

BIOÉTHIQUE

À l'occasion de l'Université des Notaires du Grand Paris (UNGP) 2022, qui s'est tenue le 5 janvier 2022 dans le grand amphithéâtre de l'université de Paris Panthéon-Assas, Nathalie Baillon-Wirtz et Pierre Dauplain ont présenté les conséquences sur la pratique notariale de la loi bioéthique du 2 août 2021.

Est ici reproduit le texte de leur intervention.

1125

Assistance médicale à la procréation et pratique notariale : nouvelles familles, nouveaux réflexes



Étude et formules rédigées par Nathalie Baillon-Wirtz et Pierre Dauplain



Nathalie Baillon-Wirtz, maître de conférences HDR à l'université de Reims Champagne-Ardenne. Pierre Dauplain, notaire et essayiste

1 - Le recours au notaire pour recueillir le consentement à l'assistance médicale à la procréation (AMP) avec tiers donneur (encore appelée « AMP exogène ») n'est pas nouveau. Il date de 1994¹ mais ce rôle était alors partagé avec le juge chez qui la démarche était gratuite de sorte qu'assez peu de notaires ont, en définitive, été amenés à recevoir un tel acte de consentement.

Depuis la loi du 23 mars 2019, dans le cadre du mouvement de déjudiciarisation, le juge n'est plus compétent. Pour autant, les actes notariés de consentement à l'AMP avec tiers donneur sont restés assez rares. En 2019, la proportion des enfants nés après une AMP exogène était faible (environ 1 400²) et une enquête menée par le

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

2 En 2019, sur environ 750 000 naissances, on dénombrait environ 27 000 enfants issus d'une AMP dont 1 400 nés d'une AMP exogène : Agence de biomédecine, chiffres clés de l'activité 2019.

Conseil supérieur du notariat pour la même année dénombre environ 1 300 actes de consentement à l'AMP et 70 actes de consentement à l'accueil d'embryon. Les résultats d'une enquête similaire³ pour l'année 2020 ont confirmé les chiffres escomptés du fait du retrait du juge, à savoir environ 2 000 actes de consentement à l'AMP avec tiers donneur et 100 actes de consentement à l'accueil d'embryon.

Avec la possibilité maintenant offerte par la récente loi bioéthique du 2 août 2021 aux couples de femmes et aux femmes non mariées d'accéder à l'AMP avec tiers donneur, le nombre d'actes de consentement doit logiquement augmenter.

2 - Ainsi, les notaires seront plus souvent appelés à intervenir en amont d'un parcours d'AMP exogène. Le rôle que le législateur leur confère est d'éclairer les futurs parents au regard de la filiation pour que ces derniers aient conscience, compte tenu de l'intervention d'un tiers donneur, des enjeux de leur décision et des engagements qu'ils prennent à l'égard de l'enfant qu'ils souhaitent concevoir. Et ce, d'autant plus qu'avec l'élargissement de l'AMP aux couples de femmes et aux femmes non mariées, la question de l'établissement d'une filiation en l'absence d'une réalité biologique, jusque-là très discrète, est mise en lumière. Si, pour un couple hétérosexuel, la vraisemblance d'une naissance sans aide d'un donneur reste totale, il n'en va plus de même pour un couple de femmes.

3 - Mais il ne faut pas concentrer la réflexion uniquement sur la question de l'établissement du lien de filiation. De celui-ci dépendent aussi de futures transmissions entre vifs comme de futures successions ; deux domaines où le notaire demeure incontournable. Autrement dit, le sujet de l'AMP, outre qu'il est passionnant, a des implications qui vont bien au-delà du débat sociétal qu'il a suscité. Il est la preuve de la reconnaissance par les pouvoirs publics du rôle social prépondérant de la profession notariale. Et parce que la loi du 2 août 2021 crée de nouvelles familles, elle impose au notaire d'acquiescer de nouveaux réflexes pour recevoir tant l'acte de consentement à l'AMP qui lui est déjà connu que les actes inédits imaginés à l'attention des couples de femmes pour établir la filiation de l'enfant à l'égard de la femme qui ne l'aura pas porté : la reconnaissance conjointe anticipée et la reconnaissance conjointe *a posteriori*.

1. L'acte de consentement à l'AMP avec tiers donneur

A. - Qui peut signer cet acte ?

4 - **Personnes concernées.** – Si l'acte de consentement à l'AMP était, avant la loi du 2 août 2021, ouvert uniquement aux couples hétérosexuels – mariés, pacsés ou simples concubins – le voilà

à présent proposé également aux couples de femmes – quel que soit, là aussi, leur statut matrimonial ; il est également destiné aux femmes non mariées.

En revanche, cet acte ne s'adresse pas aux couples d'hommes ou aux hommes seuls. La raison étant que la gestation pour le compte d'autrui, qui est la seule possibilité pour eux de concevoir un enfant, reste interdite.

