C. Le contrat portant sur la mise en œuvre de la PMA

Le processus de l'autoconservation des ovules est un processus en deux temps. Dans un premier temps ont lieu le prélèvement et la conservation des ovules. Ce n'est que dans un second temps que peut se dérouler le transfert de l'ovule fécondé dans le but d'induire une grossesse. C'est la phase de la procréation médicalement assistée proprement dite, qui constitue sans conteste un contrat de soins soumis aux règles du mandat. Cette seconde phase doit être strictement distinguée de la phase de l'autoconservation proprement dite. En effet, le contrat portant sur la mise en œuvre de la PMA n'est *pas nécessairement conclu*. La femme qui a congelé ses ovules peut ne pas les utiliser, soit par choix, soit parce que les conditions des art. 3 et 5 LPMA ne sont pas remplies, soit parce que le délai de dix ans est échu. Dans ces deux derniers cas néanmoins, elle peut décider de faire transférer ses ovules à l'étranger (*supra II.B.*) et d'y conclure le contrat de PMA.

D. Les interdépendances entre ces contrats

Dans le contexte de l'autoconservation sociétale des ovules, les trois contrats mentionnés ci-dessus sont interdépendants, mais à des degrés différents. L'interdépendance entre le prélèvement et la conservation est ainsi intrinsèque à la pratique de la conservation des ovules. De manière évidente, le prélèvement n'a pas lieu si la conservation n'est pas possible et, inversement, il ne peut y avoir de conservation sans prélèvement. Déterminer si ces deux activités contractuelles relèvent ou non d'un même contrat dépend néanmoins du modèle de prise en charge choisi par la patiente (1.).

De même, si la phase menant à la conservation doit être distinguée sur les plans temporel et contractuel de la phase de la PMA, ces deux phases n'en demeurent pas moins liées. En effet, les ovules sont prélevés et conservés *dans le but de réaliser une FIV*, même si celle-ci n'est pas toujours réalisée et que par conséquent la conclusion d'un contrat de soins pour ce faire n'est pas garantie.

La particularité de la cryoconservation sociétale des ovules réside néanmoins dans les raisons pour lesquelles elle est pratiquée, à savoir la possibilité de pallier une infertilité future. Elle constitue en ce sens une sorte d'assurance contre l'infertilité. C'est précisément cet aspect de la relation contractuelle qui détermine l'étendue du devoir d'information découlant du contrat de soins relatif au prélèvement des ovules et qui fait le lien avec la seconde phase du processus que constitue la réalisation de la PMA (2.). Ce lien existe donc déjà lorsque la femme s'interroge sur l'opportunité de congeler ses ovules.

1. Le prélèvement et la conservation d'ovules : le contrat mixte ou les contrats distincts

S'ils sont considérés indépendamment l'un de l'autre, le prélèvement des ovules relève du contrat de soins et la cryoconservation du contrat d'entrepôt (*supra III.A* et *III.B*). L'interdépendance entre ces deux activités dans le contexte de l'autoconservation sociétale nécessite néan-

---

90 Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 6091 ; BSK OR I-Koller, art. 482 N 1 et 4.

91 Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 5972 ; Barbey, CR CO I ad art. 472, N 6 ; BSK OR I-Koller, art. 472 N 2.

92 Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 5974 et N 5977 ; BSK OR I-Koller, art. 472 N 4.

93 Voir en ce sens également Hotz (n. 12), 12 qui considère toutefois que le contrat de dépôt spécial est compris dans le contrat de soins ; analyse que nous ne partageons pas (voir *supra* II.B.3) ; Pelet (n. 48), 358 s'agissant du dépôt de sperme.

94 RVJ 1982, 231 ; Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 6091 et 6094 ; Barbey CR CO I ad art. 482, N 4 ; BSK OR I-Koller, art. 482 N 5.

95 Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 6094 ; BSK OR I-Koller, art. 482 N 5.

96 Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 6094 ; Barbey, CR CO I ad art. 482, N 1 ; BSK OR I-Koller, art. 482 N 5.

moins de s'interroger sur la qualification des services proposés par les parties.

Ainsi, si la patiente décide de s'adresser à un *centre de procréation médicalement assistée* pour procéder au prélèvement des ovules puis à leur conservation, le centre est à la fois le mandataire et l'entrepositaire. Ce contrat ne faisant l'objet d'aucune réglementation spécifique dans la législation suisse, il s'agit d'un contrat innommé.[97] En effet, le contrat est conclu avec le centre de PMA. Le médecin qui pratique le prélèvement d'ovules n'en est ainsi qu'un auxiliaire (art. 101 CO). Il s'agit donc d'un *contrat mixte combiné* car la même partie promet plusieurs prestations relatives à plusieurs contrats.[98] Le centre sera alors compétent pour l'information et le conseil à la patiente, la stimulation hormonale, le suivi médical y relatif, la ponction des ovules durant plusieurs cycles et la cryoconservation de ceux-ci.[99] En fonction des choix de la patiente concernant une éventuelle fécondation *in vitro*, le centre est également compétent pour la dévitrification en vue de la réalisation de la FIV, ou pour leur transfert à un autre centre ou médecin ou encore pour leur destruction.

