

LES DIFFICULTÉS D'INTRODUCTION DE LA FIDUCIE QUÉBÉCOISE DANS UN PAYS DE TRADITION CIVILISTE CONNAISSANT L'INSTITUTION DE LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE – L'EXEMPLE DE LA FRANCE

Emmanuel RAVANAS

Volume 109, numéro 2, septembre 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045581ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045581ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

RAVANAS, E. (2007). LES DIFFICULTÉS D'INTRODUCTION DE LA FIDUCIE
QUÉBÉCOISE DANS UN PAYS DE TRADITION CIVILISTE CONNAISSANT
L'INSTITUTION DE LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE – L'EXEMPLE DE LA FRANCE.
Revue du notariat, 109(2), 265–331. <https://doi.org/10.7202/1045581ar>

**LES DIFFICULTÉS D'INTRODUCTION
DE LA FIDUCIE QUÉBÉCOISE DANS UN
PAYS DE TRADITION CIVILISTE
CONNAISSANT L'INSTITUTION DE LA
RÉSERVE HÉRÉDITAIRE –
L'EXEMPLE DE LA FRANCE***

Emmanuel RAVANAS**

INTRODUCTION	269
SECTION I. LA FIDUCIE QUÉBÉCOISE	269
I. Les origines de la fiducie québécoise	280
II. Métamorphose de la fiducie dans le <i>Code civil</i> <i>du Québec</i>	281
III. Caractéristiques du patrimoine d'affectation sans titulaire	283
IV. Le reflet de l'ancien fondement de la fiducie québécoise dans la conception française de la fiducie.	285
SECTION II. LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE	288
I. Les origines de la réserve héréditaire	289
II. Le débat de l'opportunité de la réserve héréditaire	292

* Ce texte est une version remaniée d'un essai de maîtrise rédigé en 2006 sous la direction de M^{me} Madeleine Cantin Cumyn de la Faculté de droit de l'Université McGill, essai ayant mérité à son auteur le titre de LL.M. Les articles cités sans précisions sont ceux du Code civil français.

** Avocat à la Cour d'appel de Paris, diplômé notaire, LL.M.

III. Les évolutions de la réserve héréditaire depuis le Code Napoléon	294
1. Le caractère d'ordre public de la réserve	294
2. Les bénéficiaires de la réserve	294
3. Le caractère collectif de la réserve	296
4. La composition de la réserve : en nature ou en valeur ?	296
5. La réserve et les charges qui la grèvent	298
SECTION III. PROPOSITION DE SOLUTIONS PRATIQUES	299
I. Les solutions qui contournent la difficulté	299
1. Considérer que le patrimoine fiduciaire est hors succession	300
2. Considérer que le patrimoine fiduciaire est régi par un régime particulier, pouvant ressembler à celui de l'assurance-vie	300
3. Imaginer liquider deux successions à deux moments différents	302
II. Proposition d'une solution qui affronte la difficulté	303
A. Les difficultés théoriques	303
1. Les difficultés d'ordre général	304
a. Le problème de la possible indétermination du bénéficiaire	304
b. Difficultés liées à la nature de la transmission fiduciaire	304
c. Une délivrance de fiducie à élaborer	307
2. Difficultés posées par la fiducie eu égard à la réduction des libéralités	308

a.	Masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve	308
b.	La difficulté de la date d'imputation de la fiducie	310
c.	Modalités de la réduction	313
3.	Difficultés posées par la fiducie eu égard au rapport des libéralités	313
B.	Proposition d'une méthode liquidative	315
I.	Spécificités de la liquidation en présence de la fiducie eu égard à la réduction	316
1.	Si fiducie ne porte que sur la quotité disponible	316
A.	En cas de legs	316
a.	Masse de calcul de la quotité disponible . . .	316
b.	Imputation	317
c.	Modalités de la réduction	317
B.	En cas de donation	318
1.	Si biens déjà transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciant.	318
a.	Masse de calcul de la quotité disponible . . .	318
b.	Imputation	319
c.	Modalités de la réduction	319
2.	Si biens non encore transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciant	320
a.	Masse de calcul de la quotité disponible . . .	320

b.	Imputation	320
c.	Modalités de la réduction	321
2.	Si fiducie porte sur la réserve héréditaire	321
A.	En cas de legs	322
a.	Masse de calcul de la quotité disponible	322
b.	Imputation	322
c.	Modalités de la réduction	323
B.	En cas de donation	323
1.	Si biens déjà transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire	323
a.	Masse de calcul de la quotité disponible	323
b.	Imputation	324
c.	Modalités de la réduction	324
2.	Si biens non encore transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire	324
a.	Masse de calcul de la quotité disponible	324
b.	Imputation	325
c.	Modalités de la réduction	325
II.	Spécificités de la liquidation en présence de la fiducie eu égard au rapport	326
1.	Si biens déjà transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire	327
2.	Si biens non encore transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire	329
	CONCLUSION	330

INTRODUCTION

1.- Trust. – Le trust du système juridique anglo-saxon est sans nul doute une de ses institutions les plus caractéristiques. Il peut être défini comme « an institution, enforced in equity, which is created by a transfer of title to property by a settlor or a testator to one or more trustees [...] required to hold and administer the property for the benefit of one or more beneficiaries but [...] the trustees have no beneficial interest in the property. The trustees are said to have the legal title, but the beneficiaries are also regarded as having a property interest, namely, the beneficial or equitable title »¹.

2.- Historique. – L'histoire du *trust* est longue et complexe, celui-ci ayant développé ses règles de fonctionnement à la fois dans le corps de règles de la common law et dans celui de l'*equity*, dans un univers juridique enraciné dans les idées individualistes, où règne une liberté testamentaire totale. Le *trustee* administre le *trust* en vertu du *legal title* sanctionné devant les tribunaux de common law ; le bénéficiaire du *trust*, bénéficiaire du *beneficial title*², est investi d'un pouvoir plus ou moins étendu de contrôle de l'activité du *trustee*, son titre étant sanctionné devant les juridictions d'*equity*. Malgré la fusion en Angleterre des Cours de common law et de celles d'*equity* par les *Judicature Acts* de 1873 et 1875, la dualité des règles perdure. Subsiste donc sur le même *asset* une dualité de propriétés concurrentes : la propriété légale et la propriété équitable.

1. A.H OOSTERHOFF, « The New Quebec Trust », (1990-91) *Estates & Trusts Journal* 10, 325.

2. « Le *legal title* qualifie le rôle du trustee [...] dès lors qu'en common law le *legal title* donne la qualité requise pour passer des actes juridiques à l'égard des biens. Le titre du trustee est grevé d'une obligation d'agir dans l'intérêt du bénéficiaire ou dans un but déterminé. Quant au droit du bénéficiaire, ou *equitable title*, il a fait l'objet d'une évolution marquée. Anciennement, le bénéficiaire ne pouvait exiger qu'une condamnation pécuniaire à l'encontre du trustee dont la conduite n'est pas conforme aux engagements pris envers le *settlor*. Le renforcement graduel de la position du bénéficiaire lui a ouvert des recours qui affectent les biens eux-mêmes de sorte que l'*equitable title* est aujourd'hui un droit à facettes multiples, qui n'est pas défini, mais qui a manifestement plus d'amplitude qu'un simple droit de créance à l'encontre du trustee » : M. CANTIN CUMYN, « La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires », dans *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, M. Cantin Cumyn (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 15.

3.- Utilisation du trust. – La flexibilité et la polyvalence du trust sont des caractéristiques majeures de cette institution qui est utilisée dans de multiples domaines de la vie juridique, allant de la transmission de biens à terme à des membres d'une famille à la protection de personnes vulnérables, en passant par de nombreuses utilisations dans la vie des affaires³.

4.- Fonctionnement du trust. – Tentant de systématiser le fonctionnement du *legal title* et de l'*equitable title* au delà du cercle de la common law, la Convention de la Haye relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance propose dans son article 2 la définition suivante du *trust* :

Aux fins de la présente Convention, le terme « trust » vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire, dans un but déterminé.

Le *trust* présente les caractéristiques suivantes :

- a) les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee* ;
- b) le titre relatif aux biens du *trust* est établi au nom du *trustee* ou d'une autre personne pour le compte du *trustee* ;
- c) le *trustee* est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du *trust* et les règles particulières imposées au *trustee* par la loi.

Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le *trustee* possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un *trust*.⁴

Cette définition du *trust*, davantage axée sur la description de ses caractéristiques que sur la nature même de celui-ci⁵, pose en

3. Pour une illustration des multiples possibilités d'utilisation du *trust*, on pourra se reporter à P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, Rousseau & cie, Éd., 1932, chap II, p. 53 et s.

4. La Convention de la Haye dans son article 11 prévoit qu'un *trust* créé conformément à la loi déterminée par la Convention sera reconnu en tant que tel, mais dans la mesure de sa validité au regard de la loi applicable et avec les effets qui sont les siens suivant cette loi.

5. Cette définition du *trust* ne fait pas référence à la division entre la common law et l'*equity*, ce qui ne semble pas empêcher d'approcher une définition du *trust*.

réalité trois grandes conditions d'existence. Il faut que les biens placés dans le trust soient affectés au service d'un but déterminé, que ces biens constituent un patrimoine d'affectation et enfin qu'un *trustee* soit « débiteur de l'obligation d'exécuter l'objet du trust »⁶. Ce sont les effets de ce mécanisme de *trust* que la fiducie tente de reproduire dans un cadre civiliste⁷.

5.- Histoire de la fiducie en France. – Le mécanisme de la fiducie que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier « d'équivalent fonctionnel du *trust* »⁸ est fort ancien et précède de beaucoup l'apparition du *trust*. En effet, le droit romain connaissait la *fiducia*, « un pacte adjoint à un transfert volontaire et solennel du droit de propriété par lequel l'acquéreur s'engage auprès de l'aliénateur à retransférer le bien à l'époque et dans les conditions fixées par la convention »⁹. La fiducie romaine était utilisée, tantôt comme moyen de suppléer les insuffisances des techniques contractuelles à une époque où le contrat de dépôt n'existait pas, tantôt pour conférer à un tiers digne de confiance l'administration de l'objet d'une libéralité. Cependant, avec le développement des contrats de dépôt, de commodat et de gage, ces opérations ont été plus commodément réalisées sans transfert de propriété. La *fiducia* romaine tombait alors dans l'oubli¹⁰.