Il ne s'adresse pas non plus aux femmes vivant seules mais qui sont mariées. Le notaire doit donc vérifier que la cliente qui le sollicite dans le cadre d'une AMP à titre individuel est bien célibataire ou définitivement divorcée et non remariée. La raison qui a été mise en avant par le législateur est que cela évite qu'un mari se voie imposer une filiation par le biais de la présomption de paternité. On a du mal à suivre le raisonnement puisque, dans cette situation, on imagine peu la femme qui vivrait seule sans parvenir à obtenir le divorce, décider de laisser jouer cette présomption de paternité : il lui suffirait de taire le nom de son époux dans l'acte de naissance de son enfant pour y échapper. De surcroît, une femme mariée ne l'est pas nécessairement avec un homme, de sorte que l'allusion à la présomption de paternité paraît frappée d'obsolescence.

5 - S'agissant des couples vivant en concubinage (hétérosexuels ou de femmes), ils n'ont plus à démontrer, depuis la loi bioéthique du 7 juillet 2011, une certaine durée de vie commune, mais le notaire doit demander un justificatif de vie à deux. En effet, la communauté de vie reste essentielle puisque la séparation du couple ayant initié une AMP avant la conception de l'enfant prive d'effet l'acte de consentement⁴. Pour les couples mariés ou pacsés, la communauté de vie est implicite.

6 - Dans l'hypothèse d'une séparation du couple avant la conception de l'enfant, la femme restée seule, pour bénéficier d'une AMP, devra changer de procédure et venir régulariser un nouvel acte de consentement chez le notaire, mais cette fois à titre individuel. Si elle est mariée, elle devra attendre que son divorce soit devenu définitif pour consentir à une AMP.

7 - De leur côté, les femmes non mariées n'ont pas à justifier qu'elles vivent seules, alors que, dans le langage courant, on continue à évoquer l'ouverture de l'AMP aux femmes seules. Ainsi, une femme vivant en couple, y compris si elle est pacsée (ou en concubinage), peut valablement signer cet acte, sans que le notaire n'ait à y faire intervenir la personne avec qui elle cohabite pour donner son consentement.

8 - En conclusion, un couple ne peut pas initier une AMP avec tiers donneur s'il ne cohabite pas, mais une femme peut le faire individuellement même si elle vit en couple.

3 Enquête menée par le CSN en juin 2021.

4 V. *infra* n° 20.

En conclusion, un couple ne peut pas initier une AMP avec tiers donneur s'il ne cohabite pas, mais une femme peut le faire individuellement même si elle vit en couple

9 - **Nationalité.** – La loi bioéthique du 2 août 2021 étant une loi de police, le notaire doit recevoir l'acte quelle que soit la nationalité des futurs parents. Toutefois, il est recommandé au notaire de rédiger une reconnaissance de conseil donné par laquelle les requérants reconnaissent qu'ils ont été informés du fait que la filiation qui sera établie en France à l'égard de leur enfant à naître pourrait ne pas être opposable dans leur pays d'origine dès lors que la loi de ce dernier n'autorise pas l'AMP avec tiers donneur⁵.

10 - **Cas des Français de l'étranger.** – S'agissant des Français résidant à l'étranger, ils doivent, tout comme les Français vivant en France, signer un acte notarié de consentement à l'AMP et, pour les couples de femmes, un acte de reconnaissance conjointe anticipée (voire un acte de reconnaissance conjointe *a posteriori*). Puisque le consul de France n'a plus d'attributions notariales, et dans la mesure où seules les procurations peuvent faire l'objet d'actes authentiques électroniques à distance, la question s'est posée de savoir s'il était possible de donner pouvoir à un tiers de signer de tels actes en France en vertu d'une procuration authentique reçue à distance. Selon nous, la réponse est négative. Et ce, pour deux raisons.

En premier lieu, aussi bien l'acte de consentement à l'AMP que l'acte de reconnaissance (anticipée ou *a posteriori*) sont des actes strictement personnels, comme l'est la reconnaissance de droit commun d'un enfant. Rappelons en effet que le caractère strictement personnel de la reconnaissance explique que le représentant d'une personne protégée ne puisse l'effectuer en son nom⁶. En second lieu, l'acte de consentement à l'AMP avec tiers donneur doit, comme nous le soulignerons plus loin, être reçu « hors la présence de tiers », ce qui n'est pas compatible avec une procuration.

11 - **Conditions d'âge.** – Une AMP peut être réalisée jusqu'au 45^e anniversaire de la femme qui portera l'enfant et jusqu'au 60^e anniversaire de sa compagne ou de son compagnon. En principe, le notaire ne devrait pas avoir à vérifier si ces conditions sont remplies car, avant de le solliciter, les couples ou les femmes seules auront eu un premier contact avec l'équipe médicale. La question pourrait toutefois se poser pour des personnes qui auraient décidé de mener à bien le parcours d'AMP à l'étranger, le cas échéant dans un pays où les conditions d'âge seraient différentes. Il nous semble qu'un notaire pourrait alors refuser de prêter son ministère s'il constatait que les futurs

parents ont dépassé les limites fixées par la loi française.

