

Pratique : Pour la création d'un testament olographe électronique, contresigné par avocat

Nicolas Laurent-Bonne, Professeur à l'université Paris-Est Créteil ; avocat à la Cour

L'essentiel

Face à une dématérialisation croissante de la vie juridique, nul doute qu'il serait temps de moderniser le formalisme du testament olographe. En conservant la formalité de l'écriture manuscrite inchangée depuis plus de deux siècles, le droit français des libéralités est en décalage total par rapport aux réalités contemporaines et aux avancées technologiques. Pourquoi ne pas consacrer un e-testament contresigné par avocat sur le modèle de l'e-DCM ?

L'impact des évolutions technologiques - En 2021, l'équipe du 117^e congrès des notaires de France a fait le choix ambitieux de porter ses travaux sur le numérique. La révolution numérique a en effet confronté les juristes à de nouveaux enjeux et de nouvelles questions, spécialement les praticiens du droit patrimonial. Les cryptoactifs sont-ils des biens, au sens du droit civil ? Peuvent-ils être l'objet d'un droit patrimonial ? Sont-ils transmissibles, entre vifs ou à cause de mort ?¹

Les périodes de confinements liées à la crise sanitaire ont très largement contribué à l'accélération de ce processus de dématérialisation de l'économie et de la vie juridique. L'acte authentique par comparution à distance, autorisé pendant la période d'urgence sanitaire par le décret n° 2020-395 du 3 avr. 2020, puis la procuration notariée à distance, instituée par le décret n° 2020-1422 du 20 nov. 2020, en sont les principales manifestations. Mais, par-delà ces innovations marginales et en comparaison avec d'autres systèmes juridiques, le droit français des libéralités demeure une forteresse relativement imprenable et imperméable aux technologies issues de la révolution numérique.

Si l'on s'intéresse à la forme testamentaire la plus utilisée en France, le testament olographe, le premier obstacle réside évidemment dans le formalisme de l'art. 970 c. civ. ainsi que dans l'interprétation qu'en fait la Cour de cassation. Pour être valable, le testament olographe doit être écrit, daté et signé de la main du testateur. Celui-ci doit donc être écrit en entier de la main du disposant, ce qui suppose l'exclusion de toute autre forme, dactylographiée ou numérique. Placé dans un contexte de dématérialisation de la vie juridique, l'on s'interroge aujourd'hui sur la pertinence de ce formalisme demeuré inchangé depuis plus de deux siècles.²

1. Un formalisme inchangé et suranné

L'esprit de l'art. 970 c. civ. - Quel est l'esprit du formalisme de l'art. 970 prescrit par le législateur napoléonien ? J'entends par là : quelle était, en 1804, l'intention initiale du législateur ? Les débats qui se tiennent devant les chambres ainsi qu'au Conseil d'État, antérieurement à la promulgation du Code Napoléon, sont peu instructifs sur l'esprit que le législateur a voulu imprimer à cet art. 970 c. civ. Mais si l'on s'en tient à l'expérience juridique antérieure, ainsi qu'à la lecture qu'en fait la doctrine civiliste depuis 1804, cette exigence d'écriture manuscrite viserait à limiter les falsifications et l'intervention de tiers. L'écriture permet ainsi d'attester de la volonté du testateur.

À n'en pas douter, ce formalisme est justifié, pendant tout le XIX^e siècle, à une époque où l'écrasante majorité de la population française est illétrée. Au moment de la promulgation du Code Napoléon, plus de 60 % des hommes sont illétrés ; pour les femmes, la proportion atteint même 80 % dans la première décennie du XIX^e siècle. Cette exigence de l'écriture manuscrite doit donc être réenracinée dans le contexte qui lui a donné naissance : un contexte historique dans lequel l'illettrisme domine de manière écrasante jusque dans les premières décennies du XX^e siècle.

Dans son traité des testaments publié en 1812, le baron Grenier, alors procureur général près la Cour impériale de Riom, explique ainsi, au sujet de l'art. 970, que « l'écriture de la main du testateur est nécessaire » afin d'éviter qu'une disposition ne soit écrite par une main étrangère.³ Troplong, premier président de la Cour de cassation et

auteur de fameux traités de droit civil, redoute également l'intervention d'une main « étrangère » qui viendrait surprendre la volonté du testateur (4). Très concrètement, et comme le relève à son tour Demolombe, cela implique l'obligation, pour le testateur, de « tracer seul les caractères », « de sa propre main » (5). Cette opinion, exprimée quelques années après la promulgation du Code Napoléon, est aujourd'hui encore professée dans la plupart des manuels et traités de droit des libéralités lorsqu'il s'agit de justifier cette formalité de l'écrit manuscrit.

