

BIOÉTHIQUE

1273

Le notaire et l'assistance médicale à la procréation : les incidences de la loi bioéthique sur la pratique notariale

Parmi les mesures les plus significatives de la loi relative à la bioéthique, celle ouvrant l'assistance médicale à la procréation aux couples de femmes et aux femmes non mariées comme celle instituant un nouveau mode d'établissement du lien de filiation à l'égard de l'enfant, ont de fortes incidences sur la pratique notariale. Le rôle du notaire, déjà conforté par la loi du 23 mars 2019 de réforme pour la justice, est ici renforcé.



Étude rédigée par :
Nathalie Baillon-Wirtz,
maître de conférences HDR à l'université
de Reims Champagne-Ardenne

1 - La contribution du notaire à la mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation (AMP) n'est pas récente. Déjà en 1994¹, le législateur lui attribuait, à côté du juge, compétence pour recueillir le consentement d'un couple à l'AMP exogène du fait, notamment, de la gravité de l'acte et de ses conséquences au regard du droit de la filiation. Si ce besoin de solennité par le recours à l'acte authentique n'a jamais été démenti au fil des réformes, il s'est adapté face aux mesures de déjudiciarisation conduisant au retrait du juge en la matière.

La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 a ainsi fait du notaire l'interlocuteur unique pour établir l'*instrumentum* et fournir aux bénéficiaires de l'AMP, avec tiers donneur ou accueil d'embryon, les informations juridiques requises. La loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique emboîte logiquement le pas et le rôle que le notaire est désormais amené à jouer est central. Le choix d'ouvrir les techniques médicales aux couples de femmes et aux femmes non mariées et, de manière plus large, de redessiner les conditions d'accès à l'AMP a des incidences fortes sur la filiation et la revendication par l'enfant de ses origines, que le notaire doit appréhender pour assumer au mieux ses nouvelles responsabilités. Dans le prolongement de ces mesures, la question de la transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance de l'enfant né à l'étranger d'une gestation pour le compte d'autrui, que la présente loi a tenté de régler, doit aussi interpeller.

1 L. n° 94-653, 29 juill. 1994, art. 10, relative au respect du corps humain : JO 30 juill. 1994.

1. Les conditions d'accès à l'AMP

2 - Depuis 1994 le législateur organisait la procréation assistée comme une réponse médicale à un problème exclusivement médical, à savoir l'infertilité d'un couple dont le caractère pathologique avait été médicalement diagnostiqué, ou le risque de transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Également perçue comme le décalque de la procréation naturelle, l'AMP était réservée à un couple : « un homme et une femme », « vivants » et unis, consentants et « en âge de procréer ». Si le mode d'union n'avait pas d'importance, la différence des sexes restait toutefois la condition essentielle pour donner à l'enfant l'illusion qu'il était issu d'une procréation charnelle.