On notera que si la loi détermine un âge à ne pas dépasser, il n'existe aucune règle pour dire à partir de quel âge il est possible de recourir à une AMP. Ainsi, un couple ou une femme non mariée de 18 ans tout juste pourraient solliciter que soit constaté

leur consentement à une AMP avec tiers donneur, même en dehors de toute pathologie, puisque l'AMP ne concerne plus les situations pathologiques. Son but est à présent de répondre à un projet parental.

12 - **AMP en France ou à l'étranger.** – Pour rappel, une circulaire du ministère de la Justice du 21 septembre 2021⁷ précise que l'acte de consentement à l'AMP doit être établi par le notaire, peu importe qu'elle ait lieu en France ou à l'étranger. Et la mention du pays où elle sera pratiquée n'a pas à être rapportée dans l'acte.

13 - **Acte établi « hors la présence de tiers ».** – Avant la réforme de 2021, la loi insistait sur le fait que l'acte de consentement à l'AMP avec tiers donneur devait être reçu dans des conditions « garantissant le secret ». Cette règle avait pour objectif de laisser la possibilité au couple hétérosexuel de taire à l'enfant et à son entourage les conditions de sa conception. Bien qu'aujourd'hui cette notion de secret devienne moins essentielle, dès lors que l'AMP est ouverte aux couples de femmes, les textes continuent d'insister sur le caractère privé de la démarche en demandant que le notaire reçoive l'acte « hors la présence de tiers » (*CPC, art. 1157-2, al. 2⁸*). Le législateur a sans doute voulu maintenir la possibilité pour un couple hétérosexuel, de cacher à son enfant les circonstances de sa venue au monde. En effet, la levée de l'anonymat du donneur n'entraîne pas nécessairement la fin du secret⁹. Il conviendra donc de veiller au respect de cette disposition.

B. - Quelles sont les finalités de cet acte ?

14 - D'abord, il est l'occasion pour le notaire d'informer les parties intéressées de son incidence sur la filiation de l'enfant qu'elles souhaitent concevoir et sur l'accès que ce dernier pourra avoir quant à ses origines.

5 Et ce, dans l'hypothèse d'une action qui y serait menée par l'un des deux parents pour contester cette filiation.

6 Nous renvoyons ici aux articles 458 et 316 du Code civil.

7 Circulaire CIV/03/21 de présentation des dispositions en matière d'assistance médicale à la procréation issues de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique, Direction des affaires civiles et du Sceau, 21 sept. 2021.

8 Le décret n° 2022-290 du 1^{er} mars 2022 ayant modifié l'article 1157-2 du Code de procédure civile, a maintenu cette condition.

9 P. Dauphain, AMP : l'anonymat et le secret jouent à cache-cache : JCP N 2022, n° 10, 1107.

1° La question de la filiation

15 - Pour l'essentiel, le notaire a pour mission de bien faire prendre conscience à ses clients des conséquences de leur démarche au regard de la filiation. Il s'agit d'insister sur la déconnection entre la réalité biologique et le lien de filiation que l'enfant aura avec le parent dont il ne sera pas issu biologiquement (voire, avec ses deux parents, puisque le double don de gamètes, autrefois interdit, est aujourd'hui autorisé).

16 - Il s'agira donc d'informer les parties de plusieurs points.

17 - **Des règles d'établissement du lien de filiation qui diffèrent selon la situation.** – Ainsi, pour le couple composé d'un homme et d'une femme, les dispositions de droit commun s'appliquent. La filiation maternelle s'établit par la mention du nom de la femme ayant accouché dans l'acte de naissance de l'enfant (*C. civ.*, art. 311-25). Et la filiation paternelle s'établit soit par la présomption de paternité du mari lorsque le couple est marié (en application de l'article 312 du Code civil) soit par un acte de reconnaissance de l'article 316 du Code civil lorsque le couple est pacsé ou vit en concubinage. Pour la femme seule non mariée, une fois encore, la règle de l'article 311-25 s'applique. En revanche, et comme nous le verrons, les règles d'établissement du lien de filiation diffèrent pour le couple de femmes (en tout cas pour la femme qui n'accouchera pas).

18 - **De l'impossibilité d'agir en responsabilité à l'encontre du tiers donneur et du fait qu'aucun lien de filiation ne pourra être établi entre le donneur et l'enfant né du don.** – Cette règle a principalement pour but de mettre à l'abri le donneur contre une requête en fin d'établissement de filiation : action en recherche de paternité ou action en recherche de maternité.