Ignorée du Code Napoléon de 1804, l'institution fiduciaire n'en a pas moins marqué nombre de juristes français qui lui ont consacré plusieurs thèses restées célèbres¹¹, spécialement à la fin du XIX^e siècle. Puis, retombée dans l'oubli, il fallut d'abord attendre les années 1930 et les travaux de Lepaulle¹², puis les années 1980 avec

-
6. F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Paris, Litec, 2004, à la conclusion générale, p. 180.
 7. Voir à ce sujet Cl. WITZ, « Trust et fiducie, une distinction estompée par la Convention de la Haye relative au trust et à sa reconnaissance », *Mélanges Claude Reymond*, Paris, Litec, 2004, p. 343 et s.
 8. Voir en ce sens F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Paris, Litec, 2004, à la conclusion générale, p. 499 et s.
 9. Cl. WITZ, *La fiducie en droit français*, Paris, Economica, 1981, Introduction.
 10. Pour de plus amples développements sur l'essor puis la disparition de la *fiducia* romaine, on pourra se reporter à J.P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p. 708-709.
 11. F. GENY, *Étude sur la fiducie*, thèse Nancy, 1885 ; J. COULAZOU, *De la fiducie*, thèse Montpellier, 1890 ; R. NOUEL, *De l'aliénation fiduciaire*, thèse Paris, 1890 ; I. GLARD, *De la fiducie*, thèse Paris, 1894.
 12. P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, Rousseau & cie, Éd., 1932.

la thèse de Claude Witz¹³ et les travaux de la Convention de La Haye de 1985, pour que l'institution suscite à nouveau un regain d'intérêt, ce mouvement ayant ensuite été suivi par de nombreux auteurs soutenant la proposition d'une reconnaissance en droit positif français de cette institution¹⁴.

En effet, les conséquences de la mondialisation des rapports de droit ont mis en lumière le retard du droit français dans certains domaines et a fait redouter une délocalisation de certaines opérations économiques¹⁵, d'autant que nombre de pays de tradition civiliste, notamment européens, ont adopté un équivalent au *trust*¹⁶. En vue de doter le système juridique français d'un appareil juridique équivalent à l'*express trust* des droits anglo-américains¹⁷ et pour ne pas déprécier l'attractivité du territoire, le gouvernement français a alors déposé, le 20 février 1992, sur le Bureau de l'Assemblée nationale, un projet de loi instituant la fiducie.

13. Cl. WITZ, *La fiducie en droit français*, Paris, Economica, 1981.

14. Voir *Le notariat et les personnes protégées*, 80^e congrès des notaires de France, Versailles, Mai 1984 : J. Charlin, 3^e commission, Protection et transmission du patrimoine, n^o 150 et s. M. GALLIMARD, « Fiducie », *Journ. Not.* (1990), art. n^o 60110 ; J. DE GUILLENSCHMIDT et A. CHAPELLE : « Business trust et fiducie », *Petites affiches* (1990), n^o 76, p. 4 ; C. LARROUMET, « La fiducie inspirée du trust » *D.* (1990), chron. p. 119 ; C. PISANI, « La fiducie » *Deffrénois* (1990), art. n^o 34772 ; A. GOBIN, « Cas d'utilisation de la fiducie dans la transmission du patrimoine privé », *Petites affiches* (1991), n^o107, p. 12 et s. ; M. GRIMALDI, « Réflexion sur l'institution et sur l'avant projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* (1991), article n^o 35094, p. 961 et s. ; J. CHARLIN, « La fiducie appliquée au patrimoine particulier », *Journ. Not.* (1992), article n^o 60582.

15. Voir à ce propos M-A. FRISON-ROCHE, « Comment créer un espace juridique européen compétitif face à la puissance anglo-saxonne ? », *P.A.* (13 juillet 2000). Dans la même direction voir l'exposé des motifs de la proposition de loi du 28 février 2005 « l'ouverture des frontières a donné lieu à certaines délocalisations d'opérations économiques vers des pays plus attrayants d'un point de vue fiscal ou juridique. Au cours de ces dernières années, en effet, on a pu constater que les entreprises françaises, lorsque le besoin s'en faisait sentir, n'hésitaient pas à utiliser le mécanisme du trust, en effectuant, en toute légalité, leurs opérations juridiques depuis l'étranger » : Proposition de loi instituant la fiducie, déposée par le sénateur P. Marini, en date du 8 février 2005, disponible sur Internet <www.senat.fr>.

16. Le Luxembourg, le Liechtenstein, l'Éthiopie, Israël, Puerto Rico, le Japon ou encore la Russie ont adopté un équivalent au trust dans un passé relativement récent. L'Écosse et l'Afrique du Sud utilisent le *trust* dans la pratique, sans pour autant de support législatif. La République populaire de Chine a adopté par une loi du 28 avril 2001 un dispositif ayant pour vocation de régir l'ensemble des relations fiduciaires découlant d'un *trust* créé de façon expresse.

17. Voir en ce sens l'exposé des motifs de ce projet de loi instituant la fiducie, p. 2, ainsi que le Communiqué de la Chancellerie, *JCP E* (1992), bloc-notes, p. 11.

6.- La réception du trust dans les pays civilistes : trois écoles. – Comme le note le professeur Cantin Cumyn¹⁸, la réception du *trust* dans les pays de tradition civiliste peut se faire selon trois voies distinctes : soit en important purement et simplement le *trust* du droit anglais sans pour autant que cette importation soit doublée de la création de juridictions d'*Equity*¹⁹, soit en s'inspirant du mécanisme du pacte fiduciaire sous tendu par la notion de propriété fiduciaire²⁰, soit enfin en créant un véritable patrimoine d'affectation, autonome par rapport aux patrimoines personnels respectifs du fiduciaire, du fiduciaire ou du bénéficiaire²¹.

7.- Le choix de la France dans le projet de 1992. – Le Projet de loi de 1992 n'a pas été adopté – ni même discuté – même s'il a été abondamment commenté en doctrine²². Parmi les trois voies, la France a nettement choisi la deuxième école : celle de la propriété fiduciaire²³.

Constatant la présence de nombreuses fiducies innomées dans le droit français²⁴, le projet de loi avait pour ambition de doter la France d'un régime de fiducie nommée, articulé autour de l'uti-

-
18. M. CANTIN CUMYN, « La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires », dans *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, M. Cantin Cumyn (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 16.
 19. *Ibid.* Le professeur Cantin Cumyn cite à cet égard l'exemple de l'Afrique du Sud, de la Louisiane, de Jersey ou encore de l'Écosse, ainsi que le Japon et le Mexique, ces deux derniers pays étant fortement influencés par le droit américain.
 20. Ce modèle est celui qui est principalement suivi en Europe continentale. Voir à ce propos Cl. WITZ, « La fiducie en Europe : France, Suisse, Luxembourg, Allemagne, Liechtenstein. Analyse des lois existantes et des projets en cours », dans *Le Trust et la Fiducie Implications pratiques, Colloque U.C.L.-K.U.L. 9 février 1996*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 51 et s.
 21. C'est cette voie qui a été empruntée par le Québec lors de la révision du Code civil adoptée le 18 décembre 1991, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994.
 22. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexion sur l'institution et l'avant projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* (1991), article n° 35094 ; J. CHARLIN, « La fiducie appliquée au patrimoine particulier », *Journ. Not.* (1992), article n° 60582. Voir également M. CANTIN CUMYN, « L'avant projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique », *D.* (1992), chro. XXIII.
 23. Ce concept de propriété fiduciaire sera abordé dans la première partie, pour différencier cette approche de la conception québécoise de la fiducie. Voir les paragraphes 21 à 24.
 24. Le Professeur M. Grimaldi débusque ces fiducies innomées ; voir en ce sens M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexion sur l'institution et l'avant projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* (1991), article n° 35085, Introduction. Voir aussi M. IWANESKO, « L'usufruit successif ou la quasi-fiducie », *Dt. et Pat.* (mars 1999).

lisation de celle-ci dans deux domaines principaux : celui des sûretés et celui de la gestion²⁵.

8.- Les différentes utilisations de la fiducie : fiducie-sûreté et fiducie-gestion. – La fiducie-sûreté consiste en un transfert de propriété à titre de garantie. Dans cette hypothèse, le créancier tient sa sûreté d'une propriété qui lui a été transmise par le débiteur, et non d'une propriété qu'il aurait à retenir²⁶. Elle participe de la notion de « propriété sûreté »²⁷, tout comme la clause de réserve de propriété ou le crédit-bail²⁸.

La fiducie-gestion peut quant à elle être divisée en deux catégories, selon qu'elle est au bénéfice du fiduciaire (fiducie-gestion pour le compte du fiduciaire) ou qu'elle a pour objet de gratifier une personne (fiducie-libéralité). Dans la fiducie-gestion pour le compte du fiduciaire, il s'agit pour le fiduciaire de transférer des biens au fiduciaire²⁹, à charge pour ce dernier de les gérer avec des pouvoirs de gestion plus étendus que ceux d'un mandataire³⁰. Au dénouement de la fiducie, les biens retournent dans le patrimoine du fiduciaire.

Au contraire, dans la fiducie-libéralité, le fiduciaire, qui est le gratifiant, transfère des biens au fiduciaire³¹ à charge pour ce der-

25. Cette distinction est celle proposée par Claude Witz dans sa thèse : Cl. WITZ, *La fiducie en droit français*, Paris, Economica, 1981. Pour un panorama général des utilités possibles de la fiducie, on pourra se reporter à A. PEZARD, « Les diverses applications de la fiducie en droit des affaires », *Rev. dt. bcaire* (1990), 108 et également A. PEZARD, « La fiducie, un instrument juridique utile », dans *Le Trust et la Fiducie Implications pratiques, Colloque U.C.L.-K.U.L. 9 février 1996*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 113 et s.

26. Pour de plus amples développements sur la fiducie-sûreté, on pourra se reporter à Cl. WITZ, « La fiducie-sûreté en droit français », *Rev. de jur. comm.* (1982), numéro spécial sur l'évolution du droit des sûretés, Cl. WITZ « Réflexions sur la fiducie-sûreté » *JCP E* (1993), I, 244 ou encore F. TKINT, « La fiducie-sûreté » dans *Le Trust et la Fiducie Implications pratiques, Colloque U.C.L.-K.U.L. 9 février 1996*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 247 et s.

27. A. CERCLES, « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *Mélanges Marc Vasseur*, Paris, Banque Éd., 2000, p. 39 et s.

28. Voir sur ce point J. DERRUPÉ, « De la fiducie au crédit-bail », *Mélanges Jacques Ellul*, Paris, PUF, 1983, p. 452 et s.

29. Dans le système de la fiducie québécoise qui sera abordé plus loin, on dirait qu'il s'agit de transférer des biens à la fiducie, le fiduciaire étant simplement investi de pouvoirs sur ces biens.

30. Dans le mandat classique, le mandant conserve toutes les prérogatives confiées au mandataire.

31. Dans le système de la fiducie québécoise qui sera abordé plus loin, on dirait qu'il s'agit de transférer des biens à la fiducie, le fiduciaire étant simplement investi de pouvoirs sur ces biens.

nier de les gérer et de les transmettre, au bout d'un temps, défini dans la convention de fiducie, à un bénéficiaire ou à ses ayants cause³². Le recours au mécanisme de la fiducie peut procéder de nombreuses préoccupations, pouvant être mû par la volonté de protéger le bénéficiaire contre sa prodigalité, son handicap³³ ou encore d'assurer la transmission d'une entreprise au profit d'héritiers mineurs ou encore inexpérimentés³⁴. Dans cette étude, c'est à ce type particulier de fiducie que l'on s'intéressera³⁵.

9.- Problématique. – Comme on le verra, le Québec, province canadienne civiliste³⁶, a adopté lors de la réforme du Code civil de 1991 un nouveau régime de fiducie nommée qui permet les diverses utilisations fiduciaires évoquées plus haut³⁷. Or, le Québec ne connaît pas l'institution de la réserve héréditaire³⁸, pourtant d'ordre public en France. Dès lors, la question qui se pose est celle de la possibilité de greffer un outil provenant d'un corps non complètement étranger dans un corps plus complexe, eu égard à la présence de la réserve héréditaire. En d'autres termes, serait-il possible de faire coexister dans le droit français la fiducie québécoise et la réserve héréditaire ?