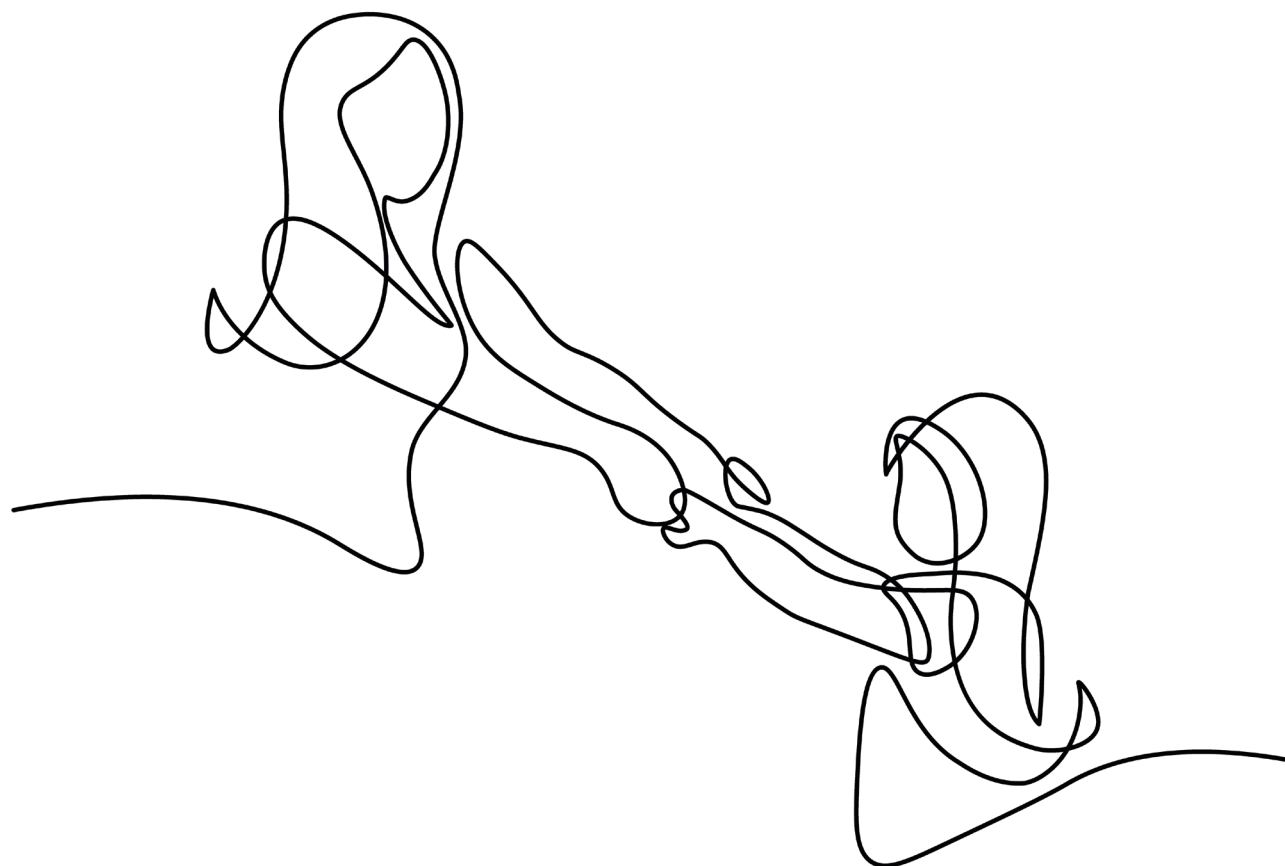
3 - Aujourd'hui, la triple exigence de l'infertilité, de l'existence d'un couple et de la différence des sexes n'est plus. Hormis le maintien de quelques conditions que la première loi bioéthique avait érigé en 1994 comme nécessaires, l'accès à l'AMP repose désormais principalement sur l'intention et la volonté. La dimension médicale laisse place à une dimension sociale justifiant que toute personne y ait un égal accès dès lors qu'elle porte un projet parental et exprime un consentement dans les formes exigées par la loi.

A. - L'existence d'un projet parental

4 - **Suppression du critère médical.** – L'AMP ne repose plus sur une nécessité thérapeutique², mais sur le « projet parental » qui est ainsi placé au premier rang des conditions d'accès à l'AMP en vertu de l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique³. Ce

2 La suppression du critère médical n'a pas d'incidence sur la prise en charge par l'assurance maladie des frais occasionnés par l'AMP, et elle est même élargie aux couples de femmes et aux femmes non mariées.

3 CSP, art. L. 2141-2 : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à un projet parental [...] ».



© TETIANA GABRUSHA_IJSTOCK_GETTYIMAGES PLUS

terme, bien que n'étant pas expressément défini par la loi, n'est pas nouveau. Il renvoyait principalement jusque-là au cas des couples consultés chaque année sur le point de savoir s'ils entendaient maintenir leur « projet parental » et conserver les embryons sur-numéraires conçus *in vitro* dans le cadre de l'AMP.

Aujourd'hui, le projet parental, qu'il soit porté à deux ou individuel, est érigé en fondement d'un droit revendiqué d'accéder à l'AMP et non plus seulement de continuer à en bénéficier.

Sur un plan pratique, il renvoie à la motivation que le couple ou la femme non mariée doit démontrer lors des entretiens particuliers menés par l'équipe médicale préalablement à l'AMP ; motivation sur laquelle le notaire n'exerce aucun contrôle d'opportunité au moment de la réception des consentements.

5 - Suppression de la condition de différence des sexes. – Auparavant, l'AMP était réservée aux couples composés d'un homme et d'une femme. Désormais, elle est ouverte, sans que l'on puisse, souligne la loi, faire une différence de traitement notamment au regard du statut matrimonial ou de l'orientation sexuelle des demandeurs (*CSP, art. L. 2141-2 mod.*). Peuvent donc y avoir accès aussi bien les couples de personnes de sexe différent, qu'ils soient mariés, pacsés ou concubins, que les couples de femmes, mariées ou non.

L'AMP n'est en revanche pas ouverte aux couples d'hommes, car dans le cas contraire, cela reviendrait à accueillir la gestation pour le compte d'autrui que le Code civil interdit toujours (*C. civ., art. 16-7*).

6 - Suppression de la condition liée à l'existence d'un couple. –

L'un des apports majeurs de la loi du 2 août 2021 est d'ouvrir l'AMP à toute femme non mariée⁴ désireuse d'avoir un enfant en dehors d'une procréation charnelle. Au-delà des débats d'ordre sémantique que l'expression « femme non mariée » peut susciter et sur lesquels nous reviendrons⁵, c'est la condition de la nécessité d'un couple qui disparaît aujourd'hui. Il est important de le souligner, car ce point a souvent été laissé de côté lors des discussions dominées par l'accès de l'AMP aux couples de femmes.

