



HAL
open science

L'hérité numérique. Propos conclusifs

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. L'hérité numérique. Propos conclusifs. Solution Notaire Hebdo, 2023, 12, pp.23-27. hal-04106465

HAL Id: hal-04106465

<https://hal.science/hal-04106465>

Submitted on 25 May 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'hérédité numérique – Propos conclusifs

Inf. 7

«L'hérédité numérique» – sujet déroutant au premier abord, mais en définitive tout à fait cohérent et pertinent, ce dont témoigne le riche colloque ici rapporté.



Manuella Bourassin,

professeur à l'Université Paris Nanterre, codirectrice Master droit notarial, rapporteur de synthèse du 117^e Congrès des notaires de France

1. Sujet cohérent. Sujet parfaitement cohérent, puisque ses deux composantes sont empreintes d'une même notion, celle de transmission.

En effet, le terme «hérédité» recouvre le patrimoine transmis au(x) successeur(s) d'un défunt et, au-delà, tout ce qui est transmis par les liens du sang, y compris des attributs éminemment personnels. Ainsi, le sujet de l'«hérédité numérique» invite-t-il à réfléchir aussi bien à la transmission de crypto-actifs à cause de mort ou anticipée par une donation, qu'au sort des données numériques personnelles après le décès biologique de la personne en cause. Ces deux perspectives sont celles qui structurent le colloque.

L'idée de transmission est également centrale à l'égard du «numérique». De fait, le numérique a d'abord été une technique d'information et de communication, donc un outil de transmission, puis il est devenu un objet de transmission, car les données représentées par des suites de 0 et de 1 ont une valeur, économique ou affective, dont le devenir au décès de la personne concernée interroge. Étudier l'«hérédité numérique» conduit dès lors à déterminer non seulement le sort post mortem des données numériques de toutes sortes, mais aussi le rôle dans cette possible transmission des outils numériques.

2. Sujet pertinent. Sujet hautement pertinent, tant sont considérables les intérêts pratiques et juridiques afférents. Compte tenu de l'omniprésence des données numériques dans la vie privée et familiale de tout un chacun, ainsi que du

développement des actifs numériques dans le patrimoine des Français (début 2022, 8% avaient investi dans une cryptomonnaie, soit davantage que dans des actions, et 30% envisageaient d'en acquérir – expansion d'autant plus probable que les banques centrales annoncent la mise en circulation d'un euro numérique en 2026), il est crucial de savoir si ces divers objets numériques sont transmis au décès et selon quelles modalités. C'est à cette question essentielle que le colloque a été consacré.

Lorsque des règles spéciales apportent des réponses, comme celles relatives au sort post mortem des données personnelles numériques, il s'agit d'en apprécier la pertinence et l'application. À défaut de règles particulières, ce qui est le plus fréquent en matière patrimoniale, il convient de se tourner vers le droit commun, en l'occurrence celui des libéralités et des successions, civil et fiscal, afin d'en mesurer l'adaptation aux objets et outils numériques.

Il importe en outre d'identifier les réponses apportées par la pratique, surtout celle des prestataires de services numériques et celle des notaires. Ceux-ci, en tant que spécialistes des libéralités et des successions, sont confrontés à l'hérédité numérique et le seront sans doute de plus en plus. Ils sont amenés à résoudre les difficultés soulevées par ce sujet, bien sûr d'un point de vue juridique, par l'identification et la qualification des données numériques, par l'adaptation des actes courants aux objets numériques, mais aussi au plan technique, via les outils et services développés ou soutenus par les instances.

3. Le colloque a permis d'analyser l'hérédité numérique sous tous ces aspects juridiques et pratiques. Pour rendre compte de la richesse de ses apports et prolonger les réflexions, nous envisagerons le numérique comme objet de transmission héréditaire, puis comme outil d'anticipation héréditaire.

LA TRANSMISSION HÉRÉDITAIRE ÉPROUVÉE PAR LES OBJETS NUMÉRIQUES

4. Le numérique, en tant qu'objet, déstabilise la transmission héréditaire, non seulement parce que certaines données numériques dont la nature patrimoniale est ambiguë brouillent le périmètre des successions, mais aussi parce que les transmissions d'actifs numériques opaques et volatiles ébranlent les droits des successeurs. À défaut de solutions légales satisfaisantes à ces difficultés de délimitation et de sécurisation de la transmission, la pratique notariale s'adapte pour faire face aux spécificités des objets numériques.