Les évolutions technologiques modernes - Avec le développement de la dactylographie à la charnière des XIX^e et XX^e siècles, émerge alors la question de la validité du testament olographe rédigé à l'aide d'une machine à écrire, mais signé de la main du testateur. Dans un premier temps et face à cette première évolution technologique, des juridictions du fond ont admis la validité d'un tel procédé technique : il en va ainsi de deux décisions des tribunaux civils de Marseille et de Rouen du 9 juill. 1930 et du 20 avr. 1931 (6). Avec un certain bon sens, ces deux juridictions civiles ont jugé que le législateur napoléonien, qui n'avait pas connaissance de la machine à écrire, n'avait pu évidemment proscrire ce procédé. Dans un arrêt de la chambre civile du 18 mai 1936, la Cour de cassation a cependant mis fin à cette jurisprudence libérale des juges du fond et a jugé nul un testament olographe dactylographié (7).

Certes, à l'aube du XX^e siècle, la machine à écrire pouvait être regardée comme un moyen d'écriture comme un autre pour la confection d'un testament. Il existait cependant une incertitude sur l'identité de celui qui avait actionné la machine. Ici encore, le rejet du testament dactylographié par la Cour de cassation doit être replacé dans le contexte qui a donné naissance à cette jurisprudence : un contexte spécifique dans lequel aucun procédé technique ne permet de certifier l'identité du testateur-dactylographe. C'est peu ou prou la même raison qui a poussé plus récemment le tribunal de grande instance de Metz, par un jugement du 17 août 2018, à écarter des dispositions testamentaires adressées par SMS, peu de temps avant le suicide du testateur (8).

Un formalisme déconnecté des réalités contemporaines - Quelles conséquences le juriste et le législateur peuvent-ils alors tirer de cette histoire contemporaine du formalisme du testament olographe ? L'histoire nous invite à replacer ces formalités dans le contexte qui leur a donné naissance. S'agissant du testament olographe, la formalité de l'écriture manuscrite, dont a hérité le code civil, visait surtout à protéger la volonté du disposant dans une société largement illettrée. La barrière de l'illettrisme demeurait une source d'insécurité juridique pour le testateur. Ainsi cet exercice de l'écriture visait-il à prémunir l'illettré contre les captations d'héritage et les suggestions d'un tiers.

Ce travail de contextualisation de l'art. 970 c. civ. et de ses interprétations jurisprudentielles peut, à bien des égards, nous inviter à faire évoluer ce formalisme. Le contexte dans lequel est aujourd'hui rédigé un testament olographe a profondément changé : l'illettrisme a très largement reculé et il existe, par ailleurs, des techniques de certification qui permettent d'évincer le risque de falsification ou d'intervention d'un tiers.

2. Un regard jeté vers l'étranger

Une désolennisation progressive - Un regard jeté vers les droits étrangers invite à relativiser le formalisme prescrit par le droit français. En effet, dans la plupart des législations civiles, la technique d'écriture est totalement indifférente. Il en va ainsi, par exemple, de l'Écosse, où le formalisme du testament a été réduit à son plus simple appareil par une loi de 1995. Pour sa validité, le testament écossais doit seulement prendre la forme d'un « document écrit » signé par le testateur - peu importe la forme de l'écrit (9). L'ambition de la réforme écossaise est en effet de « réduire les exigences formelles à un minimum acceptable » (10) au point que certains auteurs en viennent à reconnaître la validité du testament d'un naufragé, rédigé dans le sable d'une plage des îles Hébrides (11). Dans les États du sud et de l'ouest des États-Unis où le testament olographe est permis, l'on observe également un phénomène de désolennisation d'une intensité variable. Dans les États qui ont adopté l'*Uniform Probate Code*, dans sa version révisée en 1990, le disposant peut remplir un testament pré-imprimé : seules sa signature et ses dernières volontés (l'objet du legs et l'identité du légataire) doivent être manuscrites (12).