B. - Le maintien de certaines conditions

7 - Des bénéficiaires en âge de procréer. – Pour les bénéficiaires de l'AMP déterminés par la loi, la condition d'accès tenant à l'âge est maintenue. Cependant, la loi du 2 août 2021 ne fixe pas de bornes et renvoie à cette fin à un décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Agence de la biomédecine, qui fixera les conditions d'âge requises, en prenant en compte les risques médicaux de la procréation liés à l'âge et l'intérêt de l'enfant à naître.

8 - Un couple uni. – S'agissant des conditions liées au couple, la loi maintient l'exigence d'être un couple uni pour pouvoir bénéficier

⁴ L'AMP n'est pas ouverte à un homme non marié, le recours à une gestation pour autrui étant interdit.

⁵ N. Baillon-Wirtz, *Le consentement devant notaire à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur* : JCP N 2021, n° 35, 1274.

d'une AMP. Ainsi, « l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps », « la signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel selon les modalités prévues à l'article 229-1 du Code civil », ainsi que « la cessation de la communauté de vie » font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons (CSP, art. L. 2141-2).

9 - Un couple vivant : maintien de l'interdiction de la procréation posthume. – La loi maintient également la condition tenant au fait d'être en vie au moment de la réalisation de l'AMP, ce qui écarte toute possibilité d'une procréation posthume (CSP, art. L. 2141-2). Pourtant, la question de lever l'interdiction de la procréation *post-mortem* a été fortement débattue lors des travaux parlementaires. Certains ont en effet soutenu, notamment par le biais d'amendements, que l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées rend l'interdiction moins justifiable encore et qu'autoriser la conception d'un enfant sans lignée paternelle relativise les obstacles à la conception d'un enfant dont le père est décédé.

Il est vrai que le maintien de l'interdiction aboutit à la situation paradoxale qu'une femme dont le conjoint est décédé est contrainte de renoncer à tout projet d'AMP avec les gamètes de ce dernier ou les embryons du couple, alors qu'elle est autorisée à réaliser une AMP seule, avec tiers donneur ou accueil d'un embryon.

Il est donc possible que le dispositif évolue un jour dans le sens d'une admission conditionnée⁶, ce qui amènerait à une refonte importante du droit de la filiation et corrélativement du droit des successions tant dans ses principes que dans ses applications pratiques (incertitude liée à la dévolution, à son calendrier, aux qualités respectives des différents successibles, remise en question des partages successoraux, etc.). Il faudra alors espérer que les pouvoirs publics prennent le temps d'analyser les enjeux et les risques des propositions soumises, d'apprécier les conséquences de chacune d'elles et de s'interroger sur leur cohérence avec les règles préexistantes.

C. - Le consentement préalable à la réalisation de l'AMP

10 - Comme sous le régime antérieur, les règles de consentement à l'AMP varient selon que cette dernière soit endogène (avec les gamètes du couple) ou exogène (avec les gamètes d'au moins un tiers ou en cas d'accueil d'embryons). Dans les deux cas, le consentement est donné à l'équipe médicale (CSP, art. L. 2141-10).

À ces règles, communes à toutes les techniques d'AMP, s'ajoutent des dispositions particulières aux techniques de procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur. En application du nouvel article 342-10 du Code civil, les membres du couple ou la femme non mariée doivent aussi exprimer leur consentement à

l'AMP devant un notaire⁷. Ce consentement est cependant privé d'effet dans des cas expressément prévus par la loi.

1° L'expression du consentement devant le notaire

11 - En cas d'AMP avec tiers donneur. – Les couples composés d'un homme et d'une femme, ou de deux femmes ou la femme non mariée doivent, préalablement à l'AMP, donner leur consentement devant le notaire de leur choix (C. civ., art. 342-10. – CSP, art. L. 2141-10).

12 - En cas d'accueil d'embryon. – Il en va de même en cas d'accueil d'embryon en application de l'article L. 2141-6 du Code de la santé publique, à la différence près que le notaire recueille autant le consentement des couples ou de la femme non mariée qui souhaitent accueillir un embryon (« receveurs »), que celui des couples ou de la femme non mariée qui ne comptent pas poursuivre leur projet parental et finalement permettent l'accueil de leurs embryons conservés (« donneurs »).

13 - Dans les deux cas, le législateur maintient et accroît l'obligation d'information qui pèse sur le notaire. Il est tenu d'informer ceux qui consentent à l'AMP exogène des conséquences de leur acte au regard de la filiation (notamment sur les conditions d'établissement, à savoir l'impossibilité d'établir un lien juridique entre l'enfant et le donneur⁸ ou d'agir en contestation de la filiation⁹). Il doit de surcroît informer les intéressés des conditions dans lesquelles l'enfant pourra, s'il le souhaite, accéder à sa majorité aux données non identifiantes ou à l'identité du tiers donneur.