La délimitation de la succession face à l'ambiguïté des données numériques

5. Distinction des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux. La transmission successorale porte, quant aux actifs, sur les biens et les droits du défunt, en principe sans distinction d'origine ni de nature, à condition toutefois que l'objet en question présente un caractère patrimonial, c'est-à-dire qu'il ait

une valeur pécuniaire et soit susceptible d'une appropriation privative.

Or la distinction fondamentale entre l'extrapatrimonial et le patrimonial est mise à mal par certaines données numériques qui relèvent de l'être et de l'avoir.

6. Ambiguïté des données personnelles.

Cette ambiguïté singularise les données personnelles dont la patrimonialité est encore débattue, bien que la loi Informatique et libertés (LIL) du 6 janvier 1978 en ait souligné le « caractère personnel » et que la loi du 7 octobre de 2016 pour une République numérique ait semblé privilégier la conception dite « personnaliste » en posant le principe d'extinction des droits sur les données personnelles au décès de la personne concernée (LIL art. 84). Ainsi, les données personnelles n'entrent-elles pas dans la succession ordinaire, non plus que les droits s'y rapportant – information, accès, portabilité, limitation, rectification, opposition, déréférencement, effacement.

Cependant, la patrimonialisation des données personnelles est accréditée, de facto, par leur monétisation et leur marchandisation colossale. Elle l'est aussi, de jure, par la maîtrise, proche d'un droit de propriété, que procure l'ensemble des droits précités et par les articles 84 et 85 de la LIL, qui autorisent le maintien provisoire des droits sur les données personnelles et, en l'absence de directive laissée par le défunt, l'exercice de ces droits par les « héritiers » aux fins listées par la loi de 2016, en particulier « l'organisation et le règlement de la succession du défunt ».

7. Ce régime évoque un patrimoine d'affectation qui, de lege ferenda, pourrait être considéré comme l'assiette d'une succession anormale. Il s'agirait de reconnaître une transmission héréditaire particulière, dont le fondement serait la nature mixte – extrapatrimoniale et patrimoniale – des données personnelles, et dont la dévolution tout comme l'administration dérogeraient aux règles de la succession ordinaire. D'autres pistes d'amélioration du droit positif ont été avancées au cours du colloque par Thibault Douville. Par ailleurs, des propositions de clarification du devenir des données

personnelles après la mort biologique ont été détaillées par le 117^e Congrès des notaires dont le thème, en 2021, était « Le numérique, l'Homme et le droit ».

8. Qualification des objets numériques.

De lege lata, le notariat s'emploie à tenir compte des objets numériques dans les successions ordinaires par l'identification de ceux constituant des actifs. La qualification est délicate faute de définition légale générale. Certes, la loi Pacte du 22 mai 2019 a reconnu deux espèces d'actifs numériques, dont Frédéric Douet a rappelé les principales évolutions et variétés : « les jetons » et « toute représentation numérique d'une valeur qui n'est pas émise ou garantie par une banque centrale ou par une autorité publique, qui n'est pas nécessairement attachée à une monnaie ayant cours légal et qui ne possède pas le statut juridique d'une monnaie, mais qui est acceptée par des personnes physiques ou morales comme un moyen d'échange et qui peut être transférée, stockée ou échangée électroniquement » (*C. mon. fin. art. 54-10-1*) – couramment dénommés « tokens » et « cryptomonnaies ».

9. Toutefois, l'obscurité et l'incomplétude de cette disposition spéciale nécessitent de confronter les divers objets numériques aux éléments de définition généraux des actifs mis en lumière par la doctrine, essentiellement la possibilité d'un droit de propriété ou d'usage et une valeur marchande. C'est à l'aune de ces critères que les objets numériques doivent être qualifiés à l'occasion, soit d'un acte juridique déterminé, telle une libéralité (il pourrait également s'agir d'une vente ou d'une sûreté), soit d'un bilan patrimonial complet, notamment à la suite d'un décès (et aussi en cas de séparation d'un couple marié ou pacsé, lors de la mise en place d'une mesure de protection d'un majeur, ou encore dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité d'un particulier ou d'une entreprise).