La reconnaissance du testament électronique dans des législations étrangères - S'agissant plus particulièrement du testament électronique, des évolutions notables peuvent être relevées au cours de la dernière décennie. L'on identifie un double phénomène de désolennisation du testament olographe couplée à une reconnaissance progressive du testament électronique. Parmi les systèmes les plus libéraux, l'Australie et l'Afrique du Sud font figure d'exemples. Dans une décision du 6 sept. 2010, la Cour suprême d'Afrique du Sud a jugé valide un testament rédigé sous la forme d'un courrier électronique, adressé au bénéficiaire du legs. La Cour a considéré qu'il était établi que le testateur avait eu l'intention de faire de ce mail son testament et qu'il était prouvé que le mail expédié se trouvait bien sur l'ordinateur personnel du testateur, sans avoir été supprimé ni même modifié (13). En Australie, dans deux décisions rendues quant à elles en 2013 et en 2017, la Cour suprême du Queensland a jugé

valable un testament préparé sur un téléphone mobile signé du nom de l'expéditeur du message. La Cour a jugé qu'il était établi que le SMS avait bien été expédié avec le téléphone personnel du testateur ; il était également prouvé que le message avait été écrit peu de temps avant le suicide de son auteur (14). Dans ces deux exemples, rien ne permet cependant de certifier l'identité du testateur : le fait que le message a été envoyé depuis le téléphone ou l'ordinateur personnel du défunt ne permet en rien d'assurer que le testament est bien l'œuvre du propriétaire du téléphone ou de l'ordinateur.

Aux États-Unis, une proposition d'harmonisation du droit en matière de testament électronique est publiée en juillet 2019 (15). Ce texte pose une stricte équivalence entre l'écrit électronique contenant une signature électronique et le document papier pourvu d'un seing manuel. Le testament électronique doit pouvoir être lu, ce qui exclut le support audio ou vidéo, et doit être signé par le testateur, en présence de deux témoins. C'est donc la présence de témoins instrumentaires qui permet de certifier l'identité de l'auteur du testament électronique. Plusieurs États américains ont, depuis, introduit cette forme de testament électronique : le Colorado, le Dakota du Nord, l'Utah et l'État de Washington.

L'indifférence du support - Dans le rapport issu du 117^e congrès des notaires, la deuxième commission envisageait la licéité d'un testament rédigé de la main du testateur, à l'aide d'un stylet sur un support électronique, comme une tablette numérique (16). Certes, de longue date, on enseigne que le support matériel sur lequel est rédigé le testament est indifférent. Dans l'un des tout premiers formulaires notariaux, rédigés à la fin du XIX^e siècle, Anselme Defrénois soutenait par exemple qu'un testament olographe pouvait être écrit sur « quelque matière ou substance que ce soit, par exemple du carton, du bois, du linge, une ardoise, une pierre [...] pourvu que l'on y trouve la volonté de faire une disposition testamentaire » (17). Depuis le XIX^e siècle, la jurisprudence est du reste très généreuse quant au support de l'écriture puisque la loi n'en impose aucun : lettre missive, livre de compte, papier en-tête, machine à laver le linge ; les exemples jurisprudentiels sont légion (18). Profitant de cette liberté quant au support, il a donc été proposé de voir dans le stylet utilisé pour les tablettes numériques un instrument prolongeant la main comparable au stylo, au feutre ou au crayon. Au fond, cette proposition du congrès, que j'estime peu ambitieuse, vise à sauver l'esprit du formalisme de l'art. 970 à l'aide de technologies nouvelles dont on imagine aisément l'obsolescence à court ou moyen terme.

Le congrès des notaires proposait également de créer un testament privé sur tous supports, seulement en cas de circonstances exceptionnelles, notamment en période de pandémie. Tel fut le cas, aux États-Unis, de la ville de Washington D.C., où le testament électronique fut temporairement autorisé en période de confinement, entre le 10 avr. et le 9 juill. 2020. Mais alors, cette proposition du 117^e congrès des notaires vise à reléguer la forme électronique à des situations exceptionnelles. Ne pourrait-on pas aller plus loin et ainsi envisager la création, à moyen terme, d'un testament olographe numérique ?

L'hypothèse d'un recours aux témoins instrumentaires - En France, la présence de témoins instrumentaires pourrait être regardée comme un formalisme de substitution, comme c'est le cas dans certains États fédérés des États-Unis. Si l'on part en effet du principe que l'exigence d'écriture manuscrite a pour but d'assurer l'absence de falsifications et d'intervention de tiers, alors tout formalisme qui viendrait en substitution de celui-ci pourrait remplir cette fonction. Il en va ainsi de la présence de témoins instrumentaires, comme c'est le cas, en présence d'un seul notaire, pour le testament authentique. Leur rôle est justement d'attester que le testateur est bien l'auteur de l'acte et que les dispositions qu'il contient sont l'expression de sa volonté.