2° Le consentement privé d'effet

14 - Le nouvel article 342-10 du Code civil prévoit, comme actuellement, que le consentement devant le notaire doit perdurer jusqu'à la réalisation de l'AMP. Il est ainsi privé d'effet en cas de :

- décès ;
- d'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps ;
- de signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel (C. civ., art. 229-1) ;
- de cessation de la communauté de vie avant la réalisation de l'AMP ;
- de révocation par l'un des membres du couple. Dans ce dernier cas, la révocation doit avoir lieu par écrit et avant la réalisation de l'AMP, auprès du médecin chargé de la mettre en œuvre ou du notaire qui a reçu le consentement (C. civ., art. 342-10, *in fine*).

⁷ N. Baillon-Wirtz, *Le consentement devant notaire à l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur* : JCP N 2021, n° 35, 1274. – V. la formule de D. Montoux : JCP N 2021, n° 35, 1276.

⁸ Et d'agir en responsabilité contre lui (C. civ., art. 342-9).

⁹ À moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de l'AMP ou que le consentement a été privé d'effet (C. civ., art. 342-10, al. 2).

⁶ Notamment, la nécessaire vérification du consentement du père de son vivant à la possibilité d'une procréation posthume et un indispensable encadrement temporel du droit d'y recourir.

2. Le don de gamètes et le droit d'accès aux origines

15 - **Levée de l'interdiction du double don de gamètes.** – L'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées a conduit, lors des travaux parlementaires, à s'interroger de nouveau sur les conditions d'accès aux techniques de procréation et les moyens qu'elles impliquent. La réalisation d'une AMP exogène repose sur plusieurs configurations possibles du don de gamètes. Elle peut passer par le don de sperme ou le don d'ovocyte. Le couple ou la femme non mariée peut même bénéficier d'un double don de sperme et d'ovocyte.

La loi du 2 août 2021 lève en effet l'interdiction du double don de gamètes, offrant ainsi une autre alternative aux bénéficiaires de l'AMP, en plus de l'accueil d'un embryon déjà conçu¹⁰.

16 - Lors des débats, la proposition qu'un couple de femmes puisse accéder à la technique dite de la « ROPA » (réception d'ovules par la partenaire) qui consiste à implanter dans l'utérus de l'une un embryon issu de la fécondation de l'ovocyte de l'autre (« maternité partagée »), a été envisagée pour être finalement rejetée.

17 - En plus des techniques du don sur lesquelles la loi du 2 août 2021 est partiellement revenue, les conditions de sa réalisation ont été largement abordées par la réforme, ainsi que la question du maintien du principe de l'anonymat du tiers donneur et de la reconnaissance consécutive d'un droit de l'enfant à connaître ses origines qui cristallisait jusqu'alors de nombreuses tensions.

A. - Les conditions de réalisation du don

18 - **Gratuité du don.** – Le don de gamètes est subordonné à diverses conditions que la loi du 2 août 2021 a partiellement modifiées. En revanche, le principe de la gratuité du don subsiste. L'obtention de gamètes ou d'embryon dans le cadre de l'accueil, ne peut être monnayée. Une logique de marché aurait forcément des effets tant sur la pratique du don de gamètes – notamment avec l'apparition de règles d'évaluation en fonction des caractéristiques et qualités du donneur – que sur celle des autres produits et éléments du corps humain.

19 - La loi du 2 août 2021 apporte plusieurs précisions bienvenues en ce qui concerne la capacité et le consentement du donneur. Ce dernier doit être majeur, ce qui conduit à écarter le don d'un mineur, même émancipé.

Auparavant, un majeur protégé ne pouvait également être donneur au regard des textes relatifs au prélèvement de tissus, cellules et produits. La loi, en prévoyant que ceux faisant l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation à la personne

ne peuvent être donneurs, admet implicitement que les personnes concernées par une mesure de protection sur leurs biens seulement ou par une mesure d'assistance, peuvent l'être et consentir à cette fin.

ATTENTION

→ **Le consentement du donneur est recueilli par écrit et peut être révoqué à tout moment jusqu'à l'utilisation des gamètes. Si le donneur vit en couple, le consentement du conjoint n'est plus requis.**

20 - Hormis le fait de consentir au don en lui-même, la loi du 2 août 2021, corrélativement aux mesures de levée de l'anonymat du donneur et d'accès de l'enfant à ses origines, conditionne le don au fait que le donneur accepte préalablement que l'enfant puisse, à sa majorité et à sa demande¹¹, accéder à des données non identifiantes (âge, état général, caractéristiques physiques, situation familiale et professionnelle, pays de naissance, motivations au don¹²) ou à son identité¹³. À défaut d'accord préalable, le don ne peut être effectué.