10. Bilan patrimonial numérique. Maître Olivier Boudeville a illustré ce qui peut alimenter un bilan patrimonial numérique,

à l'instar de celui élaboré par le notariat québécois : outre les jetons, les « non-fungible tokens » (NFTs), les bitcoins ou autres cryptomonnaies, des sites d'e-commerce, des portefeuilles virtuels sur des sites marchands, des comptes de paiement en ligne, les blogs et comptes de réseaux sociaux dont un influenceur tire des revenus, les photographies numériques prises par un artiste de renom... Ces deux derniers exemples soulignent à quel point la frontière entre le patrimonial et l'extrapatrimonial peut être ténue et variable en fonction des circonstances.

C'est pourquoi, en vue de fixer le périmètre des successions ordinaires, que troublent les objets numériques, les notaires doivent apprécier ceux-ci in concreto et, comme l'a relevé Maître Gilles Bonnet, mobiliser les réflexes acquis à l'égard d'autres « choses singulières ». Le conseil est pertinent lorsqu'il s'agit de qualifier les objets numériques et également à l'effet de sécuriser leur transmission.

La sécurisation de la transmission face à l'opacité et à la volatilité des actifs numériques

11. Les donations d'actifs numériques, spécialement ceux sur lesquels les réflexions se sont concentrées au cours du colloque, à savoir les jetons et plus encore les cryptomonnaies, ont vocation à se répandre en conséquence de leur présence grandissante dans le patrimoine des Français et parce que la donation avant une cession à titre onéreux permet d'optimiser la fiscalité globale des opérations : la libéralité évite l'éventuelle taxation des plus-values prévue par l'article 150 VH bis du CGI, à condition qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'abus de droit fiscal et que l'ensemble du portefeuille soit donné ; à défaut, l'optimisation fiscale risque d'être compromise par les modalités de calcul des plus-values relatives aux actifs numériques, qui tiennent compte de la plus-value latente de l'ensemble du portefeuille (*R. Vabres, La donation de cryptomonnaies, : JCP N 2019, n° 47, 1313; Rapport du 117^e Congrès des notaires, Le numérique, l'Homme et le droit, 2021, n°s 2789 s.*).

Or les actifs numériques présentent deux caractéristiques sources d'insécurité.

12. Opacité. La première est l'opacité. Les principales causes en ont été rappelées : les

transactions de crypto-actifs sur les blockchains sont couvertes par un pseudonymat qui empêche de faire le lien entre leurs auteurs et les adresses alphanumériques utilisées. Ces transactions peuvent être opérées sans émission de documents papier ou électroniques, ni ouverture d'un compte auprès d'un prestataire de services sur actifs numériques (PSAN). Lesdits comptes ne sont répertoriés dans aucun registre, notamment ni

Ficoba, ni Ficovie. Certes, depuis le 1^{er} janvier 2020, les comptes d'actifs numériques doivent être déclarés à l'administration fiscale en même temps que les revenus ou résultats (*CGI art. 1649 bis C*), mais on sait que les Français y sont peu enclins!

13. Aussi, l'opacité caractérise-t-elle les dons manuels de crypto-actifs. Aux raisons précédentes s'ajoute la volonté des parties de se placer en dehors du droit civil et fiscal, habituelle dans ce type de libéralité et sans doute renforcée par l'esprit libertarien qui anime nombre d'utilisateurs des blockchains. S'agissant des dons manuels de cryptomonnaies, le défaut de déclaration fiscale est d'autant plus probable que, la qualification de monnaie ayant été écartée par la loi Pacte, ils ne devraient pas bénéficier de l'exonération partielle de droits de mutation à titre gratuit (DMTG) propre aux dons familiaux de sommes d'argent (*CGI art. 790*).

14. Plusieurs principes fondamentaux du droit des successions s'en trouvent menacés, aux tout premiers chefs l'égalité entre les héritiers si l'opacité du don manuel de crypto-actifs empêche les successeurs d'en fournir la preuve et d'obtenir le rapport successoral, et la réserve héréditaire si l'opacité fait obstacle à la réduction d'un don excessif portant atteinte au droit successoral intangible des descendants du défunt ou, à défaut, du conjoint survivant.