Le testament dactylographié contresigné par avocat - Sans regarder vers l'étranger, une autre solution pourrait être trouvée en droit interne afin d'assurer au testateur une meilleure sécurité juridique. Il pourrait être envisagé de faire contresigner le testament par un avocat, afin de certifier l'identité de l'auteur du document. La loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires et juridiques a en effet instauré l'acte contresigné par avocat dont les dispositions sont contenues dans les art. 66-3-1 s. de la loi n° 71-1130 du 30 déc. 1971. S'il n'est évidemment pas comparable à l'acte authentique, l'acte contresigné par avocat confère une sécurité juridique supérieure au simple écrit sous seing privé. Le contreseing de l'avocat atteste en effet l'identité de la partie dont il est le conseil ainsi que la véracité de sa signature et de son écriture. Dit autrement, la partie à laquelle sera opposé l'acte contresigné, et qui le conteste, devra engager une procédure de faux en écriture privée, visée à l'art. 299 c. pr. civ.

Longtemps délaissé, l'acte contresigné par avocat a aujourd'hui trouvé une terre d'élection, en droit de famille. Depuis la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, le contreseing de l'avocat est en effet nécessaire pour la convention de divorce par consentement mutuel déposée au rang des minutes d'un notaire. Le contrôle de l'identité et de la signature des signataires de la convention de divorce se fait au moment du

rendez-vous de signature. L'art. 1145 c. pr. civ. impose en effet la présence simultanée des époux et de leurs avocats, qui doivent être « réunis à cet effet ensemble ».

S'agissant plus particulièrement du testament olographe, et au même titre que les témoins instrumentaires, le contreseing de l'avocat apposé sur le testament dactylographié pourrait être regardé comme un formalisme de substitution apportant la même garantie que l'exigence d'écriture manuscrite. Ainsi le contreseing ferait-il foi de l'écriture et de la signature du testateur. Répondant au besoin de sécurité juridique, la présence de l'avocat permettrait d'éviter les falsifications et l'intervention de tiers. Ce contrôle de l'avocat supposerait évidemment, comme pour la convention de divorce par consentement mutuel, la présence simultanée du testateur et de l'avocat qui appose son contreseing. Ce dernier devra aussi s'assurer que les dispositions contenues dans le testament dactylographié sont bien celles de celui qui appose sa signature à la fin du document, sans qu'il ne soit nécessaire que le testateur rédige son testament, en présence de son avocat. L'on pourrait également envisager, comme c'est le cas pour le testament authentique dicté en présence d'un seul notaire, la présence de deux témoins instrumentaires.

En somme, il est proposé d'ajouter un second alinéa à l'art. 970 c. civ., lequel consacrerait un testament olographe dactylographié, contresigné par avocat, en présence de deux témoins.

Le testament électronique contresigné par avocat - Depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de réforme pour la justice, le contreseing électronique de l'avocat est désormais possible pour la convention de divorce par consentement mutuel déposée au rang des minutes d'un notaire. L'art. 1175 c. civ., par renvoi aux dispositions de l'art. 1174, autorise ainsi le recours à l'écrit électronique. Par extension, le recours à la forme électronique pourrait être autorisé pour le testament contresigné par avocat. Le rôle de l'avocat, qui appose son contreseing, serait de certifier l'identité et la signature du testateur et de vérifier que les dispositions contenues dans l'acte sont bien celles de son client. Réunis à cet effet, l'avocat et le testateur signeraient alors le testament, dans les mêmes conditions techniques que celles qui ont été développées par le Conseil national des barreaux pour les conventions de divorce par consentement mutuel avec la plateforme e-DCM. Il suffirait de développer un nouvel outil, e-Testament : l'avocat signerait et ferait signer le testament, en présence de deux témoins ; l'acte fusionné serait ensuite transmis par voie électronique au notaire en charge de conserver le testament électronique et de l'inscrire au fichier central des dispositions de dernières volontés.

Cette nouvelle coopération entre les deux professions supposerait la rédaction d'une charte commune, comme ce fut le cas, le 23 déc. 2020, pour la convention de divorce par consentement mutuel signée par acte électronique. On y voit là un moyen de moderniser le droit des libéralités et, plus encore, de renforcer les liens entre ces deux professions, plus complémentaires que concurrentes.