REMARQUE

→ **La loi permet aussi aux donneurs antérieurs à son entrée en vigueur de consentir à la transmission de leurs données non identifiantes ou de leur identité, aux personnes majeures nées de leur don.**

B. - Le droit d'accès aux origines

21 - **Anonymat des donneurs.** – Lors des travaux préparatoires des lois du 29 juillet 1994, l'anonymat du donneur d'éléments ou de produits du corps humain a été présenté comme l'un des grands principes de la « bioéthique à la française », corollaire du principe de gratuité.

Concernant le don de gamètes, l'anonymat du donneur permettrait de préserver sa vie privée et celle du couple receveur, ce dernier ne souhaitant pas nécessairement que les conditions de conception de l'enfant puissent être révélées aux yeux de tous et avant tout à ce dernier.

Cette argumentation pouvait aujourd'hui difficilement subsister. Dans le contexte d'ouverture de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées, il est peu aisé de maintenir une règle justifiée principalement par la logique de l'imitation de la nature et la préservation du secret de la conception. La pertinence du dispositif juridique était également interrogée devant les revendications d'enfants qui à l'âge adulte recherchent leurs origines, allant pour

10 L'embryon susceptible d'être accueilli peut, selon les termes de la loi du 2 août 2021, avoir été conçu dans le cadre d'une AMP par un couple (de manière endogène ou exogène) ou par une femme non mariée, après recours aux gamètes d'un tiers donneur (ou après un double don de gamètes).

11 Le décès du tiers donneur est sans incidence sur la communication de ces données et de son identité.

12 CSP, art. L. 2143-3. La plupart des dispositions relatives au consentement au don et au recueil des données non identifiantes ou de l'identité du donneur entreront en vigueur le premier jour du 13^e mois suivant la promulgation de la présente loi, soit le 1^{er} septembre 2022.

13 Ces données sont conservées par l'Agence de biomédecine.

certaines jusqu'à se procurer sans grand frais et de manière illicite, un test génétique auprès de sociétés étrangères pour retrouver leur géniteur (voire leurs « *diblings* », c'est-à-dire les « demi-sœurs et demi-frères génétiques »).

22 - Le législateur a donc fait le choix, par la présente loi, de maintenir le principe d'anonymat du donneur et du receveur. Toutefois, ce principe ne saurait faire obstacle, comme l'affirme l'alinéa 2 du nouvel article 16-8-1 du Code civil, à l'accès de la personne majeure née d'une AMP avec tiers donneur, sur sa demande, à des données non identifiantes ou à l'identité du tiers donneur. Une commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur, placée auprès du ministre de la Santé, est ainsi chargée de traiter les demandes d'accès à ces données.

23 - **Maintien de l'interdiction légale d'établir un lien de filiation entre le donneur et l'enfant issu du don.** – L'inscription identitaire que permet la levée de l'anonymat du donneur ne peut cependant être confondue avec l'inscription familiale induite de la reconnaissance légale de la filiation. C'est la raison pour laquelle le nouvel article 342-9 du Code civil reprend les dispositions de l'ancien article 311-19 du même code. Aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de l'AMP. Aucune action en responsabilité ne peut non plus être exercée à l'encontre du donneur. L'accès aux origines reste donc dissocié de l'établissement de la filiation et n'a aucune conséquence juridique en droit des successions.

3. L'établissement de la filiation des enfants nés par recours à l'AMP

24 - Concernant l'enfant né de deux femmes ayant eu recours à une AMP exogène, le dispositif antérieur ne permettait un rattachement juridique qu'à la femme qui lui avait donné naissance. Pour l'autre femme, seul le recours à l'adoption était possible, sous réserve cependant que le couple soit marié.

L'une des options envisagées pour adapter le droit de la filiation à l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes consistait à étendre les dispositions du titre VII du livre I^{er} du Code civil (« De la filiation ») et à permettre l'établissement par la voie de la reconnaissance ou de l'acte de notoriété constatant la possession d'état voire un établissement automatique de la filiation par le jeu d'une présomption – présomption de coparenté ou de comaternité. Cette option n'a pas été retenue par la loi bioéthique du 2 août 2021, car elle encourt deux critiques régulièrement reprises. On lui reproche, en premier lieu, d'accentuer l'in vraisemblance des liens ainsi institués et, en second lieu, de faire perdre au titre VII sa cohérence d'ensemble. Dès lors, une autre solution a été privilégiée : celle consistant à créer un mode d'établissement *sui generis* de la filiation, réservé seulement aux enfants nés dans les couples de femmes ayant eu recours à une AMP : la reconnaissance conjointe anticipée.