19 - **De l'interdiction d'exercer une action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation au nom de l'enfant.** – Ceci, à moins qu'il ne soit soutenu que celui-ci n'est pas issu de l'AMP ou que l'acte de consentement a été privé d'effet.

20 - **Des cas où l'acte de consentement est privé d'effet.** – Ces cas, s'ils interviennent avant la conception de l'enfant, correspondent aux situations suivantes :

- le décès de l'un des membres du couple. Rappelons à ce sujet que la procréation posthume reste interdite ;
- l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps (qui vise ici le cas d'une demande formulée en justice) ;
- la signature d'une convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel (pour les séparations judiciairisées) ;
- la cessation de la communauté de vie ;
- et, enfin, la révocation du consentement par l'un des membres du couple. Sur ce dernier point, la loi du 2 août 2021 intro-

duit une nouveauté qui est passée assez inaperçue lors des travaux parlementaires. Auparavant, la révocation unilatérale devait être faite par écrit devant le médecin chargé de mettre en œuvre l'AMP. Désormais, selon le nouvel article 342-10 du Code civil (*C. civ.*, art. 342-10, al. 3), elle peut aussi être faite auprès du notaire qui a reçu le consentement. Il nous semblerait plus logique que ce soit uniquement le médecin (ou l'équipe médicale) qui soit informé de la rétractation du consentement (comme c'était le cas avant) puisque c'est lui qui doit vérifier, avant la réalisation de l'AMP, que toutes les conditions légales sont bien remplies.

CONSEIL PRATIQUE

→ Il est selon nous opportun que le notaire, au moment de la réception du consentement des membres du couple, leur conseille, s'ils souhaitent un jour révoquer leur consentement, de le faire par écrit non pas auprès de lui mais auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'AMP.

De même, si malgré ce conseil, le notaire recevait une notification de révocation de la part de l'un des membres du couple, il sera avisé de demander à l'auteur de la révocation de la réitérer auprès de l'équipe médicale et d'en informer l'autre membre du couple.

21 - **De la possibilité de faire déclarer judiciairement la paternité.** – Il s'agira également d'avertir les couples hétérosexuels de la possibilité de faire déclarer judiciairement la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'AMP, ne reconnaîtrait pas l'enfant qui en est issu et d'exercer contre lui une action en responsabilité.

En effet, l'acte de consentement à AMP avec tiers donneur ne suffit pas pour l'établissement de la filiation à l'égard du père non marié. Comme pour un enfant conçu naturellement, le père non marié devra reconnaître l'enfant. Le notaire a ici pour mission de mettre ce futur père non marié face à ses responsabilités en lui faisant prendre conscience que la signature de l'acte vaut engagement de reconnaissance d'un enfant dont il ne sera pas biologiquement le père si le don nécessaire est un don de sperme. L'acte notarié est finalement l'outil qui permet d'agir contre cet homme qui ne respecterait pas son engagement.

22 - **Des conséquences de l'obstacle à la production de la reconnaissance conjointe anticipée à l'état civil.** – Pour les couples de femmes, il conviendra de leur préciser que celle des deux qui ferait obstacle à la production, à l'officier d'état civil, de la copie de l'acte de reconnaissance conjointe anticipée pourra, elle aussi, voir sa responsabilité engagée. Sachant que la production tardive de cet acte permettra, sur requête du procureur de la République, l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de sa seconde mère. Il ne s'agira plus ici d'engager une démarche judiciaire, comme c'est le cas contre l'homme non marié, puisque la reconnaissance conjointe aura d'ores et déjà été faite.

Comme pour l'acte de consentement à l'AMP, l'acte de reconnaissance conjointe anticipée ne peut être utilisé que pour un seul parcours d'AMP

CONSEIL PRATIQUE

→ On relèvera que l'acte de consentement à l'AMP par un couple de femmes n'a pas à désigner celle des deux femmes qui portera l'enfant. Cependant, cet acte ne pourra être produit aux médecins que pour un seul processus d'AMP. Autrement dit, si les deux femmes envisagent chacune d'engager un parcours d'AMP avec donneur, il s'agira de recevoir deux actes de consentement, en prenant soin, pour les distinguer, d'en indiquer non seulement la date, mais aussi l'heure et de modifier l'ordre des comparutions. Une autre solution, pour éviter toute difficulté administrative à venir, consistera à recevoir les deux actes à deux dates différentes.

2° La levée de l'anonymat du donneur

23 - Outre des conséquences de la démarche de l'AMP avec tiers donneur au regard de la filiation, l'acte notarié – et c'est ici une autre nouveauté de la loi du 2 août 2021 – devra informer les futurs parents de la possibilité qui sera offerte à leur enfant, une fois majeur, d'obtenir des données non identifiantes relatives au donneur, voire son identité. On entend par données non identifiantes : son âge, son état général, ses caractéristiques physiques, sa situation familiale et professionnelle, son pays de naissance et les motivations de son don. Ces données non identifiantes ou l'identité du donneur seront obtenues auprès d'une commission dédiée placée auprès du ministère de la Santé (à ce jour, elle n'a pas encore été créée).