À la vérité, cette problématique de la coexistence de la fiducie et de la réserve héréditaire n'est pas entièrement nouvelle, le projet de

32. Le bénéficiaire peut être un organisme d'utilité sociale.

33. Sur l'utilité de la fiducie en présence de personnes vulnérables, on pourra se reporter aux travaux du 102^e Congrès des Notaires de France : Congrès des Notaires, *Les personnes vulnérables*, Strasbourg 21-24 mai 2006, Quatrième Commission, p. 871. Voir également Fl. FRESNEL, *La fiducie comme moyen de protection des personnes fragiles*, thèse, Paris II, 1995.

34. Sur l'utilisation de la fiducie comme moyen de transmission des entreprises, on pourra notamment se reporter à S. BOURGOGNE, « La fiducie, une solution pour la transmission de l'entreprise ? », *Annales Université Toulouse* (1991), p. 273 et s.

35. Pour des exemples de fiducies-libéralités innommées en droit français, on pourra se reporter à A. GOBIN, « Fiducies sans la fiducie », *JCP N* (1994), I, 315, n^{os} 7 et s.

36. La Nouvelle-France, après la conquête anglaise de 1763, fut autorisée à maintenir son droit privé, essentiellement tiré de la Coutume de Paris, à l'exception du droit des successions où la légitime disparut complètement en 1774.

37. Il existe cependant une controverse sur l'interprétation de l'article 1263 du *Code civil du Québec*, qui ne permettrait pas la fiducie-sûreté.

38. « Chez nous [au Québec], aucun obstacle ne vient gêner le donateur ou le testateur qui souhaite recourir à la fiducie ou à la substitution pour organiser la transmission de ses biens en tout ou partie d'une génération à l'autre ». M. CANTIN CUMYN « La fiducie en droit québécois, dans une perspective nord-américaine » dans *Le Trust et la Fiducie Implications pratiques, Colloque U.C.L.-K.U.L. 9 février 1996*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 72-73.

loi de 1992 ayant envisagé, selon la conception française de la fiducie, les moyens d'une articulation de leurs régimes respectifs. Cependant, le projet n'envisageait une fiducie ne portant que sur la quotité disponible et non sur la réserve des héritiers. La difficulté n'était donc que partiellement abordée³⁹.

Elle semble pourtant être au cœur de l'échec de l'introduction de la fiducie dans le droit français. En effet, au delà des raisons purement fiscales⁴⁰, la réserve héréditaire semble se dresser comme un obstacle insurmontable⁴¹ à l'introduction de la fiducie. Sur ce point, il est symptomatique de constater le recul sans cesse plus grand des promoteurs de la fiducie, passant en 1992 d'une fiducie limitée à la quotité disponible mais sans limitation quant à ses bénéficiaires à une fiducie également limitée à la quotité disponible mais dont les bénéficiaires ne pourraient être que les personnes morales d'intérêt général en 1995⁴², avant que le dernier projet de 2005 ne règle d'une manière abrupte le problème en prévoyant que « la fiducie ne peut, à peine de nullité, être utilisée aux fins de transmission à titre gratuit des droits du constituant à un tiers »⁴³. Si le législateur français a certes consacré la fiducie-gestion et la fiducie-

39. La difficulté était en fait évoquée dans le seul cas d'un dépassement par la fiducie de la quotité disponible sous l'angle de la réduction des libéralités.

40. Sur ce point, voir A. HAELTERMAN, « Le trust en droit fiscal » dans *Le Trust et la Fiducie Implications pratiques, Colloque U.C.L.-K.U.L. 9 février 1996*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 95 et s. ; P. GULPHE, « Quelques réflexions sur l'institution d'un trust à la française », *Mélanges André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 164 et s. (Partie II de l'article) ; J. CHARLIN, « Le point de vue du fiscaliste sur la fiducie », *Rev. dt. bcaire* 111 (1990), p. 111 ; J.C. GOLDSMITH, « Régime fiscal de la fiducie et du trust », *Banque & Droit* 244 (1990), p. 247.

41. Dans le compte rendu du groupe fiducie constitué par le ministère de la Justice français, en date du 15 mars 2005, le Directeur des affaires civiles et du sceau, M. Marc Guillaume, souligne que « l'adaptation de la fiducie en droit successoral se heurte irrévocablement au principe de la réserve héréditaire ». Voir également à ce propos : « la perspective d'une implantation du trust en droit commercial paraît la plus prometteuse. En effet, dans un grand nombre de pays étrangers à la tradition de common law, des limites impératives à la liberté de disposer à titre gratuit constituent un obstacle considérable, sinon théorique, à tout le moins pratique, à la réception du trust ou d'une technique analogue au trust pour régler la dévolution des biens dans la famille » *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, M. Cantin Cumyn (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1999, Annexe 1, p. 343.

42. Projet de loi relatif à la fiducie du 7 février 1995. Sur ce projet, voir Ph. DURAND, « Le projet de fiducie est en bonne voie », *Dt. et Pat. n° 23* (janv. 1995), p. 14 et également Ph. DURAND, « La fiducie en question », *Dt. et Pat. n° 30* (sept. 1995), p. 14.

43. Proposition de loi instituant la fiducie, déposée par le Sénateur P. Marini, en date du 8 février 2005, disponible sur Internet <www.senat.fr>.

sûreté par la loi du 19 février 2007, en retenant le cadre de la propriété fiduciaire, cette dernière loi a pourtant expressément exclu la fiducie-libéralité, limitant l'utilisation du mécanisme fiduciaire aux seules personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés.

Pourtant, il n'est pas certain que la solution retenue soit la seule possible. Deux arguments militent contre celle-ci : en premier lieu, le fait que la voie de la fiducie québécoise moderne n'ait encore jamais été explorée en France ; en second lieu, le fait que la réserve héréditaire a été profondément renouvelée par la loi du 23 juin 2006.

10.- Ambiguïté des termes. – Comme on le verra, la comparaison du régime de la fiducie telle qu'envisagée dans les différents projets français et celle instituée au Québec révèle une ambiguïté majeure. Elle vient du fait que la même expression de « patrimoine d'affectation » est employée pour désigner deux réalités radicalement différentes. Dans la conception française, il s'agit d'un patrimoine appartenant au fiduciaire mais distinct de son patrimoine propre, tandis qu'en droit québécois, le patrimoine d'affectation est formé des biens transférés en fiducie : il est un patrimoine « autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'eux n'a de droit réel »⁴⁴. Dans cette étude, c'est à l'aune de la conception québécoise de la fiducie que l'on se propose de raisonner⁴⁵, pour proposer des solutions permettant son intégration dans le droit successoral français.

11.- Méthodologie. – L'objectif de cette étude n'est donc ni de contribuer au large débat doctrinal relatif à la possibilité d'introduction de la fiducie dans le cadre civiliste, ni de se livrer à une critique du régime de la fiducie québécoise, ni encore de poser le débat de l'opportunité d'introduire une telle institution au sein du droit français⁴⁶. Tirant les conclusions de l'expérience québécoise, il s'agira plutôt d'identifier les difficultés qui consisteraient à intégrer la fiducie québécoise dans le droit français, en envisageant les moyens concrets de coexistence de la fiducie et de la réserve héréditaire. En d'autres termes, il s'agit de mesurer les adaptations nécessaires du droit français, sinon les bouleversements, qu'il con-

44. Art. 1261 du *Code civil du Québec*.

45. On évoquera cependant au détour la conception française de la « propriété fiduciaire », pour mieux appréhender les différences.

46. Pour une critique des velléités d'introduction de la fiducie dans le droit français, on pourra se reporter à R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *Mélanges Philippe Malaurie*, Paris, Défrénois, 2005.

viendrait d'opérer pour intégrer cette « institution polyvalente et rayonnante »⁴⁷.

12.- Exemple illustratif. – Soit A, un père ayant deux enfants X et Y et un patrimoine à son décès d'une valeur de 300. Ayant deux enfants, le taux de la réserve des enfants sera des deux tiers⁴⁸, soit de 200, avec une réserve individuelle pour X et Y de 100 et une quotité disponible de 100.

Si A décède *ab intestat*, n'ayant réalisé aucune libéralité ou fiducie de son vivant, le patrimoine se divisera par parts égales entre X et Y, à raison de 150 chacun.

Si A avait de son vivant transféré 200 à une fiducie au profit du seul enfant X et qu'il décède *ab intestat* avec un patrimoine d'une valeur de 100, ce dernier montant sera en l'état actuel du droit français, même modifié par la loi du 23 juin 2006, divisé en deux, soit 50 à X et 50 à Y. Lorsque X aura reçu les biens placés dans la fiducie évalués à une valeur de 200⁴⁹, il aura appréhendé un total de 250, tandis que Y n'aura appréhendé que 50, alors que le montant de sa réserve dans le premier cas était de 100.

On le voit, le problème est de trouver des mécanismes qui permettent de réintégrer la masse des biens fiduciaires dans la liquidation successorale, adaptés aux spécificités de la fiducie québécoise et conformes aux principes successoraux français.

13.- Plan. – Rien ne semble avoir été écrit sur le rapport de la fiducie québécoise et de la réserve héréditaire, même si quelques articles de doctrine évoquent au détour la question de la coexistence de la fiducie « à la française » et de la réserve⁵⁰. Compte tenu de ce

47. M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexion sur l'institution et l'avant projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* (1991), article n° 35094, par. 1.

48. Application des dispositions de l'article 913 du Code civil.

49. On suppose pour les besoins de l'exemple qu'il n'y a pas eu d'accroissement de valeur par le fiduciaire.

50. Il ne semble y avoir que deux articles qui abordent de manière assez directe et technique le problème :

- M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexion sur l'institution et l'avant projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* (1991), article n° 35094, par. 62 et s.

- F.-C. JEANTET, « Réserve héréditaire et 'fiducie' », *Mélanges André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 175 et s.

Dans un article relatif au trust dans le droit international privé, le Professeur Goré traite le problème de la coexistence du trust et de la réserve en quelques (à suivre...)

constat, on procédera d'un point de vue méthodologique au moyen d'une démarche ternaire. On présentera dans un premier temps le régime et les dispositions pertinentes de la fiducie québécoise, nécessitant une nouvelle approche de la notion de patrimoine (Section I). Dans un deuxième temps, il sera nécessaire d'entrer dans une analyse juridique de la réserve héréditaire, tenant notamment compte de son évolution historique et de ses caractéristiques nouvelles, telles qu'issues de la loi du 23 juin 2006 (Section II). Enfin, dans un troisième temps, on s'attachera à proposer des solutions pratiques en harmonie avec le droit successoral français, avec l'objectif ambitieux que malgré la technicité de la matière, ces solutions soient à la fois claires et utilisables par les praticiens (Section III).

La loi du 23 juin 2006 renouvelle la matière successorale française en profondeur. Au jour où ces lignes sont écrites, il n'est toujours pas possible de mesurer l'incidence pratique de toutes ses dispositions. Aussi se concentrera-t-on sur la fiducie à proprement parler, sans évoquer la nouvelle possibilité de nomination d'un administrateur posthume⁵¹ et l'extension des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire⁵².