25 - **Nouvelle physionomie du Code civil.** – La structure du Code civil est modifiée en conséquence. Tout d'abord, l'article 310 qui introduisait le titre VII est déplacé dans le titre préliminaire du Code civil, au nouvel article 6-2. Si elle perturbe un peu plus la cohérence interne de cette division introductive du code, la disposition est rendue nécessaire, selon le législateur, pour reprendre sous une même phrase, les textes qui introduisaient jusque-là les titres VII et VIII du Code civil (*C. civ.*, art. 310 et 358) :

« *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont, dans leurs rapports avec leurs parents, les mêmes droits et les mêmes devoirs, sous réserve des dispositions particulières du chapitre II du titre VIII du livre I^{er} [de l'adoption simple]. La filiation fait entrer l'enfant dans la famille de chacun de ses parents* ».

Ensuite, l'article 310-1 du Code civil qui liste les différents modes d'établissement de la filiation est complété par un renvoi à la reconnaissance conjointe. Enfin, les dispositions relatives à l'AMP exogène qu'elles concernent les couples de sexe différent, de même sexe ou les femmes non mariées sont toutes ramenées dans le titre VII au sein d'un chapitre V intitulé « De l'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur » (*C. civ.*, art. 342-9 à art. 342-13) et les articles 311-19 et 311-20 qui s'appliquaient jusque-là, ont été supprimés.

26 - De cette nouvelle structure découle un ensemble de règles qui diffèrent selon que l'enfant est né d'un couple composé d'un homme et d'une femme ayant eu recours à une AMP, d'un couple de deux femmes ou d'une femme non mariée.

A. - Les règles applicables au couple composé d'un homme et d'une femme

27 - La filiation de l'enfant issu d'une AMP exogène au sein d'un couple de personnes de sexe différent est établie, comme en cas de procréation naturelle ou d'AMP endogène. Les règles de droit commun issues du chapitre II du titre VII s'appliquent donc pour l'homme par le jeu de la présomption de paternité en cas de mariage (*C. civ.*, art. 312) ou par la reconnaissance (*C. civ.*, art. 316) et pour la femme qui a accouché, par la mention de son nom dans l'acte de naissance de l'enfant (*C. civ.*, art. 311-25).

Les actions en établissement ou en contestation de la filiation sont en principe irrecevables. À cet effet, le nouvel article 342-13 du Code civil reprend l'ancien article 311-20 du même code qui prévoyait que le consentement donné à une AMP interdit toute action « aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation », sauf à pouvoir démontrer que l'enfant n'en est pas issu ou que le consentement a été privé d'effet. Ce nouvel article reprend aussi la règle selon laquelle celui qui, après avoir consenti à l'AMP, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu, engage sa responsabilité envers la mère et l'enfant. Outre la condamnation à des dommages et intérêts, l'homme voit sa paternité judiciairement déclarée en application des articles 328 et 331 du Code civil.

B. - Les règles applicables à la femme non mariée

28 - S'agissant des règles applicables à la filiation de l'enfant né d'une femme non mariée ayant eu recours à une AMP, elles ne posent pas à première vue de problèmes particuliers. Dans ce cas en effet, le lien de filiation maternelle s'établit dans les conditions précitées de l'article 311-25 du Code civil (mention du nom de la mère dans l'acte de naissance). Toutefois, cette ouverture pose aussi plusieurs difficultés juridiques.

29 - La première difficulté est d'ordre sémantique mais elle concerne aussi le fond du droit. Les mots « femme non mariée » ne sont pas identiques aux mots « femme célibataire » ou « femme seule ». Juridiquement, une femme « non mariée » peut avoir conclu un pacte civil de solidarité ou être en concubinage, auquel cas elle forme un couple avec l'autre partenaire ou concubin.

La question se pose alors de savoir si l'AMP peut être réalisée par la femme en concubinage ou pacsée sans l'accord de son concubin ou partenaire. Si l'on s'en tient aux travaux parlementaires et à une compréhension littérale des mots « femme non mariée », la réponse est positive. La femme non mariée pourra consentir seule à l'AMP alors qu'elle est liée par un PACS ou vit en concubinage. Si le projet parental est malgré tout mené, l'enfant né sera donc inséré au sein d'un couple sur décision unilatérale de la femme, sans rattachement possible au concubin ou au partenaire puisque l'enfant est issu des gamètes d'un tiers donneur¹⁴. En effet, à l'égard du concubin ou du partenaire, la présomption de paternité ne peut s'appliquer (puisque'il n'y a pas de mariage). La reconnaissance qu'il pourrait établir sur le fondement de l'article 316 du Code civil serait mensongère. Et la possession d'état qui pourrait être constatée, serait fragilisée et pourrait être contestée dans les conditions des articles 335 et 336 du Code civil.

CONSEIL PRATIQUE

→ Ces points devront opportunément être abordés par le notaire au moment de recueillir le consentement de la femme non mariée à l'AMP.