15. Volatilité. La seconde caractéristique des actifs numériques, source d'insécurité, est leur volatilité. Parce que la valeur des cryptomonnaies ou des jetons, notamment des NFTs ne repose pas sur un cours officiel mais dépend de l'offre et de la demande, ainsi que de la confiance qu'ils inspirent ou

non, cette valeur connaît des variations brutales et vertigineuses.

16. Il en résulte de sérieuses incertitudes au niveau fiscal, relevées par Maître Yannina Mamelli. Par exemple, si le bénéficiaire d'un don manuel de crypto-actifs supérieur à 15 000 euros choisit de payer les DMTG non pas lors de la révélation du don, mais dans le mois du décès du donateur, il s'expose au risque d'une fluctuation des cours, puisqu'il doit acquitter les droits sur la plus forte des deux valeurs (*CGI art. 635 A et 757*).

17. Au plan civil, la volatilité affecte l'évaluation de la masse partageable si des crypto-actifs ont été donnés par le de cujus, à cause du valorisme attaché aux opérations liquidatives de rapport et de réduction, qui implique une revalorisation des biens donnés (ou des biens subrogés aux biens donnés aliénés) au jour du partage, y compris à l'égard des cryptomonnaies, puisque ne devrait pas jouer le nominalisme monétaire prévu par l'article 860-1 du Code civil pour le rapport des donations de somme d'argent (celle-ci renvoie à une quantité de monnaie ayant cours légal, ce que ne sont pas les cryptomonnaies). Peuvent s'en trouver déjouées les prévisions du de cujus et altérée l'égalité entre les héritiers : en cas de plus-value importante entre le jour de la donation et celui du partage, le donataire subit le risque d'un rapport en moins prenant très élevé et, à l'inverse, pèse sur les cohéritiers créanciers du rapport le risque que la valeur de celui-ci soit très inférieure au montant des crypto-actifs donnés.

18. Sécurisation des transmissions à titre gratuit de crypto-actifs. À défaut de remèdes légaux spécifiques à ces différents risques, la sécurisation des transmissions à titre gratuit d'actifs numériques procède de l'adaptation des règles de droit commun aux spécificités des crypto-actifs, essentiellement par la pratique notariale qui se renouvelle en conséquence. Ainsi, concernant la fixation de la date de partage amiable, le notaire en charge d'une succession impliquant des crypto-actifs

doit-il apprécier l'opportunité de la pratique courante qui consiste à faire rétroagir la jouissance divisée à une date antérieure au partage, et ce au regard de la valeur desdits actifs aux deux jours en cause.

19. Ingénierie notariale. C'est surtout en amont de l'ouverture de la succession, lorsqu'une donation d'actifs numériques est envisagée, que l'ingénierie notariale trouve l'occasion de se déployer. La créativité que suscitent ces nouveaux actifs et la sécurité qu'appellent tout autant leurs caractéristiques conduisent à sophistiquer des mécanismes juridiques classiques, qui ont fait leur preuve dans d'autres situations où doivent rimer précaution et innovation, comme en présence d'actions de société ou d'œuvres d'art.

Stéphane Piédelièvre, Christophe Vernières et Maître Olivier Boudeville en ont livré des exemples relativement à la donation notariée ou au pacte notarié adjoint à un don manuel de crypto-actifs, à même de contrer l'opacité et la volatilité de ceux-ci :

- les aménagements du rapport successoral (dispense; forfait, dont l'intérêt doit être relativisé en présence d'héritiers réservataires compte tenu de la double liquidation imposée par les articles 860, alinéa 4 et 922 du Code civil; clause de remploi obligeant le donataire à céder les actifs numériques et à employer le prix pour acquérir un bien dont la valeur serait plus stable);
- les aménagements du quasi-usufruit en cas de donation en démembrement de propriété (calcul de la créance de restitution);
- les conseils en faveur de la donation-partage (dispense de rapport; si les conditions de l'article 1078 du Code civil sont réunies, gel des valeurs à la date de la donation pour le calcul de la réserve héréditaire et les imputations).