SECTION I. LA FIDUCIE QUÉBÉCOISE

14.- Plan. – La fiducie est un outil juridique connu depuis le XIX^e siècle dans la province de Québec. Après une brève étude de son histoire (I), c'est la métamorphose de la fiducie dans le nouveau *Code civil du Québec*⁵³ qui retiendra l'attention (II), avant que ne soient synthétisés certains caractères de l'institution, utiles à notre

(...suite)

lignes, affirmant que « le trust doit faire l'objet d'une réduction conformément aux règles ordinairement utilisées en droit français ». Pourtant, la réponse à cette problématique ne semble pas être aussi simple ! M. GORÉ, « Le trust en droit international privé », dans *Le Trust et la Fiducie Implications pratiques, Colloque U.C.L.-K.U.L. 9 février 1996*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 83.

51. L'administrateur posthume pourrait jouer le rôle d'un tuteur aux biens, suivant un régime qui pourrait s'apparenter à celui qui est prévu par le *Code civil du Québec*, dans son article 210.
52. Ces deux nouveautés dispenseraient selon certains de l'introduction de la fiducie dans le droit français. Voir en ce sens l'exposé des motifs : « ce mandat posthume pourra ainsi répondre aux besoins que satisfait, dans d'autres pays, la fiducie successorale ».
53. L'expression est de M. CANTIN CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », *Mélanges Ernest Caparros*, J. Beaulne (dir.), Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2002, p. 129-143, par. 7.

étude (III). Enfin sera abordé le reflet de l'ancien fondement de la fiducie québécoise dans la conception française de la fiducie (IV).

I. Les origines de la fiducie québécoise

15.- Histoire. – Le régime de la fiducie québécoise contemporaine est le résultat d'une lente maturation. Elle prend ses origines dans une loi spéciale intervenue le 31 octobre 1879. En 1866, lors de la codification ayant donné naissance au *Code civil du Bas-Canada*, rien n'était dit explicitement sur la fiducie⁵⁴, les codificateurs s'étant limités, selon les termes du mandat qui leur avait été confié, à codifier le droit existant⁵⁵. La décision d'introduire dans une législation postérieure la fiducie est entourée de mystères, n'ayant donné lieu à aucun écrit précisant les circonstances exactes de l'adoption d'une telle loi. Elle semble le fait d'avocats puissants qui, en réaction à une décision du Conseil privé⁵⁶, auraient exercé des pressions de nature à faire adopter la fiducie dans la province de Québec⁵⁷.

Dans sa forme originaire, la fiducie québécoise est une imitation du *trust* de la tradition de droit anglais, sans pour autant qu'ait été formellement incorporée la distinction du *legal title* et de *l'equitable title*. Malgré la loi de 1879, le régime de la fiducie n'a pas manqué de soulever de nombreuses controverses dans la communauté juridique québécoise, portant essentiellement sur le point de savoir qui était propriétaire des biens mis en fiducie⁵⁸.

De nombreux auteurs se sont affrontés à ce sujet, défendant des conceptions différentes. Pour un courant minoritaire, le bénéfici-

54. Le *Code civil du Bas Canada* ne contenait dans sa rédaction initiale aucune disposition relative à la fiducie mais deux articles en évoquaient partiellement et indirectement certains aspects : l'article 869 relatif aux legs de charité et de bienfaisance considérait la fiducie comme une sorte de charge imposée aux légataires. Le terme de « fiduciaires » est expressément employé ; l'article 964 relatif à la situation du légataire chargé comme simple ministre d'administrer, employer, restituer les biens de la succession.

55. Il s'agissait essentiellement de la Coutume de Paris.

56. *Abbott c. Fraser*, (1874) L.R. 6 P.C. 96. Par cette décision, le Conseil privé refusait de considérer que la fiducie faisait partie du droit du Bas-Canada.

57. Pour un historique détaillé de la fiducie au Québec, on pourra utilement se reporter à M. CANTIN CUMYN, « L'origine de la fiducie québécoise », dans *Faculté de droit de l'Université McGill, Mélanges Paul-André Crépeau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1997, 199-219.

58. S. NORMAND et J. GOSSELIN, « La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise », (1990) 31 *C. de D.* 681, 686.

ciaire de la fiducie était dès le transfert des biens investi d'un droit réel sur ces biens, le fiduciaire n'étant qu'un simple gestionnaire des biens, assurant les qualités de dépositaire et d'administrateur desdits biens⁵⁹. Pour le courant majoritaire qui fut finalement consacré, la propriété était acquise au fiduciaire dès son acceptation de la fiducie, sans pour autant que ce dernier en ait le titre⁶⁰, formant alors une « propriété fiduciaire », que la Cour suprême qualifia de *sui generis*⁶¹.

II. Métamorphose de la fiducie dans le *Code civil du Québec*

16.- La remise en cause de la notion classique de patrimoine d'Aubry et Rau. – Dans la théorie classique du patrimoine systématisée par Aubry et Rau, tout patrimoine est indissolublement lié à la personnalité d'un titulaire⁶², le patrimoine étant constitué de « l'ensemble des droits civils d'une personne sur des objets constituant des biens »⁶³. Il en découle que la propriété se définit comme « le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise, d'une manière absolue et exclusive, à la volonté et à l'action d'une personne »⁶⁴. De cette définition découlent trois conséquences majeures. En premier lieu, seules les personnes, physiques ou morales, peuvent posséder un patrimoine ; en deuxième lieu, toutes les personnes possèdent nécessairement un patrimoine et un seul⁶⁵ ; en troisième lieu, la durée de détention du patrimoine est indissolublement liée au destin de la personnalité⁶⁶. Cette théorie classique du patrimoine a été vivement critiquée, notamment par Henri Gazin qui, dans sa thèse, relativise tant le principe de l'unité indivisible⁶⁷

59. Voir en ce sens J.-E. BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, Donations et Testaments, tome I, Montréal, s.é., 1933, p. 194.

60. Voir sur ce point *Curran c. Davis*, [1933] R.C.S. 283.

61. *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250. Pour une critique de cette décision, on pourra se reporter à M. CANTIN CUMYN, « La propriété fiduciaire, mythe ou réalité ? », *R.D.U.S.* 7 (1984), p. 14.

62. Par son caractère stable, la personnalité permet d'ancrer la théorie du patrimoine.

63. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, par E. Bartin, tome 2, 6^e édition, Paris, Librairie Marchal & Billard, 1935, p. 247-249.

64. *Ibid.*

65. Pour une remise en cause de ce principe de l'unité du patrimoine, voir J.P. VERSHAVE, *Essai sur le principe de l'unité du patrimoine*, thèse Lille, 1984.

66. Pour de plus amples développements, on pourra se reporter à J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e édition, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2005, p. 28.

67. Dans sa thèse datant de 1910, H. Gazin critique déjà l'idée de l'indivisibilité du patrimoine en consacrant à cette critique tout le livre II de celle-ci : H. GAZIN, (à suivre...)

du patrimoine que le nécessaire lien entre le patrimoine et la personnalité juridique⁶⁸. Ces critiques ont été reprises au Québec, notamment par le professeur Macdonald⁶⁹.

17.- Le choix par le Québec de la théorie du patrimoine d'affectation sans titulaire. – La théorie classique du patrimoine, quoique solidement ancrée dans le paysage civiliste, n'est pas évidente. L'histoire juridique montre que cette théorie n'a finalement été imposée qu'au début du XX^e siècle⁷⁰. En effet, si la notion même de patrimoine est absente du droit romain⁷¹, il faut noter qu'existe depuis fort longtemps, à côté du patrimoine envisagé de manière classique, une théorie dite du « patrimoine d'affectation », d'origine allemande⁷², dans laquelle le fondement unificateur de la personne est abandonné, au profit de celui du but : une masse de biens peut acquérir la qualité de patrimoine par la poursuite d'un but⁷³. Le

(...suite)

Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique, thèse Paris, Paris, Arthur Rousseau, 1910, p. 239 et suiv.

68. H. GAZIN, précité à la note précédente, critique également le lien indissociable entre le patrimoine et la personnalité, p. 366 et s. Il remarque dans le chapitre premier du livre II de sa thèse qu'il existe en droit français des « patrimoines qui ne sont l'attribut ni d'une personne physique unique, ni d'une personnalité morale ».
69. R.A. MACDONALD, « Reconceiving the Symbols of Property : Universalities, Interests and Other Heresies », (1994) *Mc Gill L.J.* 767 et s.
70. Voir en ce sens D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, thèse, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 5 : « Si l'adhésion a été sérieuse quant au caractère d'universalité, elle ne l'a été qu'à contrecœur pour l'attachement à la personne. »
71. *Ibid.*, p. 3.
72. *Zweckvermögen* en allemand (Patrimoine affecté). Pour une présentation très développée de la genèse de cette théorie, on pourra se reporter à Fl. BELLVIER, *Le patrimoine génétique humain : Étude juridique*, thèse Paris I, 1997, notamment aux paragraphes 325 et s. Également, B. FROMION-HEBRARD, *Essai sur le patrimoine en droit privé*, thèse Paris II, 1998, notamment aux paragraphes 48 et s.
73. « Un patrimoine se soutenant, pour ainsi dire, par ses seules forces ou, du moins, par l'affectation unique qui en cimente les éléments » : J. CARBONNIER, *Droit civil I, Introduction, Les personnes*, 14^e édition, Paris, P.U.F., 1982, p. 401. Sur l'unification de la notion de patrimoine par le but, on pourra se reporter à D. HIEZ, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, thèse, Paris, L.G.D.J., 2003, p. 22. Dans sa thèse, D. Hiez en arrive à la conclusion que la notion de patrimoine ne « correspond à aucune réalité juridique observable et ne remplit aucune des fonctions théoriques que, directement ou indirectement, la doctrine entend lui faire assumer dans notre droit » (Unification du divers et lien entre l'être et l'avoir). Il ajoute que « dans une perspective non subjectiviste, la seule notion susceptible de rendre compte, dans le droit des biens, des réalités collectives, est l'universalité de biens » (p. 52).

patrimoine est alors dépersonnalisé, le nouveau pôle d'attraction étant celui de l'affectation. Rejetant l'idée de faire de la fiducie une personne morale⁷⁴, c'est cette théorie du patrimoine d'affectation qui a été suivie par le Québec pour la fiducie⁷⁵, envisagée à l'article 1260 du *Code civil du Québec* comme « l'acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer »⁷⁶.

III. Caractéristiques du patrimoine d'affectation sans titulaire

Suivant la définition du *Code civil du Québec*, plusieurs caractéristiques de la fiducie peuvent être distinguées.

18.- Le patrimoine d'affectation nécessite une reconnaissance légale. – La première caractéristique du patrimoine d'affectation est qu'il ne peut exister que dans la mesure où il a été spécialement prévu par la loi, l'article 2 alinéa 2 du *Code civil du Québec* disposant à cet égard que « [Le patrimoine] peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure

74. Comme le note M. Cantin Cumyn, la solution de la personnalité morale a été étudiée mais abandonnée, la pratique redoutant une assimilation de la fiducie à la « corporation » ou à la « compagnie ». L'intérêt du *trust* anglo-américain résulte précisément du fait qu'il n'ait pas la personnalité morale : M. CANTIN CUMYN, « La fiducie en droit québécois, dans une perspective nord-américaine » dans *Le Trust et la Fiducie Implications pratiques, Colloque U.C.L.-K.U.L. 9 février 1996*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 75-76.