Les obligations de l'avocat attachées au contreseing - La consécration de ces deux nouvelles formes testamentaires ne serait évidemment pas sans conséquence pour l'avocat qui appose son contreseing. Il serait tout d'abord garant de la validité formelle de l'acte. Plus encore, et bien que le testament ne soit pas nécessairement rédigé en sa présence, l'avocat ne pourrait se soustraire à son devoir de conseil portant sur le contenu du document qu'il contresigne. Par comparaison, prenons l'exemple du testament authentique : le testateur dicte ses dernières volontés ; le notaire rédige et donne lecture au disposant. Pour autant, le notaire doit se comporter en « secrétaire intelligent », selon l'expression célèbre de la cour d'appel de Paris⁽¹⁹⁾. Il doit ainsi garantir l'efficacité des dispositions de dernières volontés, alors que le testateur n'a, dans bien des cas, aucune volonté des moyens juridiques, mais simplement une volonté des effets économiques.

Sur le terrain du testament contresigné par avocat, il est évident que ce dernier ne pourrait se contenter d'apposer son contreseing sans conseiller le testateur sur le contenu et sur l'efficacité du testament qui lui est présenté. C'est, à n'en pas douter, le prix à payer pour cette innovation majeure. Mais c'est aussi un défi que la profession d'avocat pourrait relever.

Mots clés :

LIBERALITE * Testament * Testament olographe * Testament olographe électronique, contresigné par avocat

(1) Pour un tour d'horizon récent de ces questions, v. S. Godechot-Patris et N. Laurent-Bonne, *L'héritage numérique. Regards croisés*, Paris, Dalloz, 2024.

(2) Pour quelques propositions d'évolutions, v. N. Laurent-Bonne et C. Pommier, « Le formalisme des testaments à l'épreuve de la révolution numérique », S. Godechot-Patris et N. Laurent-Bonne, *L'héritage numérique, op. cit.*

(3) J. Grenier, *Traité des donations, des testaments et de toutes autres dispositions gratuites*, Bruxelles, 1826, t. II, p. 61.

(4) R.-T. Troplong, *Des donations entre vifs et des testaments*, 2^e éd., Paris, 1862, t. III, n° 1472, p. 38.

(5) C. Demolombe, *Traité des donations entre vifs et des testaments*, Paris, 1864, t. IV, n° 60, p. 62.

(6) T. civ. Marseille, 9 juill. 1930, D. 1930. 2. 166 - T. civ. Rouen, 20 avr. 1931, D. 1931. 344.

(7) Civ. 18 mai 1936, JCP 1936. 832, Gaz. Pal. 1936. 2. 76, RTD civ. 1936. 720, obs. Savatier.

(8) TGI Metz, 17 août 2018, n° 17/01794 ; sur cette décision, v. B. Ancel, SMS et testament : sécurité juridique ou souci de modernité ?, JCP N 2018, n° 37, Actu. 729.

(9) *Requirements of Writing [Scotland] Act 1995*, 1[2][c] et 2[1] (bit.ly/Loi_Ecrit_1995_Ecosse).

(10) Scottish Law Commission, *Report on Requirements of Writing*, 1988, p. 28, § 4.1.

(11) K. G. C. Reid, « *Testamentary formalities in Scotland* », *Testamentary formalities*, dir. K. G. C. Reid, M. J. de Waal et R. Zimmermann, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 421.

(12) Uniform Probate Code, § 2-502(b) (bit.ly/csucceptions_USA).

(13) *Van der Merwe v/ Master of the High Court*, 2010 [605/09] ZASCA 99.

(14) *In re Yu*, [2013] QSC 322 ; *Re Nichol*, [2017] QSC 220 ; v. S. Mason, *Electronic Evidence and Electronic Signatures*, London, University of London Press, 2021, p. 328-329.

(15) *Uniform Electronic Wills Act [National Conference of Commissioners on Uniform State Laws]*, 12-18 juill. 2019 (bit.ly/Loi_TestamentElectronique_2019_USA).

(16) 117^e congrès des notaires de France, *Le numérique, l'homme et le droit. Accompagner et sécuriser la révolution digitale*, Nice, 2021, p. 507, n° 2766.

(17) A. Defrénois, *Traité formulaire en regard des testaments authentiques, mystiques et olographes et des legs*, 3^e éd., Paris, 1889, p. 57, n° 209.

(18) D. Guével, Remarques sur l'évolution des conditions de forme des testaments olographes (dix ans de jurisprudence de la Cour de cassation), *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, p. 449-478.

(19) Paris, 2 mars 1959, D. 1959. 306.

Copyright 2025 - Dalloz – Tous droits réservés