30 - La seconde difficulté concerne la femme mariée cette fois. Cette dernière ne peut en l'état du texte, bénéficier d'une AMP avec tiers donneur dans l'hypothèse où son conjoint (homme ou femme) ne donnerait pas aussi son consentement à l'assistance. Sur le plan juridique, se poserait surtout la question du jeu de la présomption de paternité du mari. Cette présomption jouerait automatiquement (sauf à l'écartier dans les conditions de l'article 313 du Code civil, en n'inscrivant pas le nom du mari dans l'acte de naissance

14 Ceci dans le cas où la femme non mariée a une communauté de vie avec un homme. Dans le cas où elle serait liée par un PACS ou vivrait en concubinage avec une femme, cette dernière ne pourrait pas non plus établir un lien de filiation avec l'enfant issu de l'AMP, puisqu'aucun acte de reconnaissance conjointe anticipée n'aurait été établi. L'adoption de l'enfant du conjoint serait aussi exclue dans la mesure où elle n'est possible, en l'état des textes, que si le couple est marié.

de l'enfant) alors que l'époux n'aurait pas consenti à l'AMP. Et la filiation de l'enfant ainsi établie serait forcément fragilisée.

CONSEIL PRATIQUE

→ Une fois encore, le notaire devra être particulièrement vigilant au moment de l'établissement de l'acte de consentement à l'AMP et vérifier que la femme n'est pas mariée.

C. - Les règles applicables au couple composé de deux femmes

31 - **Reconnaissance conjointe anticipée.** – Pour l'enfant issu d'un couple de femmes, la loi du 2 août 2021 a institué un nouveau mode d'établissement de la filiation, avec « l'acte de reconnaissance conjointe », également appelé « reconnaissance conjointe anticipée »¹⁵. Selon le nouvel article 342-11 du Code civil, lors du recueil par le notaire du consentement à l'AMP, le couple de femmes reconnaît conjointement l'enfant, ce qui amène le notaire instrumentaire à établir deux actes distincts : l'acte de consentement et l'acte de reconnaissance conjointe anticipée¹⁶.

32 - Malgré la confusion terminologique que le terme « reconnaissance » peut générer lorsqu'il désigne l'acte établi conjointement par les deux femmes, ce nouvel acte de reconnaissance conjointe est distinct tant sur la forme que sur le fond de l'acte de reconnaissance établi dans les conditions de l'article 316 du Code civil. Le second est par essence un acte unilatéral, strictement personnel, qui trouve sa source dans le caractère divisible de la filiation, alors que le premier repose sur deux volontés conjuguées et se rapproche de l'acte conjonctif. Le second établit la filiation à l'égard d'un enfant né voire seulement conçu (reconnaissance prénatale) alors que le premier est un acte d'anticipation.

En effet, au moment où l'acte est instrumenté, l'enfant n'est pas encore conçu (il est seulement un « projet ») ou s'il l'est déjà, dans le cadre de la procédure d'accueil d'embryon, il n'est pas encore implanté dans le corps de celle qui le portera et lui donnera naissance.

ATTENTION

→ Le notaire devra informer le couple de femmes du fait que l'acte de reconnaissance conjointe ne peut établir un lien de filiation qu'avec l'enfant issu de l'AMP à laquelle elles ont consenti et non avec un enfant qui serait conçu en dehors du cadre médical¹⁷.

15 V. pour plus de détails : N. Baillon-Wirtz, *L'acte de reconnaissance conjointe de l'enfant* : JCP N 2021, n° 35, 1275.

16 V. la formule de D. Montoux : JCP N 2021, n° 35, 1276.

17 Voire, nous le supposons, dans l'hypothèse où les deux femmes auraient eu recours à une AMP pratiquée à l'étranger, notamment pour échapper aux conditions fixées par le Code de la santé publique, comme celles liées à l'âge, ou à l'interdiction actuelle de la ROPA.

33 - Enfin, l'acte de reconnaissance conjointe a cette particularité de dissocier les maternités. À l'égard de la femme qui accouche, la filiation de l'enfant est établie par la mention de son nom dans l'acte de naissance conformément à l'article 311-25 du Code civil. En revanche, pour l'autre femme, la filiation est établie par la reconnaissance conjointe.

34 - **Publicité.** – La reconnaissance conjointe (ici la copie authentique) est remise par l'une des deux femmes ou par la personne chargée de déclarer la naissance, à l'officier de l'état civil qui l'indique en marge de l'acte de naissance de l'enfant (*C. civ.*, art. 342-13, al. 4).

35 - **Actions et responsabilité.** – Tant que la filiation ainsi établie n'a pas été contestée en justice comme le prévoit l'article 342-10 du Code civil, elle fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation. Aucune filiation paternelle ne pourra dès lors être établie, l'enfant ayant déjà deux parents.