Dans le même ordre d'idée, M. Cantin Cumyn affirme qu'il est « inconcevable pour un juriste de common law d'associer le *trust* à la personnalité morale, parce que le *trust* paraîtrait alors faire double emploi avec la corporation » : M. CANTIN CUMYN, « La fiducie face au *trust* dans les rapports d'affaires », dans *La fiducie face au *trust* dans les rapports d'affaires*, M. Cantin Cumyn (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 28.

75. Selon l'Office de révision du Code civil, l'adhésion à cette conception du patrimoine d'affectation présentait un triple avantage : « En premier lieu, cela évitait d'adopter la notion de propriété fiduciaire de la common law comme système fondamental de la fiducie québécoise. En second lieu, la fiducie pouvait exister sans qu'il soit nécessaire de la constituer en personne morale. En dernier lieu, la nouvelle fiducie pouvait rejoindre, sans véritablement la dénaturer, la notion du patrimoine en droit civil » : J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e édition, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2005, p. 13.

76. C'est nous qui soulignons. On remarquera que cette disposition ne définit pas véritablement la fiducie en elle-même mais décrit plutôt son fonctionnement interne. Il est remarquable de noter qu'en disposant que la fiducie est « un acte », cette définition écarte la possibilité du *constructive trust* ou du *resulting trust* de la common law.

prévue par la loi ». Dans le droit actuel québécois, seule la fiducie, dans les limites des affectations strictement prévues par la loi, a été érigée au rang de patrimoine d'affectation⁷⁷.

19.- Sujet de droit sans être une personne. – Une des caractéristiques les plus remarquables de la fiducie est de constituer un sujet de droit d'un nouveau genre⁷⁸, prenant place à côté des personnes physiques et des personnes morales. Comme le suggère M. Cantin Cumyn, la fiducie est propriétaire, créancier ou débiteur de ce qui est dans le patrimoine fiduciaire⁷⁹. Ceci emporte la conséquence essentielle que n'étant pas une personne, il n'est pas concevable qu'elle puisse être titulaire de droits extrapatrimoniaux⁸⁰.

20.- Nul n'a de droit réel sur les biens de la fiducie. – La conception québécoise de la fiducie n'a pas cherché à reproduire la technique du *trust* de la common law mais a créé pour elle un régime spécifique. Dès lors, une autre de ses caractéristiques majeures est révélée par l'article 1261 qui dispose clairement que « le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'eux n'a de droit réel ». Cette conception de la fiducie amène à revisiter les catégories traditionnelles de la pensée civiliste en opposant radicalement l'exercice d'un droit⁸¹ et l'exercice d'un pouvoir. En effet, le fiduciaire

77. Voir en ce sens l'analyse développée par M. CANTIN CUMYN, « L'acte constitutif d'une fiducie », *Mélanges Jean Pineau*, B. Moore (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 652.

78. Sur ce point, il existe une controverse, J. Beaulne affirmant que « la personnalité n'est pas nécessaire pour expliquer ce patrimoine, puisqu'il existe par lui-même, sans nécessité de support, c'est à dire sans sujet de droit » : J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e édition, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2005, p. 35.

79. M. CANTIN CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », *Mélanges Ernest Caparros*, J. Beaulne (dir.), Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2002, p. 129-143, par. 15.

80. Ces droits extrapatrimoniaux sont souvent désignés sous le vocable de « droits de la personnalité ».

M. Cantin Cumyn voit également comme conséquence de ce statut de sujet de droit non personnifié l'impossibilité pour une fiducie d'exercer une charge, ainsi que la possibilité pour une fiducie de devenir insolvable et de tomber en faillite. Voir en ce sens, M. CANTIN-CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », *Mélanges Ernest Caparros*, J. Beaulne (dir.), Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2002, p. 129-143, par. 16.

81. Selon M. Cantin Cumyn, le droit subjectif est « une prérogative juridique qui confère à son titulaire un avantage dans son intérêt propre », tandis que le pouvoir est « une prérogative juridique conférée à une personne dans l'intérêt (à suivre...)

est un administrateur du bien d'autrui⁸² doté de pouvoirs propres sur les biens placés dans la fiducie, ayant l'obligation d'agir⁸³ dans l'intérêt du bénéficiaire, dans le respect de la convention de fiducie⁸⁴, sans pour autant être titulaire de ces biens⁸⁵. Les biens de la fiducie ne sont pas des biens sans maître. Ils sont placés sous les pouvoirs d'administration exclusifs du fiduciaire⁸⁶. À cet égard, le Professeur Cantin Cumyn affirme que le concept de pouvoir juridique trouve son « équivalent fonctionnel »⁸⁷ dans le *legal title* dont le *trustee* est investi dans le *trust* de droit anglais.

IV. Le reflet de l'ancien fondement de la fiducie québécoise dans la conception française de la fiducie

21.- La notion de propriété fiduciaire : le fondement ancien de la fiducie québécoise. – Comme nous l'avons vu, le Québec a abandonné à la faveur du nouveau Code civil⁸⁸ la notion de pro-

(...suite)

d'autrui » : M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 76.

82. Pour des développements complets sur le régime particulier de l'administration du bien d'autrui : M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2000.
83. En effet, le fiduciaire a l'obligation de faire usage des pouvoirs qui lui sont conférés : « À la différence du droit subjectif, qui n'implique pas une obligation de s'en prévaloir, le pouvoir exclut l'abstention dès lors que l'intérêt d'autrui ou la poursuite de la finalité exige qu'une action soit entreprise. » M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 81.
84. Voir en ce sens les articles 1308 alinéa 1^{er}, 1309 alinéa 2 et 1310 du *Code civil du Québec*.
85. Pour des doutes relatifs à cette théorie, on pourra se reporter à R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *Mélanges Philippe Malaurie*, Paris, Défrénois, 2005, p. 21 : « Dans l'état actuel du droit des biens, cette propriété sans maître, asservie à ses seules finalités, n'existe pas plus qu'elle n'est revendiquée. Ce qui dissuade de se demander plus avant si l'on peut admettre que nul ne soit propriétaire des biens transmis : dans la lignée de l'article 544, il importe qu'il y ait un propriétaire, et, ce qui revient au même, que ce soit une personne. »
86. « Le patrimoine « classique » est une question de droits dans les biens ; le patrimoine « moderne », une question de pouvoirs sur les biens » : J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e édition, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2005, p. 44.
87. M. CANTIN CUMYN, « La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires », dans *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, M. Cantin Cumyn (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 29.
88. L'Office de révision du Code civil avait pour objectif de « faire du nouveau Code civil le reflet des réalités sociales, morales et économiques de la société québécoise d'aujourd'hui » : Office de révision du *Code civil du Québec*, Rapport sur le *Code civil du Québec*, volume I, Montréal, Éditeur officiel du Québec, 1978, p. XXVI.

priété fiduciaire, principalement parce que n'existaient pas dans le droit québécois les recours de l'*equity* du système de common law⁸⁹. Pourtant, la notion, outre son caractère historique, présente un intérêt tout particulier pour notre étude, cette conception ayant été seule retenue par les défenseurs français de la fiducie. On mesurera donc mieux les différences existant désormais entre les deux conceptions.

22.- Définition. – Dans cette conception, la fiducie peut être définie comme « l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire acquiert d'une autre, le fiduciaire, un droit patrimonial, mais sous des obligations qui en limitent l'exercice et parmi lesquelles figure généralement celle de transférer ce droit, à terme, soit au fiduciaire lui-même, soit à un tiers bénéficiaire »⁹⁰.

23.- Contenu de la propriété fiduciaire. – La propriété fiduciaire se distingue de la propriété ordinaire de deux points de vue. En premier lieu, la propriété fiduciaire ne constitue pas une richesse. Elle n'est donc pas une source de crédit. Le propriétaire fiduciaire ne détient pas pour son compte : il ne peut ni aliéner à son profit, ni s'approprier des revenus, ni profiter des plus ou moins-values. En second lieu, la propriété fiduciaire ne confère au fiduciaire que les droits⁹¹ qui lui ont été cédés par le fiduciaire aux termes de la convention établissant la fiducie. Les droits refusés au fiduciaire sont également perdus par le fiduciaire⁹².

89. M. CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 4. Selon J. Beaulne, les règles du *Code civil du Bas-Canada* souffraient d'une quadruple faiblesse : « les problèmes relatifs à l'administration de la fiducie (dont la nomination et le remplacement du fiduciaire) ; l'absence de définition de la fiducie ; la nature exacte des droits des bénéficiaires ; le problème fondamental lié à la propriété des biens fiduciaires : J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e édition, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2005, p. 5.

90. Cf. M. GRIMALDI, « Réflexion sur l'institution et sur l'avant projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* (1991), article 35094, para. 1 (nous soulignons).

Pour de larges développements sur la notion de propriété fiduciaire, on pourra se reporter à M. GRIMALDI, F. BARRIÈRE, « La fiducie en droit français » dans *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, M. Cantin Cumyn (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 246 et s., notamment le paragraphe « Propriété ordinaire et propriété fiduciaire ».

91. On emploie ici le terme de « droit », plutôt que celui de « pouvoir », pour les raisons indiquées à la note n° 88.

92. « Le transfert fiduciaire entraîne une déperdition de prérogatives : celles que n'acquiert pas le fiduciaire, le fiduciaire le conserve pas » : M. GRIMALDI et F. BARRIÈRE, « La fiducie en droit français » dans *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, M. Cantin Cumyn (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 247.

(à suivre...)

24.- Caractères de la propriété fiduciaire. – La propriété fiduciaire se distingue également de la propriété ordinaire de deux points de vue. En premier lieu, la propriété fiduciaire est par essence temporaire, tandis que la propriété classique n'est pas enfermée dans des limites de temps. En second lieu, la propriété fiduciaire ne confère pas d'exclusivité sur une richesse, ni sur des pouvoirs pléniers. Elle ne confère d'exclusivité que sur les pouvoirs détenus par le fiduciaire. C'est donc une exclusivité limitée. En effet, il s'agit d'une « *propriété à prérogatives variables* »⁹³, les droits du fiduciaire étant définis conventionnellement aux termes du contrat de fiducie.

Dans la conception française de la fiducie, s'appuyant sur cette théorie de la propriété fiduciaire (conception retenue par la loi du 19 février 2007 consacrant la fiducie-gestion et la fiducie-sureté), le bénéficiaire de la fiducie est titulaire d'un droit personnel contre le fiduciaire, étant « le créancier des obligations dont le fiduciaire est débiteur »⁹⁴.

25.- Précision. – Comme nous venons de le voir, le terme de patrimoine d'affectation recouvre en France et au Québec deux réalités fort différentes. Dans la conception québécoise, il s'agit d'un véritable patrimoine autonome sans titulaire, alors que dans la conception française, il s'agit d'un patrimoine indépendant mais rattaché au patrimoine du fiduciaire, sur lequel ce dernier dispose d'un véritable droit⁹⁵. Dans la suite de la présentation, on emploiera

(...suite)

C'est là une différence majeure avec le mandat où le mandant continue de garder en tout temps l'ensemble des prérogatives conférées au mandataire.