20. Si les divers objets numériques mettent à l'épreuve la transmission héréditaire, ils révèlent donc aussi la richesse de l'arsenal juridique en termes de qualifications et de stipulations protectrices, ainsi que l'aptitude des professionnels du droit, particulièrement des notaires, à déployer des trésors de précaution et d'imagination pour conjurer les dangers du numérique tout en profitant de ses opportunités. Des conclusions analogues peuvent être livrées en envisageant le numérique comme outil d'anticipation héréditaire.

L'ANTICIPATION HÉRÉDITAIRE CONFORTÉE PAR LES OUTILS NUMÉRIQUES

21. L'anticipation du décès et de ce qui sera transmis post mortem favorise le respect des volontés du de cujus et l'efficacité des droits de ses ayants cause. Ces atouts s'attachent à deux types d'anticipation héréditaire : la première porte sur l'identification et la conservation des données à transmettre et la seconde sur l'expression des dernières volontés. L'une et l'autre peuvent être confortées par différents outils numériques, à condition que soient satisfaites des exigences techniques et juridiques.

L'identification et la conservation des données par voie électronique

22. Enjeux. L'identification et la conservation des données numériques qui feront l'objet d'une transmission héréditaire conditionnent l'effectivité des droits des successeurs, tant ceux reconnus aux « héritiers » par l'article 85 de la LIL sur les données personnelles du défunt, que le droit de propriété des héritiers ou légataires sur les actifs numériques. Les modes d'accès propres à ceux-ci, i.e. les clés cryptographiques asymétriques publiques et privées, ont été précisément exposés au cours du colloque, qui a permis de mesurer l'importance de leur connaissance : « Not your keys, not your coins »!

23. Conservation des clés cryptographiques. Ces clés privées indispensables aux transmissions d'actifs numériques peuvent être conservées par voie électronique, au moyen d'espaces de stockage matériels non reliés à internet (« hardware » ou « cold wallets ») ou de logiciels de portefeuilles de cryptomonnaies (« software » ou « hot wallets »).

En outre, se développent des plateformes qui permettent non seulement d'inventorier tous les sites internet, y compris du Web 3.0 (notamment ceux hébergeant les blockchains et les métavers), tous les réseaux sociaux, qui renferment les données personnelles et les actifs numériques, mais aussi de consigner les modalités d'accès à chacun (identifiants, mots de passe eux-mêmes ou les conditions pour les retrouver), et proposent d'assurer le

transfert de tout ou partie de ces informations aux successeurs désignés par le client.

24. Selon toute apparence, l'anticipation héréditaire est confortée par ces différents outils et services numériques. Au vrai, leur pérennité, partant la sécurité à venir escomptée, est menacée par les défaillances techniques, les cyberattaques ou les faillites économiques que connaissent régulièrement les entreprises de services numériques, spécialement les start-up, mais aussi les « licornes ».

25. Quelle place du notariat ? De ce fait, il nous semble important de poser la question de la place du notariat dans la conservation des données par voie électronique. Depuis le XIII^e siècle, les notaires ont pour mission, déléguée par l'État, de « conserver le dépôt de tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique » (*Ord. 45-2590 du 2-11-1945 art. 1*). Et depuis une vingtaine d'années, le notariat a développé une expertise remarquable en matière numérique (voir *M. Bourassin, C. Dauchez, M. Pichard, Notariat et numérique, préf. A. Lambert, LexisNexis, 2022. Adde, 117^e Congrès des notaires, préc.; 113^e Congrès des notaires, Le notaire au cœur des mutations de la société, 2017*), notamment dans la conservation électronique des actes

notariés (Micen) et divers documents confiés par les clients (coffre-fort électronique notarial) – expertise reconnue par l'État dans la convention d'objectifs signée en octobre 2020 par trois ministères et le Conseil supérieur du notariat (CSN). En dépit de cette légitimité, le déploiement par le notariat d'outils et de services d'identification et de conservation de données par voie électronique prête

à discussion à deux égards au moins.