Si la patiente s'adresse à un *médecin* pour le traitement médical visant à prélever ses ovules mais qu'elle souhaite les faire *conserver dans une structure* ne pratiquant pas la procréation médicalement assistée ou dans un centre pratiquant la PMA mais qui n'a pas prélevé les ovules, il ne peut s'agir que de deux contrats distincts puisque les parties aux différents contrats ne sont pas les mêmes. Toutefois, leur sort est lié par la volonté de la patiente : le prélèvement des ovules n'a lieu que s'ils peuvent être conservés par la suite et, inversement, les ovules ne seront pas conservés s'ils n'ont pas pu être prélevés. Ainsi, les parties doivent lier les contrats au moyen des obligations conditionnelles de l'art. 151 CO. Le contrat de soins concernant le prélèvement sera soumis à la condition suspensive que le contrat d'entrepôt pour la cryoconservation soit conclu (art. 151 CO).

A titre d'exemple, le Centre de procréation médicalement assistée de Lausanne (ci-après : le CPMA) propose des forfaits distincts si le suivi de la patiente est effectué par les médecins du CPMA ou s'il est effectué par un médecin externe.[100] Ainsi, pour un suivi complet par les médecins du CPMA, comprenant un cycle de stimulation hormonale, le prélèvement et la vitrification, le centre propose un forfait de CHF 5300 par cycle de traitement.[101] Ce montant comprend la première année de conservation. Chaque année suivante est facturée CHF 300. La même prestation en cas de suivi partiel par un médecin externe est facturée CHF 4500 par le CPMA et comprend également la première année de conservation. On constate alors que, dans les faits, il existe effectivement plusieurs combinaisons contractuelles possibles en matière d'autoconservation des ovules.[102]

2. L'étendue du devoir d'information

De manière similaire à ce qui vaut en matière de prélèvement et de conservation, la possibilité d'avoir à l'avenir recours à la PMA si nécessaire est déterminante dans le choix de faire prélever et conserver ses ovules. Comme en matière d'assurance, la patiente espère pouvoir recourir aux ovules congelés si elle est trop âgée pour tomber enceinte naturellement. Elle assure un risque dont la réalisation est incertaine, mais elle envisage néanmoins que ce risque puisse survenir. C'est donc le but de l'autoconservation sociétale des ovules qui lie entre elles les différentes actions nécessaires à la pratique. C'est d'ailleurs la raison qui nous a amené à qualifier le prélèvement d'ovules de contrat de mandat et non de contrat d'entreprise.

Or, conformément au contrat de soins, le médecin qui procède au prélèvement a le devoir d'informer sa patiente et en particulier de lui donner tous les renseignements en rapport avec le but du mandat.[103] Ce devoir évolue en fonction des circonstances : moins une intervention est nécessaire, plus l'information doit être étendue.[104] En matière d'autoconservation des ovules, le médecin doit donc non seulement informer la patiente sur les risques

97 Sur la notion de contrat innommé : Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 311.

98 Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 316.

99 Hotz (n. 12), 3.

100 Information disponible sur le site http://www.cpma.ch/fr/patients/costs.html, consulté le 14 décembre 2017. A notre connaissance, le CPMA est un des seuls centres de procréation médicalement assistée de Suisse qui indique ses prix directement sur son site internet. Les quelques tentatives de prise de contact avec d'autres centres ont par ailleurs échoué.

101 Le message introductif précise que « les tarifs forfaitaires comprennent les prestations médicales et biologiques, l'assistance psychologique, les prestations du personnel paramédical, ainsi que la prise en charge au bloc opératoire. Les prix indiqués ne tiennent pas compte des analyses sanguines et du coût des médicaments » : http://www.cpma.ch/fr/patients/costs.html, consulté le 14 décembre 2017.

102 Il en va d'ailleurs de même s'agissant de la dévitrification : http://www.cpma.ch/fr/patients/costs.html, consulté le 14 décembre 2017, qui peut ou non être couplée avec les prestations du centre pour la réalisation de la fécondation *in vitro*.

103 Manaï (n. 82), 80 ; sur le devoir d'information, voir ATF 133 III 121, c. 4.1.2 ; Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 4741.

104 ATF du 5 mai 1995, ZBl 1996, 278 ss, 282 ; voir également Manaï (n. 82), 88 ; Hotz (n. 12), 14.

de la procédure visant à prélever les ovules,[105] mais également sur les modalités de la conservation ainsi que sur les conditions de leur éventuelle utilisation future, et cela qu'il soit ou non partie aux autres contrats.[106] En effet, le but de l'intervention médicale n'est pas le simple prélèvement des ovules mais bien la possibilité de pouvoir les utiliser à l'avenir.