24 - L'acte de consentement à l'AMP avec donneur doit impérativement contenir un paragraphe relatif à cette nouvelle disposition de la loi, car certains futurs parents pourraient, réalisant les conséquences éventuelles de la levée de l'anonymat du donneur dans leur vie future, renoncer à leur projet.

25 - Toutefois, en application de l'article 5, VII, de la loi du 2 août 2021, les dispositions relatives au don et à la levée de l'anonymat n'entreront en vigueur qu'au moment de la publication au Journal officiel du décret d'application, au plus tard le 1^{er} septembre 2022. Cela implique que les personnes ayant donné leurs gamètes avant cette date auront la garantie que ni leur identité ni leurs données non identifiantes ne seront révélées aux personnes issues de leur don si elles n'y ont pas expressément consenti. En revanche, les personnes qui donneront leurs gamètes à compter de cette date devront, préalablement au don, consentir à l'accès à leurs données non identifiantes ou à leur identité. À défaut de consentement, le don ne pourra pas être effectué.

En conséquence, qu'ils approuvent cette transparence ou qu'ils la regrettent, certains futurs parents que les notaires recevront prochainement ne seront pas concernés par la mesure.

26 - Par ailleurs, en raison de la pénurie de gamètes, il arrivait

déjà, avant la loi de 2021, que des couples ayant pris contact avec un centre d'AMP français soient invités à procéder à l'AMP en dehors des frontières. Or, cette pénurie risque de s'accroître en raison, d'une part, de l'augmentation du nombre des demandes induit par l'ouverture de l'AMP aux femmes en couple ou non mariées et, d'autre part, par la réticence que pourront avoir les donneurs devant cette levée de l'anonymat. Par conséquent, des AMP vont sans doute continuer à se pratiquer à l'étranger. Et pour peu qu'il s'agisse de pays – comme la Belgique ou l'Espagne – où la règle de l'anonymat du donneur persiste, la mention portée dans l'acte de consentement à l'AMP relative à l'accès aux origines pourrait se révéler inefficace.

CONSEIL PRATIQUE

→ Il est conseillé au notaire instrumentaire d'insérer la clause suivante dans l'acte de consentement à l'AMP, à la suite du paragraphe les informant de la levée de l'anonymat du donneur :

« Les requérants reconnaissent avoir été avisés par le notaire soussigné que les dispositions figurant à l'article L. 2143-2 du Code de la santé publique relatives à l'accès, par la personne née du don, aux données non identifiantes ou à l'identité du tiers donneur, n'entreront en vigueur qu'au moment de la publication au Journal Officiel d'un décret d'application.

En conséquence, si l'enfant est conçu grâce à un don réalisé avant la publication de ce décret, il ne pourra pas profiter de cet accès aux données non identifiantes ou à l'identité du tiers donneur [sauf si le donneur a expressément consenti à ce que ces données soient révélées].

Pour autant, le notaire soussigné précise que cet accès aux données non identifiantes ou à l'identité du tiers donneur ne sera possible que dans la mesure où le donneur ou la donneuse de gamètes auront pratiqué leur don en France ou dans un pays où la règle en vigueur n'est pas celle de l'anonymat du donneur. »

Une fois le décret d'application publié au Journal officiel, seul le dernier paragraphe de cette clause subsistera.

2. L'AMP pour les couples de femmes : la reconnaissance conjointe anticipée

27 - Établissement particulier du lien de filiation. – Alors que la filiation s'établit à l'égard de la femme qui accouche conformément à l'article 311-25 du Code civil, c'est-à-dire par sa désignation dans l'acte de naissance de l'enfant, elle est établie à l'égard de l'autre femme par une reconnaissance conjointe anticipée rédigée par le notaire au moment du recueil des consentements à l'AMP et transmise à l'officier de l'état civil après la naissance¹⁰ (*C. civ.*, art. 342-11, nouveau). Une procédure inédite d'établissement du lien de filiation est donc prévue pour les couples de femmes ; procédure pour laquelle le rôle du notaire est renforcé.

28 - Un acte distinct. – À la lecture de la loi, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il doit être procédé à cette reconnaissance conjointe anticipée dans l'acte de consentement à l'AMP ou si elle doit faire l'objet d'un acte distinct. La réponse est maintenant acquise : il s'agit d'un acte distinct. L'explication est que les deux démarches n'ont pas les mêmes destinataires. Le consentement à l'AMP est à l'attention de l'équipe médicale ; la reconnaissance conjointe anticipée à celle de l'officier d'état civil qui recevra la déclaration de naissance de l'enfant. Mais il faut ici insister sur le fait que les deux actes doivent être reçus le même jour. Au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2021, quelques notaires ont pensé, à tort, (raisonnant sans doute par analogie avec la reconnaissance de droit commun) que l'acte de reconnaissance anticipée ne pouvait être signé qu'après la conception, voire la naissance de l'enfant. Or, il s'agit bien ici d'un acte anticipé qui vise à reconnaître un enfant qui n'est pas encore conçu au jour de l'acte (car il n'est à ce stade qu'un projet).