26. D'une part, concernant la conservation de codes et de clés liés aux actifs numériques, les notaires pourraient être considérés comme des PSAN, puisque « la conservation pour le compte de tiers d'actifs numériques ou d'accès à des actifs numériques » est qualifiée de service sur actifs numériques (*C. mon. fin. art. L 54-1-2*). Ils s'en trouveraient soumis à la régulation

initiée par la loi Pacte et mise en œuvre par l'AMF (Autorité des marchés financiers) et l'ACPR (Autorité de contrôle prudentiel et de résolution), ce qui représenterait une nouvelle évolution profonde du statut de notaire, sans doute indésirable.

D'autre part et plus largement, il est permis d'être sceptique à l'idée que la sécurité procurée par les notaires soit purement technologique, c'est-à-dire non accessoire à leurs missions juridiques et à la sécurité, essentiellement juridique, afférente à celles-ci.

27. Labellisation par le CSN de start-up. De telles craintes ont pu détourner le CSN du développement d'outils de conservation des données numériques des clients, étrangers aux activités régaliennes des notaires, et le conduire à privilégier un autre contrôle de ce type d'outils, en l'occurrence par la labellisation des start-up qui les proposent. La délivrance du label est subordonnée au respect de la charte éthique du numérique notarial établie en 2018 par le CSN; elle impose aux start-up de donner des garanties en matière, notamment, de cybersécurité et de respect des données des clients.

28. Sous réserve de satisfaire des exigences techniques et juridiques, les outils numériques permettant d'identifier et de conserver ce qui sera transmis post mortem confortent donc l'anticipation héréditaire. Il en va de même des supports électroniques des dernières volontés.

L'expression des dernières volontés sur support électronique

29. Directives sur le sort post mortem des données personnelles. La loi de 2016 pour une République numérique a encadré (très imparfaitement comme l'a montré Thibault Douville) les directives sur le sort des données personnelles au décès de la personne concernée – conservation, effacement, communication (*LIL art. 85*). Les directives générales, c'est-à-dire celles portant sur l'ensemble des données à caractère personnel, ne sont soumises à aucun formalisme, ce qui autorise le recours à n'importe quel support, notamment électronique. Une telle liberté est bienvenue pour favoriser l'expression de ce type de volontés.

Dans la perspective de leur conservation et donc de leur effectivité au décès de la personne concernée, il est regrettable, en revanche, que la loi n'ait pas imposé leur

enregistrement : les directives générales « peuvent être enregistrées auprès d'un tiers de confiance numérique certifié par la Commission nationale de l'informatique et des libertés ». Cette faculté n'est nullement devenue une réalité, puisque le registre unique en cause n'existe toujours pas, faute d'adoption du décret d'application visé par l'article 85-I, alinéa 3 de la LIL. La carence réglementaire a fait le lit du développement par la « death tech » de services d'enregistrement sur internet des directives générales. La pérennité incertaine des outils proposés par les start-up, déplorée précédemment, peut être redoutée en ce domaine aussi.

30. Nouveau rôle pour les notaires. En réaction, la consécration d'un nouveau rôle des officiers publics dans le recueil et l'enregistrement sur support électronique des directives relatives au devenir post mortem des données personnelles est souhaitée par le notariat (le 113^e et le 117^e Congrès des notaires ont fait des propositions en ce sens) et défendue par d'éminents auteurs, y compris en dehors de la doctrine juridique (entre autres par le philosophe et académicien Michel Serres).

Les réserves que nous avons exprimées plus haut à l'encontre des services purement technologiques proposés par les notaires n'ont pas lieu d'être ici, tant il est évident que des informations et conseils du notaire peuvent accompagner les dernières volontés dont il s'agit. L'anticipation héréditaire serait bien confortée par une sécurité à la fois juridique et technologique.

31. Testament sur support électronique ?

Dans le même dessein, une dernière question a été débattue lors du colloque, celle de l'expression des volontés testamentaires sur support électronique. Depuis la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, le principe de neutralité technologique et d'équivalence des supports papier et électronique des actes juridiques requis à titre de validité est inscrit dans le Code civil, mais ne couvre pas les actes relatifs au droit de la famille ou des successions (*C. civ. art. 1174 et 1175*). Cette exception ne concerne que les actes sous signature privée et non les actes authentiques. Par conséquent, le testament privé demeure soumis à un formalisme manuscrit ad validitatem, tandis que le testament public électronique est valable.