À l'instar des dispositions applicables au couple composé d'un homme et d'une femme, la loi prévoit également la possibilité d'engager la responsabilité de la femme qui, après avoir consenti à l'AMP, ferait obstacle à la remise à l'officier de l'état civil de la reconnaissance conjointe. En cas d'absence de remise de l'acte, il peut être communiqué à l'officier de l'état civil par le procureur de la République à la demande de l'enfant majeur, de son représentant légal s'il est mineur, ou de toute autre personne ayant intérêt à agir en justice.

36 - **Nom de famille.** – Les règles de la dévolution du nom de famille sont également modifiées pour tenir compte de ce nouveau mode d'établissement de la filiation (*C. civ.*, art. 342-12).

37 - **Recours à une AMP à l'étranger : mesure de rattrapage.** – Par une mesure rétroactive et pour une durée de 3 ans à compter de sa publication, la loi du 2 août 2021 réserve aux couples de femmes ayant eu recours à une AMP à l'étranger avant la publication de la loi la possibilité de faire, devant notaire¹⁸, une reconnaissance conjointe de l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard de la femme qui a accouché¹⁹. Cette reconnaissance établit la filiation à l'égard de l'autre femme, lui évitant ainsi de s'engager dans une procédure d'adoption de l'enfant de son épouse.

38 - La reconnaissance conjointe est inscrite en marge de l'acte de naissance de l'enfant sur instruction du procureur de la République qui vérifiera que l'enfant est bien né d'un projet parental porté par les deux femmes (et non par une seule) avec une AMP pratiquée à l'étranger. Il vérifiera également qu'aucune seconde filiation n'aura été établie à l'égard de l'enfant.

18 V. la formule de D. Montoux : *JCP N 2021*, n° 35, 1276.

19 Nous supposons ici que l'enfant doit être déjà né pour que la reconnaissance conjointe puisse être faite. Les termes de la disposition qui visent le fait que l'enfant ait déjà une filiation établie à l'égard de la mère qui a accouché, nous amènent à retenir cette interprétation.

4. La gestation pour le compte d'autrui

39 - Si la loi du 2 août 2021 n'est pas revenue sur le principe de l'interdiction de la gestation pour le compte d'autrui (GPA), elle a entendu régler la question de la transcription de l'acte de naissance ou du jugement étranger établissant la filiation d'un enfant né d'une GPA lorsqu'il mentionne comme mère une autre femme que celle qui a accouché ou deux pères.

Est ainsi ajoutée à l'article 47 du Code civil, affirmant que l'acte d'état civil étranger ne fait pas foi s'il est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité, la précision selon laquelle cette réalité doit être « appréciée au regard de la loi française ».

Cette disposition, même si elle est sujette à interprétation, a pour objectif de renverser la jurisprudence récente de la Cour de cassation²⁰ et de limiter la transcription de l'acte d'état civil étranger au seul parent biologique, le second parent, dit « d'intention », ne pouvant envisager que la procédure d'adoption. Dès lors, le notaire aura aussi à intervenir, comme il le faisait déjà, pour recueillir le consentement du parent biologique à l'adoption de l'enfant par son conjoint. ■

L'essentiel à retenir

- L'AMP ne repose plus sur une nécessité thérapeutique mais sur un « projet parental ». La triple condition de l'infertilité, de l'existence d'un couple et de la différence des sexes n'est plus exigée. La procréation posthume reste interdite.

- Le donneur de gamètes doit accepter préalablement au don que l'enfant issu de l'AMP exogène puisse, à sa majorité et à sa demande, accéder à des données non identifiantes ou à son identité. À défaut d'accord préalable, le don ne peut être effectué.

Aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de l'AMP.

- Pour l'enfant issu d'un couple de femmes, la loi du 2 août 2021 a institué un nouveau mode d'établissement de la filiation : l'acte de « reconnaissance conjointe anticipée ». Cet acte est établi concomitamment à l'acte de consentement à l'AMP exogène. L'acte de reconnaissance conjointe a la particularité de dissocier les maternités. À l'égard de la femme qui accouche, la filiation de l'enfant est établie par la mention de son nom dans l'acte de naissance conformément à l'article 311-25 du Code civil. Pour l'autre femme, la filiation est établie par la reconnaissance conjointe.

20 *Cass. 1^{re} civ.*, 18 déc. 2019, n° 18-11.815 : *JurisData* n° 2019-023757. – *Cass. 1^{re} civ.*, 18 déc. 2019, n° 18-12.327 : *JurisData* n° 2019-023758 ; *JCP N 2020*, n° 28, 1150, note A. Devers ; *JCP N 2020*, n° 1-2, act. 119 ; *Dr. famille 2020*, comm. 39, J.-R. Binet : selon la Cour, la transcription de l'acte doit être opérée, en tant qu'il désigne comme parent le père ou la mère d'intention, pourvu que la GPA soit autorisée dans l'État dans lequel elle a eu lieu et que l'acte, rédigé dans les formes usitées localement, ne soit ni irrégulier ni falsifié.