29 - Des actes interdépendants. – Dès lors que l'acte de reconnaissance conjointe anticipée s'établit séparément de l'acte de consentement à l'AMP, une seconde question est de savoir si la reconnaissance peut être faite sans qu'un acte de consentement à l'AMP l'ait été préalablement. Selon la circulaire du 21 septembre 2021, cela ne peut être le cas. On en voit une illustration avec les interrogations des couples de femmes ayant débuté le processus d'AMP à l'étranger avant la publication de la loi de 2021, soit le 3 août 2021, et qui ont procédé avec succès à l'insémination ou au transfert d'embryon après la publication de la loi. Pour elles, il ne peut y avoir de reconnaissance conjointe anticipée car il n'y a pas eu d'acte de

consentement à l'AMP et il ne peut y avoir non plus de reconnaissance conjointe *a posteriori*¹¹ puisque la tentative d'AMP est postérieure au 3 août 2021 ; d'où la position du ministère de la Justice de considérer que seule l'adoption doit être envisagée¹². En définitive, une reconnaissance conjointe anticipée ne peut être établie que si un acte de consentement à l'AMP a été fait (sans considération du fait que l'AMP ait lieu en France ou à l'étranger).

30 - Particularités de l'acte. – Sur le plan formel, l'acte, comme pour celui du consentement à l'AMP, n'a pas à désigner la femme qui engagera le parcours d'AMP. Il n'est pas non plus nécessaire de procéder à ce stade au choix du nom de famille de l'enfant. Cela pourra être fait au moment de la déclaration de sa naissance.

Par ailleurs, l'acte doit être signé par les deux femmes (il s'agit d'une reconnaissance « conjointe ») mais il n'aura, en définitive, d'effet que pour l'une d'entre elles. Et ce n'est que très discrètement que l'acte de naissance distinguera d'un côté la femme qui a accouché et de l'autre côté, sa compagne. Celle qui aura mis au monde l'enfant sera désignée dans la première case « MÈRE », sa compagne dans la seconde case « MÈRE ».

31 - Un parcours, un acte. – Comme pour l'acte de consentement à l'AMP, l'acte de reconnaissance conjointe anticipée ne peut être utilisé que pour un seul parcours d'AMP. Toutefois, un seul acte suffit en cas de grossesses multiples (ce qui est heureux puisqu'au moment de signer l'acte, on ne peut savoir si l'AMP conduira à la naissance d'un enfant ou de plusieurs). Dès lors, en cas de deux projets d'AMP parallèles, il faudra signer deux actes, en recourant aux mêmes précautions de forme que celles évoquées plus haut (l'heure et l'inversion de la comparution, voire la réception à deux dates différentes).

32 - Remise d'une seule copie authentique. – Il est recommandé, dans la circulaire du 21 septembre 2021, de ne remettre au couple qu'une seule copie de l'acte, sans doute pour éviter que celui-ci soit tenté de l'utiliser plusieurs fois. Cependant, dans cette hypothèse, si la filiation de l'aîné d'une fratrie à l'égard de sa seconde mère serait incontestable, celle de ses jeunes frères et sœurs serait en revanche très fragile : au moment du règlement d'une succession, s'il apparaissait que le même acte de reconnaissance conjointe anticipée a été produit plusieurs fois à l'officier d'état civil, le notaire ne pourrait considérer la filiation des plus jeunes légalement établie à l'égard de leur seconde mère. Et, dans l'état actuel de la loi, cette situation ne pourrait être corrigée ni par une adoption (puisque l'adoptante sera décédée) ni

10 La copie authentique qui aura été délivrée au couple de femmes 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 la mentionne dans l'acte de naissance de l'enfant.

11 *V. infra* n° 35 et s.

12 *Rép. min.* n° 42897 : JOAN 15 févr. 2022, p. 1019 ; N. Baillon-Wirtz, *Difficultés d'établissement de la filiation de l'enfant issu d'une AMP réalisée à l'étranger par un couple de femmes - Apports de la réponse ministérielle Houlié* : JCP N 2022, n° 9, act. 322.

Le notaire ne devra pas prêter son ministère s'il est informé du fait que l'enfant a été conçu après le 3 août 2021

par une notoriété constatant une possession d'état, puisque celle-ci n'est réservée qu'aux couples hétérosexuels.