À l'égard de chacun, des évolutions techniques et plus encore juridiques ont été

préconisées en vue de favoriser l'expression des dernières volontés sur support électronique.

32. Évolution du testament public.

S'agissant du testament public, compte tenu de la sécurité et de l'efficacité qui procèdent de son authenticité, de son enregistrement au FCDDV et de sa conservation par le notaire, les limites actuelles à son utilisation mériteraient d'être levées, ce qui conforterait le testament notarié électronique.

Certains assouplissements sont relatifs à l'exigence de deux notaires ou d'un notaire assisté de deux témoins (*C. civ. art. 971*) : si l'impossibilité technique d'apposer sur un même acte authentique électronique plusieurs signatures électroniques qualifiées, via

les clés Réal, peut sans doute être résolue, il est préférable de supprimer la contrainte juridique elle-même, par la reconnaissance d'un testament authentique reçu par un seul notaire, sans l'assistance de témoins. Maître Cédric Pommier a précisé les justifications et garanties d'une telle réforme (proposée par le 117^e Congrès des notaires et reprise par le CSN parmi les « 15 propositions de simplification du droit » diffusées en juillet 2022).

Il a également justifié l'autre assouplissement escompté tenant à la présence physique du notaire : parce que le testament est un acte éminemment personnel qui ne peut être délégué à un mandataire, la procuration notariée à distance (PND) est certainement inopérante à son égard, même si le décret du 20 novembre 2020 qui l'a instaurée n'énonce pas cette exclusion ; en revanche, si la comparution entièrement à distance était étendue au-delà de la PND, voire généralisée à tous les actes notariés sans exception, il serait légitime et opportun que le testament authentique puisse être reçu en visioconférence, comme il l'a été d'ailleurs pendant la première période d'urgence sanitaire imposée par la Covid-19 (proposition portée par le 117^e Congrès des notaires et adoptée par 86 % des participants).

33. Évolution du testament olographe.

S'agissant du testament olographe, Nicolas Laurent-Bonne a rappelé les principaux fondements du formalisme manuscrit de l'article 970 du Code civil – attester de

l'identité et de la volonté du testateur, limiter les interventions de tiers – puis l'a relativisé en se livrant à un comparatisme dans le temps et dans l'espace.

En faveur de la reconnaissance du testament privé électronique, d'autres arguments peuvent être avancés : la modernisation du testament privé le rendrait plus accessible et favoriserait l'expression des dernières volontés ; la désolennisation et la digitalisation ont déjà gagné les donations (dons manuels dématérialisés) alors qu'elles sont irrévocables, ce qui n'est pas le cas des testaments ;

eu égard aux risques de falsification et de perte des testaments olographes, l'usage d'outils numériques représenterait un gain de sécurité, surtout si des exigences particulières de fiabilité et

d'intégrité étaient posées. Un encadrement d'ordre technique pourrait en effet subordonner la consécration du testament privé électronique, au point de requérir des technologies spécifiques, comme un stylet ou un support audiovisuel ou encore une signature électronique avancée voire qualifiée.

Lors du colloque, un encadrement juridique plutôt que technique a été défendu, soit en conditionnant la libéralisation du testament privé à « des circonstances exceptionnelles empêchant de tester en les formes ordinaires de l'article 969 du Code civil » (proposition du 117^e Congrès des notaires, dont Maître Cédric Pommier a rappelé la teneur et l'adoption par 64 % des participants), soit en exigeant que l'identité de l'auteur du testament non manuscrit soit certifiée par le contresaignement d'un avocat ou d'un notaire (solution soutenue par Nicolas Laurent-Bonne).

34. Pour conclure. Ces dernières propositions illustrent parfaitement la teneur essentielle des précieuses réponses apportées lors du colloque aux questions de politique juridique relatives à l'héritage numérique : plutôt que le Droit se dédouble par la création de règles spécifiques et inédites, il est préférable d'adapter les règles générales et la pratique notariale au numérique, quitte à « souffler le chaud et le froid » pour aviver les bienfaits et conjurer les dangers qu'il présente en tant qu'objet de transmission héréditaire et d'outil d'anticipation héréditaire.

||
*La sécurité procurée
par les notaires
ne devrait pas être
purement technologique*
||