Le devoir d'information fait non seulement partie des obligations professionnelles générales du médecin,[107] mais il doit avant tout permettre à la patiente de fournir un consentement éclairé[108] nécessaire à la formation du contrat de prélèvement des ovules. En effet, la conclusion du contrat nécessite un accord de manifestation de volonté portant sur tous les éléments essentiels.[109] Ce n'est donc que si l'information porte également sur le caractère d'assurance de l'autoconservation et sur les conditions légales et médicales pour que les ovules puissent être fécondés que la femme pourra fournir un consentement éclairé.[110] En effet, l'utilisation des ovules en Suisse n'est possible que si la femme devient stérile (art. 5 LPMA) ou si elle ne remplit pas les autres conditions (art. 3 LPMA) dans le délai de dix ans depuis le moment où elle fait conserver ses ovules (art. 15 LPMA). Le médecin doit également la rendre attentive aux chances de succès de la FIV ainsi qu'au fait que l'âge biologique de la femme et son état de santé en général ont toujours un impact sur le déroulement de la grossesse, quel que soit l'âge de ses ovules.[111]

V. Conclusion

Le souhait de fonder une famille dans la deuxième moitié de sa vie s'intensifie avec le vieillissement de la population. Or, de manière générale, le droit suisse n'offre aucune assistance aux femmes stériles – si ce n'est l'adoption –, et en particulier à celles qui le sont en raison de leur âge. Le don d'ovule est interdit (art. 4 LPMA) et l'autoconservation sociétale est une méthode de préservation de la fertilité relativement récente qui semble pour l'heure rester marginale en Suisse. Une législation plus souple concernant le délai de conservation et les conditions d'accès à la PMA rendrait le recours à l'autoconservation sociétale plus utile, en particulier pour les femmes qui souhaitent avoir un enfant à plus de 40 ans. Favoriser l'autoconservation sociétale ne peut toutefois intervenir sans garantir aux femmes les mêmes chances que les hommes de pallier leurs problèmes de fertilité. Le don d'ovule doit donc être autorisé. Il existe d'ailleurs un lien étroit entre l'autoconservation sociétale et le don d'ovule dans la mesure où d'éventuels ovules non utilisés pourraient faire l'objet d'un don.

Les plus enthousiastes voient dans l'autoconservation sociétale des ovules une technique révolutionnaire comparable à la pilule, permettant aux femmes de maîtriser leur fertilité en choisissant le moment où elles souhaitent procréer, sans contraintes biologiques.[112] Certes, si certaines femmes exercent leur libre choix et souhaitent y avoir accès, il semble difficile de s'y opposer. Y voir une révolution qui garantira aux femmes une plus grande liberté dans la planification de leur vie privée et professionnelle nous semble néanmoins dangereux. En effet, cette pratique ne doit pas devenir un instrument de la société pour maintenir la responsabilité du choix de fonder une famille sur les seules épaules de la femme. Elle ne doit pas permettre à l'appareil politique et économique de notre pays ainsi qu'à la société en général de faire l'économie d'une réflexion approfondie sur le monde du travail,[113] sur l'intégration de la femme en âge de procréer dans ce monde-là, sur l'intégration du père dans la responsabilité parentale – dans le but de diminuer la pression existant sur les femmes –, ou encore sur la possibilité de concilier la famille et le début de sa carrière.[114]

Surtout, elle ne doit pas permettre d'omettre d'informer les femmes sur les risques de stérilité dus à l'âge. L'autoconservation des ovules est et doit rester une forme d'assurance destinée aux femmes qui le souhaitent, de leur plein gré et après mûre réflexion. Le médecin qui la prend en charge doit s'assurer qu'elle a conscience du caractère aléatoire de cette assurance, qui ne peut en aucun cas garantir à la femme qu'une grossesse pourra être menée à terme au moment où elle le souhaite. L'autoconservation sociétale s'apparente en définitive à un pari coûteux et risqué sur l'avenir qui profite probablement plus aux prestataires de services qu'aux rares femmes qui pourront réellement accéder à la maternité par ce moyen.

105 Hotz (n. 12), 14.
106 Voir également Peter (n. 12), N 32.
107 ATF 117 Ib 197, c. 2a, JdT 1992 I 214 ; voir également, Manaï (n. 82), 81.
108 Engel (n. 82), 500 ; Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 4746 ; voir également Guillod (n. 88), 29 ss.
109 Tercier/Bieri/Carron (n. 82), N 4736.
110 Peter (n. 12), N 33 ; Sur les défis du consentement éclairé en matière d'autoconservation sociétale, voir Emily Jackson, The amiguities of 'social' egg freezing and the challenges of informed consent, Biosocieties 2017, 1 ss.
111 Hotz (n. 12), 14 ; Tribunal administratif de St-Gall (n. 13), c. 4.3.4.
112 Voir notamment Büchler, Autonomie (n. 5), 70.
113 Du même avis, Peter (n. 12), N 52 ss.
114 Du même avis, CNE, 22/2013, (n. 10), 16.