CONSEIL PRATIQUE

→ Nous suggérons d'introduire dans l'acte la clause suivante :

« Les requérantes reconnaissent avoir été informées par le notaire soussigné que le présent acte ne peut être produit à l'officier d'état civil qu'à l'issue d'un seul parcours d'AMP (que celui-ci débouche sur une seule naissance ou sur des naissances multiples). »

33 - En revanche, mais le notaire n'y peut rien, on ne voit pas ce qui empêchera un couple de femmes de produire cet acte de reconnaissance conjointe anticipée même si, finalement, lassées des contraintes d'une AMP, elles décident que l'une d'elles conçoive un enfant sans aucune aide médicale. Elles échapperont ainsi à une procédure d'adoption, sachant pour autant que la filiation de l'enfant serait alors elle aussi fragile : en cas de séparation du couple, la mère l'ayant mis au monde pourrait sans doute agir en contestation de maternité, malgré la règle *nemo auditur*.

34 - **Prise d'effet de la reconnaissance.** – La question s'est posée de l'effet de l'acte dans le cas du décès de la seconde mère après la conception de l'enfant, mais avant sa naissance. Alors que la loi et la circulaire affirment que l'acte de reconnaissance conjointe anticipée prend effet au jour de sa présentation à l'officier d'état civil, une position inverse pourrait être de faire remonter les effets de la reconnaissance à la conception de l'enfant. Une incertitude demeure donc et le notaire en charge du règlement de la succession de la seconde mère, s'il se range à l'idée d'un effet rétroactif de la reconnaissance, devra, pour établir sa dévolution successorale, attendre de connaître si l'enfant est né vivant et viable.

3. L'AMP pour les couples de femmes : la reconnaissance conjointe *a posteriori*

35 - Le dernier acte notarié que la loi de 2021 a imaginé est à l'attention des couples de femmes qui, avant le 3 août 2021, ont engagé ensemble un processus d'AMP à l'étranger, bravant à l'époque l'interdit français. Plutôt que de laisser ces couples continuer à user de l'adoption pour établir le second lien de filiation, le législateur, pour désengorger les tribunaux et répondre à la demande des associations, a prévu que, pendant une période de trois ans à compter de la publication de la

loi, ces couples puissent procéder devant un notaire à un acte de reconnaissance conjointe *a posteriori*.

36 - **Conditions d'établissement.** – Cet acte ne peut être dressé que sur la présentation d'un acte de naissance de l'enfant duquel il ressort qu'il ne bénéficie pas déjà d'une double filiation.

Si le parcours d'AMP réalisé à l'étranger s'est conclu par des naissances multiples, le notaire ne dressera qu'un seul acte de reconnaissance conjointe *a posteriori*, qui visera les enfants nés de ce même parcours d'AMP.

37 - Les termes de la loi de 2021, qui visent le fait que l'enfant ait déjà une filiation établie à l'égard de la mère qui a accouché, ont amené à retenir l'interprétation selon laquelle l'enfant devait être déjà né pour que la reconnaissance conjointe *a posteriori* puisse être faite. Il s'avère que la circulaire du 21 septembre 2021 ouvre également le dispositif aux couples de femmes dont l'une des deux serait enceinte au moment de l'établissement de l'acte, grâce à une AMP réalisée à l'étranger avant le 3 août 2021. L'acte ne prendra alors effet que si l'enfant naît vivant et viable.

En revanche, le notaire ne devra pas prêter son ministère s'il est informé du fait que l'enfant a été conçu après le 3 août 2021 ; les couples devront alors recourir à l'adoption. Une limite qu'il sera simple d'apprécier dans quelques temps au regard de la date de naissance de l'enfant, mais qui pourra présenter des incertitudes pour des naissances intervenues un peu moins de neuf mois après le 3 août 2021. Il s'agira alors de bien insister auprès de ces couples sur le fait que le procureur de la République exigera une attestation médicale sur la date de conception.

38 - **Contrôle du procureur de la République.** – Cet acte, présenté comme une « mesure de rattrapage », n'aura d'effet que pour les couples qui seront en mesure de justifier de la réalisation d'une AMP à l'étranger. Il ne pourra pas être signé par un couple de femmes ayant eu un enfant autrement. Et l'acte doit contenir un paragraphe informant le couple qu'un contrôle sur les circonstances de la conception de l'enfant sera effectué par le procureur de la République.

Ainsi, contrairement à l'acte de reconnaissance anticipée dont la seule production à la mairie après la naissance de l'enfant permettra l'établissement de la filiation à l'égard de la seconde mère, l'acte de reconnaissance conjointe *a posteriori* ne sera pas suffisant : l'officier d'état civil n'en fera mention sur l'acte de naissance de l'enfant que sur instruction du procureur de la République.

REMARQUE

→ Ce n'est pas au notaire de vérifier s'il y a bien eu AMP à l'étranger. Cependant, il paraît de bonne pratique pour le notaire de demander aux clientes une copie du contrat

d'AMP pour qu'il ne lui soit pas reproché ultérieurement d'avoir prêté son ministère à l'établissement d'un acte en vue de tenter de contourner la loi et d'éviter d'avoir recours à l'adoption.