93. M. GRIMALDI, « Réflexion sur l'institution et sur l'avant projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* (1991), article 35094, par. 15.

94. M. GRIMALDI et F. BARRIÈRE, « La fiducie en droit français » dans *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, M. Cantin Cumyn (dir.), Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 263. Les auteurs précisent que le projet de loi de 1992 protège cette créance d'une triple manière : par la création du patrimoine d'affectation en premier lieu ; par l'exclusion des biens fiduciaires de la succession du fiduciaire en deuxième lieu ; par l'ouverture au bénéficiaire du droit de revendiquer les biens fiduciaires entre les mains des tiers acquéreurs de mauvaise foi.

95. Dans la conception française développée dans les différents projets ou propositions de loi, le fiduciaire est toujours propriétaire fiduciaire des biens transférés, titulaire de droits réels limités. La proposition de loi déposée par le sénateur Marini prend soin de préciser que cette propriété fiduciaire n'entraîne pas « création d'un nouveau droit réel », portant atteinte au principe du *numerus clausus* des droits réels en droit civil. Voir en ce sens : Proposition de loi instituant la fiducie, déposée par le Sénateur P. Marini, en date du 8 février 2005, disponible sur Internet <www.senat.fr>, exposé des motifs, p. 6.

le terme de patrimoine d'affectation pour désigner la réalité québécoise, tandis qu'on utilisera la terminologie de « patrimoine divisé » pour décrire la conception française⁹⁶.

Ainsi cernées, les principales caractéristiques de la fiducie québécoise permettent à l'institution fiduciaire de prospérer, tant dans la vie des affaires que dans les transmissions de patrimoine familial. Pour autant, le système juridique québécois ne connaît plus, depuis 1774, le mécanisme d'ordre public en France de la réserve héréditaire, ce qui rend son utilisation plus aisée. C'est sur cette institution qu'il faut désormais se pencher.

SECTION II. LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

26.- Plan. – La réserve est une institution qui irrigue tout le droit successoral français⁹⁷. Un auteur a pu dire à son sujet que « dans le droit positif français, l'existence d'une réserve héréditaire est le noyau central autour duquel toute la réglementation de la transmission patrimoniale s'ordonne »⁹⁸. Longtemps définie par opposition à la quotité disponible⁹⁹, la réserve héréditaire vient de trouver une consécration législative par la loi du 23 juin 2006¹⁰⁰. Elle est définie dans un nouvel article 912 comme « la part des biens

96. Malgré le principe de l'unicité du patrimoine posé par les articles 2092 et 2093 du Code civil français, le législateur a introduit dans le droit français quelques brèches, le législateur ayant consacré l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL) par la loi du 11 juillet 1985, qui se cache derrière l'écran de la personnalité morale. Il a également permis à l'entrepreneur individuel de rendre insaisissable sa résidence principale (Article 8 de la Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique).

97. Voir en ce sens la thèse fondatrice de E. VALLIER, « Le fondement du droit successoral en droit français », thèse Paris, 1902.

98. M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse Paris II, 1979, p. 16.

99. Dans les anciens articles 913 et 915, la réserve était définie comme la part ne constituant pas la quotité disponible. Dans un nouvel article 912 alinéa 2, la quotité disponible est définie comme « la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités ».

100. Pour des commentaires de cette réforme législative, N. LEVILLAIN, « Loi du 23 juin 2006 : principales nouveautés relatives aux successions », *JCP N* (30 juin 2006) 446 et *JCP N* (7 juillet 2006) 462 ; voir également J.-F. SAGAUT, « Présentation de la loi réformant le droit français des libéralités et des successions », XVII Congrès de l'Académie Internationale de Droit comparé, Utrecht, Juillet 2006, en ligne <<http://www.uu.nl/uupublish/homerechtsgeleer/nieuwsagenda/juniwereldcongre/42103main.html>>
Pour l'inspiration de cette réforme législative, on pourra lire les travaux de l'Offre de loi. J. CARBONNIER, P. CATALA, J. DE SAINT AFFRIQUE et G. MORIN, *Des libéralités Une offre de loi*, Paris, L.G.D.J., 2003.

et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent ».

Pour comprendre les enjeux contemporains de la réserve, on se propose d'étudier dans un premier temps ses origines (I), avant d'évoquer brièvement le débat de l'opportunité d'une telle institution (II). On terminera cette partie par les évolutions qui ont marqué la réserve, depuis le Code Napoléon jusqu'à la récente loi du 23 juin 2006 (III).

I. Les origines de la réserve héréditaire

Les origines de la réserve héréditaire sont anciennes, trouvant une partie de ses racines dans la légitime du droit romain. Elle a ensuite été adaptée différemment dans les pays de droit écrit et les pays de coutume, pour être finalement synthétisée dans le Code Napoléon¹⁰¹.

27.- La légitime du droit romain. – Dans l'ancien droit romain, il était de règle d'organiser la dévolution de ses biens au moyen d'un testament, la succession *ab intestat* constituant l'exception à cette règle. Si, au départ, la liberté de disposer entre vifs ou à cause de mort était totale¹⁰², il apparut à l'époque classique que le Tribunal des centumvirs, qui tranchait les questions relatives à l'hérédité, limita cette liberté en invalidant le testament de celui qui décédait sans laisser à certains de ses proches une quantité jugée suffisante de biens : la *debita portio*. Le Tribunal voyait dans cette attitude une atteinte à l'*officium pietatis* et permettait alors que le testament soit attaqué par le biais de la *querela inofficiosi testamenti*. Seuls les descendants, les ascendants et, dans certains cas, les frères et sœurs consanguins étaient habilités à exercer cette action qui pouvait s'ouvrir dès lors que le *de cuius* n'avait pas laissé à son héritier au moins le quart de ses biens. Plus tard, cette quotité fut augmentée par Justinien qui la porta au tiers des biens en deçà de quatre enfants et à la moitié si le nombre d'enfants était supérieur à quatre. Cependant, l'annulation intégrale du testament apparut comme une sanction parfois trop rigoureuse, si bien qu'une distinc-

101. Pour une histoire complète de la réserve héréditaire, on pourra utilement se reporter à G. BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et politique*, Paris, Dalloz, 1873.

102. Cette totale liberté était la conséquence logique du droit de propriété absolu du *pater familias*.

tion fut opérée. Si l'héritier avait reçu des biens représentant moins que le montant de sa légitime, il bénéficiait d'une action en complément de légitime, la *conditio ex lege*, tandis que s'il n'avait rien reçu, la *querela* trouvait à s'exercer. Dans cette conception, la légitime du droit romain apparaît comme le prolongement du devoir de secours entre proches parents.

28.- La légitime des pays de droit écrit. – Les règles de la légitime romaine régirent le droit des libéralités dans la Gaule gallo-romaine et subsistèrent dans les pays de droit écrit. Dans ces régions, l'action en nullité du testament se perpétua, aux côtés de l'action en complément de légitime. La légitime était alors analysée par les juristes de l'époque comme un droit de créance contre la succession *pars honorum*, à laquelle le légitimaire avait droit en sa qualité de proche parent, même s'il renonçait à la succession.

29.- La réserve coutumière. – La réserve coutumière est une institution ancienne dont les origines précises sont largement méconnues¹⁰³. Certains auteurs la rattachent au concept de copropriété familiale qui régnait dans les pays de coutume¹⁰⁴. Dans un premier temps, comme dans les pays de droit écrit, la liberté testamentaire régnait, encouragée en cela par l'Église qui était la principale bénéficiaire des libéralités. Puis, en réaction, un capitulaire de Louis le Débonnaire défendit aux ecclésiastiques d'être bénéficiaires de testaments considérables de ceux qui avaient des enfants, qui soient de nature à exhériter ces derniers¹⁰⁵. C'était la naissance du concept « d'aumône raisonnable » qui instituait de fait une réserve héréditaire et qui définissait par contrecoup la notion de quotité disponible.

Cependant, dans la grande majorité des coutumes, la réserve ne défendait les héritiers que contre les legs excessifs et non contre les donations entre vifs, la maxime « en santé, il peut tout donner ou

103. Voir en ce sens la remarquable thèse de J. De Laplanche, qui en retrace l'origine et l'évolution : J. De LAPLANCHE, *La réserve coutumière dans l'Ancien Droit français*, thèse Paris, Dalloz, 1925.

104. Voir en ce sens F. Chabas (dir.), *Leçons de Droit civil Les successions*, Tome IV, Paris, Montchrestien, 1999, p. 177 : « Les droits barbares ignorent le testament : en vertu des règles de la copropriété familiale le chef de famille n'est que le dépositaire des biens dont il assure la gestion dans l'intérêt de tous ; il n'en a la disposition ni entre vifs, ni à cause de mort. »

105. Voir en ce sens I. KONDYLI, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grecs comparés*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 24.

vendre » s'appliquant pleinement. À la différence de la légitime romaine, la réserve apparaissait non comme une créance mais comme une institution successorale. La réserve est *pars hereditatis* et non pas *pars bonorum*.

30.- Le droit révolutionnaire. – Les révolutionnaires étaient très marqués par la pensée de Rousseau et de Montesquieu qui estimaient tous deux que la propriété meurt avec l'homme¹⁰⁶. Craignant le despotisme du père envers ses enfants, ils condamnèrent la trop grande liberté testamentaire, de nature à perpétuer l'inégalité entre les héritiers en renforçant le droit d'aînesse¹⁰⁷ et le privilège de masculinité. Au contraire, ils prônaient une stricte égalité entre héritiers, la quotité disponible devant nécessairement échoir à un étranger¹⁰⁸.

31.- L'œuvre du Code civil. – Le Code Napoléon de 1804 se veut un compromis entre les institutions de l'Ancien Régime de la légitime et de la réserve coutumière d'une part et les conceptions révolutionnaires d'autre part. Il consacre le principe de l'égalité relative entre les héritiers en permettant au *de cuius* de faire des libéralités portant sur la quotité disponible à l'un de ses héritiers¹⁰⁹. La réserve consacrée par le Code civil s'inspire de la légitime dans la mesure où elle n'est dévolue qu'aux proches parents (descendants et ascendants), qu'elle porte sur l'ensemble des biens de la succession et non pas seulement sur les biens propres et qu'elle protège aussi bien contre les donations entre vifs que contre les testaments. En revanche, la réserve du Code civil s'inspire de la réserve coutumière dans la mesure où elle n'est dévolue qu'aux héritiers légaux

106. Voir en ce sens F. Chabas (dir.), *Leçons de Droit civil Les successions*, Tome IV, Paris, Montchrestien, 1999, p. 178.

107. Montesquieu écrit à ce propos : « L'injuste droit d'aînesse, si défavorable à la propagation, en ce qu'il porte l'attention d'un père sur un seul de ses enfants et détourne ses yeux de tous les autres, en ce qu'il l'oblige, pour rendre solide la fortune d'un seul, de s'opposer à l'établissement de plusieurs ». MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Paris, Flammarion, 1995, lettre 125.

108. Sur la philosophie des révolutionnaires, on pourra se reporter à B. VAREILLE, *Volonté rapport et réduction*, thèse Limoges, Limoges, PUF, 1988, p. 14.