L'obtention de cette pièce aura également pour avantage de justifier que cette AMP réalisée à l'étranger est bien le fruit d'un projet commun. L'acte ne peut profiter au couple qui se serait rencontré après la conception de l'enfant. Souvent, sur ce point, les couples qui se présentent chez le notaire insistent sur le fait qu'il résulte de l'acte de naissance que le nom de la seconde mère y figure déjà puisque c'est presque toujours elle qui a déclaré la naissance. Mais cette circonstance ne prouve pas un projet commun.

39 - Comme pour l'acte de reconnaissance conjointe anticipée, cet acte de reconnaissance conjointe *a posteriori* doit être signé par les deux femmes. Ainsi, la mère qui a mis au monde l'enfant, déclarera le reconnaître avec sa conjointe alors que sa filiation à son égard est d'ores et déjà établie. Il s'agit, en réalité, par cet acte, d'insister sur le fait que la naissance de l'enfant est bien le résultat d'un projet commun.

40 - Pour autant, même en présence d'un tel projet, il y a une situation où la seconde mère ne pourra pas faire établir une filiation à son égard : quand la mère qui aura accouché refusera d'établir l'acte. Sur ce point, la circulaire du 21 septembre 2021 a laissé à la réforme de l'adoption le soin de régler les conséquences de ce refus¹³.

En revanche, il n'est pas nécessaire qu'au moment de la signature de l'acte, le couple cohabite. Même si les deux femmes vivent séparées, et dès lors que la mère ayant mis au monde l'enfant est d'accord pour signer l'acte, celui-ci pourra être reçu par le notaire.

41 - **Exercice de l'autorité parentale.** – Le notaire, instrumentaire de l'acte, doit informer les couples de femmes des règles d'exercice de l'autorité parentale et des formalités éventuelles à accomplir quand la reconnaissance conjointe aura pris effet.

En application de l'article 372 du Code civil, les deux femmes ne pourront exercer en commun l'autorité parentale que si le second lien de filiation est établi moins d'un an après la naissance de l'enfant. Si ce n'est pas le cas, seule la femme qui a accouché, sera investie de cet exercice ; l'autre n'aura aucun droit.

Dans cette hypothèse, il sera nécessaire, une fois la filiation de l'enfant établie à l'égard de la seconde mère, que les deux femmes effectuent une demande d'exercice conjoint de l'autorité parentale qu'elles adresseront au directeur des services de greffe judiciaires du tribunal judiciaire ou qu'elles obtiennent une décision du juge aux affaires familiales.

42 - **Changement du nom de l'enfant.** – De même, le notaire pourra informer le couple de femmes de la possibilité qu'il a, en application de l'article 311-23, alinéa 2, du Code civil, de faire une déclaration conjointe de changement de nom durant la minorité de l'enfant devant l'officier de l'état civil ayant établi l'acte de naissance (mais tout en respectant le principe d'unité du nom dans la fratrie). La mention du changement sera apposée en marge de l'acte de naissance.

43 - Les nouvelles missions que la loi du 2 août 2021 a confié au notaire ancrent une fois encore la profession dans l'intimité des familles et, à ce titre, confirment que le législateur voit en elle l'un des piliers essentiels de la société. Ces nouveaux actes viennent ainsi s'ajouter à ceux qui permettent de s'enorgueillir de ce que l'on se rend chez le notaire à chaque étape importante d'une vie. Aussi, quelles que soient les convictions que l'on peut avoir sur l'opportunité de ces nouvelles dispositions, il convient de se montrer digne de la confiance que l'État témoigne au notariat en lui attribuant le monopole des actes touchant à la filiation. Savoir accomplir ces nouvelles missions permettra de donner de la profession une image moderne et bienveillante, ce qui vaut toutes les campagnes de publicité que l'on puisse imaginer. ■

L'essentiel à retenir

- Le notaire a compétence exclusive pour recevoir l'acte de consentement à l'AMP avec tiers donneur, l'acte de reconnaissance conjointe anticipée ainsi que la reconnaissance conjointe *a posteriori*.
- Le notaire doit informer les bénéficiaires de l'AMP avec tiers donneur sur ses conséquences en matière de filiation.
- Le notaire doit attirer leur attention sur la levée de l'anonymat du tiers donneur.

13 L'article 9 de la loi n° 2022-219 du 21 février 2022 visant à réformer l'adoption prévoit qu'à titre exceptionnel, et pour une durée de trois ans et lorsque, sans motif légitime, la mère inscrite dans l'acte de naissance de l'enfant refuse la reconnaissance conjointe, la femme qui n'a pas accouché peut, sous conditions, demander au juge à adopter l'enfant.