109. Voir en ce sens la synthèse proposée par A. Seriaux : « Moyen d'assurer un équilibre entre les prérogatives individuelles du *de cuius*, libre de disposer à son gré de son patrimoine, et la nécessité d'un maintien de l'intégrité du patrimoine successoral à l'encontre de libéralités qui l'appauvriraient de manière excessive, telle apparaît l'institution de la réserve héréditaire » : A. SÉRIAUX, *Manuel de droit des successions et des libéralités*, Paris, PUF, 2003, p. 142.

qui, pour en profiter, doivent accepter la succession¹¹⁰ : elle est *pars hereditatis*¹¹¹.

Le Code civil ne consacre donc pas le principe d'une égalité absolue entre les enfants mais d'une égalité relative, le doyen Voirin soulignant pourtant que la quotité disponible peut « permettre aux parents de corriger ou d'atténuer, dans le plan patrimonial, l'effet des inégalités naturelles ou accidentelles entre leurs enfants »¹¹².

II. Le débat de l'opportunité de la réserve héréditaire

Le principe même de la réserve héréditaire a toujours suscité de vifs débats dont on ne peut ici retracer l'importance. On se limitera à recenser les arguments principaux qui militent en faveur ou en défaveur de l'institution.

32.- Les arguments militant en faveur de la réserve. – En premier lieu, la réserve est un puissant instrument au service de la conservation des biens dans la famille, permettant au surplus le maintien de liens familiaux par l'enchevêtrement des intérêts patrimoniaux¹¹³. En deuxième lieu, elle est l'expression de la solidarité des générations anciennes à l'endroit des plus jeunes, à côté des obligations strictement alimentaires. En troisième lieu, elle est un instrument d'une égalité minimale entre les héritiers, permettant la pacification des rapports entre héritiers.

33.- Les arguments militant en défaveur de la réserve. – La réserve a été vivement critiquée dans le passé par des écoles de pen-

110. Voir en ce sens F. Chabas (dir.), *Leçons de Droit civil, Les successions*, Tome IV, Paris, Montchrestien, 1999, p. 179.

111. La Cour de cassation affirme d'ailleurs à ce propos que « attendu que de l'article 913 du Code Napoléon, qui détermine la portion des biens que les père et mère peuvent donner, soit à leurs enfants hors part, soit à des étrangers, il résulte que la réserve n'est pas autre chose que la succession elle-même, diminuée de cette portion, s'il en a été disposé ; que les enfants n'ont, dès lors, droit à cette réserve et ne la recueillent qu'à titre d'héritiers, et qu'aucune disposition du code ne sépare la qualité de réservataire de celle d'héritier » C. Cass, Ch. Réunies, 27. nov. 1863, arrêt *Lavialle* : S. 1863, 1, 513, rapport Faustin-Helie, concl. Proc. Gén. Dupin ; DP 1864, 1, 5, note Brésillon ; G.A., n° 262 (nous soulignons).

112. Doyen VOIRIN, *La famille et l'héritage*, cité par F. Chabas (dir.), *Leçons de Droit civil Les successions*, Tome IV, Paris, Montchrestien, 1999, p. 184.

113. M. GRIMALDI, *Successions*, 6^e éd., Litec, Paris, 2001, p. 280.

sées radicalement différentes¹¹⁴. Les tensions à son égard se sont aujourd'hui quelque peu apaisées¹¹⁵. La première série de critiques est d'inspiration individualiste, voyant dans la réserve un empiètement inacceptable sur l'autonomie de la volonté personnelle des individus¹¹⁶. La deuxième série, d'une tout autre nature, provient des théoriciens socialistes qui voient dans l'héritage en général et la réserve en particulier « le dernier anneau de la chaîne des privilèges », suivant la célèbre expression de Saint-Simon. Pour ces théoriciens, la communauté doit supprimer le droit de succession et d'héritage en fournissant à tous les citoyens le nécessaire à une vie confortable¹¹⁷. En dernier lieu, la réserve a été critiquée comme constituant une entrave à la transmission de la petite et moyenne entreprise, exploitée sous la forme individuelle ou sous la forme sociale, entraînant soit un morcellement de celle-ci, soit un dispersement nuisible du capital social¹¹⁸. C'est précisément en réaction à cette critique que le législateur est intervenu pour définir le mécanisme de l'attribution préférentielle¹¹⁹. Il dispose d'ailleurs que dans le cadre du partage successoral, « on s'efforce d'éviter de diviser les

-
114. Pour de larges développements sur ces questions, on pourra se reporter à I. KONDYLI, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grecs comparés*, thèse, Paris, L.G.D.J., 1997, à partir de la p. 26.
115. À l'époque contemporaine, la principale critique de la réserve vient de cette idée que la société française offre une sécurité aux individus relativement élevée (sécurité sociale, assurance chômage...) si bien que la réserve ne serait plus nécessaire. Les partisans de la réserve répondent qu'il y a en réalité complémentarité entre les solidarités sociales et les solidarités familiales. Pour un approfondissement de ce débat, on pourra se reporter à I. KONDYLI, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grecs comparés*, Thèse, Paris, L.G.D.J., 1997, p. 43-45.
116. C'est cet argument qui est à la base du rejet par le droit anglais d'une telle institution.
117. Pourtant, dans nombre de pays socialistes, la réserve héréditaire a été maintenue et même renforcée par rapport aux pays civilistes occidentaux. Voir en ce sens, M. FRIDRIEFF, « Les héritiers dans le droit soviétique actuel (dispositions législatives et jurisprudence) », *Rev. Int. Dr. Comp.* (1955).
118. Voir en ce sens les critiques formulées par l'école dite de la « réforme sociale » de Frédéric Le Play qui critique non seulement la réserve en ce qu'elle participe de l'effondrement du respect de l'autorité paternelle, mais également en ce qu'elle morcelle les héritages. F. LE PLAY, *La réforme sociale en France déduite de l'observation comparée des peuplades européennes*, 7^e éd., Paris, 1887. Sur cette doctrine de la réforme sociale, voir aussi B. VAREILLE, *Volonté rapport et réduction*, Thèse Limoges, Limoges, PUF, 1988, p. 16-17.
119. Voir en ce sens le régime de l'attribution préférentielle, maintes fois révisé, défini aux articles 832 et s. La loi du 10 juillet 1982, suivie de la loi du 5 janvier 1988 a porté le respect de la structure économique à un degré très élevé en permettant à un ascendant de réaliser une donation-partage en y incluant d'autres ayants droit que ses enfants.

unités économiques et autres ensembles de biens dont le fractionnement entraînerait la dépréciation »¹²⁰.

III. Les évolutions de la réserve héréditaire depuis le Code Napoléon

Depuis le Code Napoléon, la réserve est restée *pars hereditatis* sans que cette caractéristique subisse de modification majeure¹²¹. En revanche, sur bon nombre d'autres points, la réserve du Code Napoléon a été profondément bouleversée par les réformes successives. C'est cette évolution qu'il nous faut à présent aborder.

1. Le caractère d'ordre public de la réserve

34.- Dans le Code Napoléon. – L'efficacité de l'institution de la réserve héréditaire dans le Code Napoléon est assurée par des dispositions d'ordre public intangibles. Le Code prohibe les conventions portant sur la réserve et crée le mécanisme impératif de la réduction des libéralités excessives. Cette action neutralise en les réduisant les libéralités excessives, pour garantir aux héritiers réservataires l'intégrité de leur réserve.

35.- Évolution. – Si le principe du caractère d'ordre public de la réserve est demeuré jusqu'à nos jours et si l'action en réduction demeure la gardienne de l'institution, la loi du 23 juin 2006 lui apporte de profonds assouplissements. En effet, elle permet d'une part aux héritiers réservataires de renoncer à l'action en réduction avant l'ouverture de la succession de leur auteur en autorisant sur ce point un pacte sur succession future¹²². D'autre part, comme le souligne l'exposé des motifs, la loi permet aux héritiers et à celui dont ils ont vocation à hériter de s'accorder sur les conditions de la transmission des biens « et si nécessaire de déroger à certaines règles impératives de la réserve héréditaire »¹²³.

2. Les bénéficiaires de la réserve

Dans le Code Napoléon, les héritiers réservataires sont seulement les parents en ligne directe, soit les ascendants et descendants

120. Art. 830.

121. Cette conception n'a pas été modifiée par la loi du 23 juin 2006.

122. Voir en ce sens le régime de la nouvelle renonciation anticipée à l'action en réduction, définie aux articles 929 et s.

123. Voir sur ce point l'exposé des motifs de la loi, disponible sur Internet <www.legifrance.fr>.

légitimes. Les collatéraux¹²⁴ et le conjoint ont dès le départ été exclus¹²⁵.

36.- Les enfants. – Avec le temps, la jurisprudence a souvent devancé la loi pour admettre au rang de réservataire les enfants naturels¹²⁶, les enfants adoptifs¹²⁷ et les enfants adultérins¹²⁸. Parachevant la réforme du 3 janvier 1972 qui consacrait l'égalité des filiations légitime et naturelle, la loi du 3 décembre 2001 assure désormais l'égalité parfaite entre tous les enfants. Dans l'état actuel des choses, la réserve au profit des descendants s'établit comme suit : elle est de la moitié des biens successoraux du *de cuius* en présence d'un seul descendant ; elle est des deux tiers de ces biens en présence de deux descendants ; elle est des trois quarts en présence de trois descendants ou plus¹²⁹.

37.- Les ascendants. – Relativement aux ascendants, ils ont toujours été, depuis le Code Napoléon, des héritiers réservataires,

124. La loi du 17 nivôse an II avait institué une réserve au profit des collatéraux, d'un montant de cinq sixièmes en l'absence de descendants. Cette loi fut rapidement abrogée par la loi du 4 germinal an VIII et la réserve au profit des collatéraux ne fut pas conservée dans le *Code Napoléon*.

125. Le Droit romain accordait sous certaines conditions le bénéfice de la *querela* aux frères et sœurs, tandis que le droit coutumier faisait profiter de la réserve l'ensemble des collatéraux. Lors de la rédaction du *Code Napoléon*, il a été proposé qu'une réserve soit accordée aux frères et sœurs, en l'absence de descendants, mais cette idée a été rejetée sur la demande du Tribunat, le lien de parenté n'ayant pas semblé assez fort. Voir en ce sens G. RIPERT, *Traité élémentaire de Droit civil de Marcel Planiol*, Volume 3, Paris, LGDJ, 1947, p. 588.

126. L'article 756 du Code Napoléon prévoyait que « Les enfants naturels ne sont point héritiers ». La Cour de cassation a cependant reconnu dans un arrêt en date du 28 juin 1809 une réserve au bénéfice de l'enfant naturel. Il a pourtant fallu attendre la loi du 25 mars 1896 pour que l'enfant naturel reconnu se voie octroyer le bénéfice d'une part réservataire.

127. Le *Code Napoléon* a complètement réorganisé l'adoption plénière, tombée en désuétude sous l'Ancien Régime. L'enfant adopté bénéficiait en principe des mêmes droits que les enfants légitimes mais était privé de tout droit dans les successions des ascendants de son auteur. La loi du 11 juillet 1966 a réalisé l'égalité parfaite entre l'enfant adopté pleinement et l'enfant légitime.

128. L'enfant adultérin en concours avec des enfants légitimes a très longtemps été exclu du bénéfice de la réserve héréditaire, avant que la loi du 3 juillet 1971 ne lui accorde le bénéfice de droits réduits. Il a fallu la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans un célèbre arrêt *Mazurek* (CEDH, *Mazurek*, 1^{er} fev. 2000, en ligne <<http://www.echr.coe.int/echr>>) pour que la loi du 3 décembre 2001 établisse une égalité parfaite entre toutes les catégories d'enfants. L'ordonnance du 4 juillet 2005, relative à la filiation, supprime à ce propos la distinction enfant légitime / enfant naturel. Cette ordonnance est disponible sur Internet <www.legifrance.fr>.

129. Art. 913 du Code civil.

en l'absence de descendants. Cependant, la récente loi du 23 juin 2006 vient de leur retirer cette qualité¹³⁰ en abrogeant les dispositions de l'article 914¹³¹.

38.- Le conjoint survivant. – À l'inverse des ascendants, le conjoint survivant a toujours été exclu de la qualité d'héritier réservataire, mais la loi du 3 décembre 2001 lui a conféré cette qualité en l'absence de descendants, de père et mère du *de cujus*¹³². Dans ce cas, la réserve porte sur le quart des biens successoraux.

3. Le caractère collectif de la réserve

39.- Dans le Code Napoléon et la jurisprudence subséquente. – Le Code Napoléon n'avait pas clairement posé les termes du débat relatif au caractère collectif de la réserve. C'est en fait la jurisprudence qui s'est prononcée sur le caractère collectif de celle-ci, en affirmant que la renonciation d'un héritier réservataire accroissait la part de ses cohéritiers¹³³. Dans cette conception, il existe une réserve globale qui se divise en autant d'héritiers réservataires acceptants.

40.- Évolution. – La nouvelle définition de la réserve de l'article 912 du Code civil fait disparaître cette conception de la réserve globale au profit du concept de réserve individuelle, affirmant que le calcul du taux de la réserve doit être fait en fonction du seul nombre des héritiers réservataires acceptants : désormais, la renonciation d'un réservataire n'accroît plus la part de ses cohéritiers.

4. La composition de la réserve : en nature ou en valeur ?

41.- La réserve en nature du Code Napoléon. – Dans le Code Napoléon, les biens qui composent la réserve doivent être les mêmes biens que ceux du *de cujus*. Autrement dit, la réserve est exclusive-

130. Sous l'empire de la législation précédente, les ascendants bénéficiaient d'une réserve souvent égale au quart des biens, dans chaque branche. La nouvelle loi conserve cependant les droits successoraux *ab intestat* des ascendants et leur attribue le bénéfice d'un nouveau droit de retour sur les biens donnés à leur enfant prédécédé sans postérité (article 738-1 nouveau).

131. Art. 12 de la loi. Pour des développements sur cette suppression de la réserve des ascendants, on pourra se rapporter à N. LEVILLAIN, « Loi du 23 juin 2006 : principales nouveautés relatives aux successions », *JCP N* (30 juin 2006), p. 446.

132. Voir en ce sens l'article 914-1.

133. Cass. Civ. 1^{re} 9 nov. 1959, *D.* 1959, p. 613, ainsi que la note de R. SAVATIER, *Sem. Jur.* 1960, II, n^o 11584.

ment en nature¹³⁴. Dans la conception des rédacteurs du Code civil, il doit en être ainsi parce le réservataire recueille les biens en qualité d'héritier, comme propriétaire des biens dont le défunt n'a pu disposer à titre gratuit, et non en qualité de créancier d'un droit de secours et d'assistance.

42.- Évolution. – Si le principe de la réserve en nature est resté, il a souffert peu à peu de multiples exceptions. Le décret/loi du 17 juin 1938 a substitué l'égalité en valeur à l'égalité en nature afin d'éviter le morcellement des exploitations agricoles, soit par le maintien judiciaire dans l'indivision, soit par le mécanisme de l'attribution préférentielle à l'un des héritiers. Cette réforme a ensuite été remaniée en 1961¹³⁵ et 1962¹³⁶ par deux lois qui ont étendu aux entreprises commerciales, industrielles et artisanales la technique de l'attribution préférentielle. Finalement, c'est la loi du 3 juillet 1971 qui a élargi le champ de l'exception en rendant la réduction en valeur le principe à l'égard des gratifiés successibles acceptant la succession¹³⁷. Désormais, la loi du 23 juin 2006 a inversé le principe et l'exception, rendant la réduction en valeur le principe pour tous les types de libéralités et la réduction en nature l'exception¹³⁸. On est donc passé d'une réserve en nature à une

134. Comme le précise F.-C. Jeantet, le droit à la réserve en nature « ne signifie pas droit au bien donné par le *de cuius*, mais droit d'obtenir le bien qui se serait trouvé, à son décès dans son patrimoine, s'il n'avait été indûment donné ou légué ». Voir en ce sens, F.-C. JEANTET, *Le droit à la réserve en nature*, thèse Paris, Dalloz, 1939, p. 2. On pourra se reporter à cette thèse extrêmement détaillée, notamment sur le plan historique, pour mieux saisir les enjeux de la réserve en nature.

135. Loi du 19 décembre 1961.

136. Loi du 4 août 1962.

137. Voir en ce sens les articles 864 à 868, tels qu'issus de leur rédaction par la loi du 3 juillet 1971. Pour un commentaire de cette évolution, voir B. VAREILLE, *Volonté rapport et réduction*, thèse Limoges, Limoges, P.U.F., 1988, p. 17, spécialement la note 29.

138. Art. 924 : « Lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité, quel que soit cet excédent. Le paiement de l'indemnité par l'héritier réservataire se fait en moins prenant et en priorité par voie d'imputation sur ses droits dans la réserve. »

Art. 924-1 : « Le gratifié peut exécuter la réduction en nature, par dérogation à l'article 924, lorsque le bien donné ou légué lui appartient encore et qu'il est libre de toute charge dont il n'aurait pas déjà été grevé à la date de la libéralité, ainsi que de toute occupation dont il n'aurait pas déjà fait l'objet à cette même date.

Cette faculté s'éteint s'il n'exprime pas son choix pour cette modalité de réduction dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle un héritier réservataire l'a mis en demeure de prendre parti. »

réserve en valeur¹³⁹, ce qui est d'une importance capitale pour notre étude dans la mesure où est supprimée une des difficultés de l'introduction de la fiducie en droit français.

5. La réserve et les charges qui la grèvent

Classiquement, on envisagera le principe, avant ses tempéraments.

43.- Principe. – Le principe est que la réserve, outre le fait qu'elle empêche l'exhérédation des héritiers réservataires, interdit également de grever de charges la part réservataire¹⁴⁰. La jurisprudence est sur ce point constante, la Cour de cassation affirmant en 1968 que « la réserve doit parvenir à son titulaire exempt de toute charge limitant la liberté d'en disposer »¹⁴¹, cette même juridiction écartant en 1977 la clause « ayant pour effet de priver l'héritier réservataire du droit de jouir et de disposer des biens compris dans sa réserve »¹⁴². Elle énonce enfin clairement en 1991 que l'héritier réservataire a le droit de recevoir sa réserve en toute propriété, motif pris qu'« aucune disposition testamentaire ne peut modifier les droits que les héritiers réservataires tiennent de la loi ». Dès lors, la Cour de cassation juge réductible un legs en usufruit qui « avait pour effet de priver l'héritier réservataire du droit de jouir et de disposer des biens compris dans sa réserve »¹⁴³. D'ailleurs, la loi du 23 juin 2006 tire les conséquences de cette jurisprudence dans la définition même de la réserve, envisagée comme « la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges, à certains héritiers dits réservataires »¹⁴⁴.

44.- Tempérament. – Si le principe aux termes duquel la réserve doit parvenir libre de toute charge à son titulaire a été récem-

139. Le Code civil allemand ou le Code civil suisse (ancien article 528) ont dès le départ opté pour la réserve en valeur.

140. Dans la conception origininaire de la réserve, le droit à la réserve en nature a pour conséquence la disparition des charges que le tiers bénéficiaire a pu établir sur les biens soumis à réduction (article 929, modifié par la loi du 3 juillet 1971). Dès lors, le but de l'action en réduction est double : réduire les libéralités qui empiètent sur la réserve et faire tomber les charges qui grèvent la réserve.

141. Cass. Civ. 1^{re} 17 déc. 1968, *Defrénois* (1969) art. n° 29290 (note A. Breton).

142. Cass. Civ. 1^{re} 22 fév. 1977, Bull. Civ. I, n° 100.

143. Cass. Civ. 1^{re} 19 mars 1991, Bull. Civ. I, n° 99 ; *Rev. Trim. Dr. Civ.* (1992), 162 (obs. J. Patarin) ; *D.* (1992), somm. Comm. 229 (obs. B. Vareille) ; *JCP G* (1992), II, 21840 (note Ph. Salvage) ; *Defrénois* (1992), art. n° 35408 (note G. Champenois).

144. Nouvelle rédaction de l'article 912 du Code civil. C'est nous qui soulignons.

ment sacralisé par le Code civil, il n'est pourtant pas certain qu'il ne puisse pas lui être apporté de tempérament. Il semble que l'on puisse envisager deux limites importantes.

La première est celle que le praticien rencontre fréquemment, lorsqu'à l'occasion de la succession de l'un de leurs parents, les enfants reçoivent leur réserve en nue-propiété, sous l'usufruit légal ou conventionnel du conjoint survivant. De fait, leur réserve est grevée d'un usufruit qui ne s'éteindra qu'au décès du survivant de leurs parents.

La seconde limite que l'on peut noter est celle qui résulte de l'exposé des motifs de la nouvelle loi et de certaines de ses dispositions. En effet, l'exposé des motifs de la loi précise d'une part clairement que les pactes successoraux permettent de « s'accorder sur les conditions de transmission des biens, et, si nécessaire, de déroger à certaines règles de la réserve héréditaire ». D'autre part, le nouveau régime des substitutions fidéicommissaires¹⁴⁵ prévoit qu'avec l'accord du donataire, héritier réservataire, il est possible de grever la réserve de la charge qu'engendre une telle libéralité.

C'est à l'aune de ces exceptions que l'on envisagera dans la partie qui suit que la fiducie puisse non seulement porter sur la quotité disponible, mais également sur la réserve héréditaire des descendants.

SECTION III. PROPOSITION DE SOLUTIONS PRATIQUES

45.- Plan. – La coexistence pratique de la fiducie québécoise dans le droit français au regard du problème de la réserve héréditaire peut se concevoir de deux manières radicalement différentes : soit en contournant la difficulté (I), soit en l'affrontant (II).

I. Les solutions qui contournent la difficulté

46.- Les diverses possibilités. – Les solutions qui permettent l'intégration de la fiducie et qui, en réalité, contournent la difficulté

145. Avant la loi du 23 juin 2006, les substitutions fidéicommissaires étaient enfermées dans la quotité disponible et n'étaient permises qu'au profit des enfants du grevé. Le grevé de substitution ne pouvait quant à lui n'être que le descendant direct du donateur, ou son collatéral privilégié (frère ou sœur). Le régime résultait des deux dispositions des articles 1048 et 1049. Le nouveau régime des substitutions fidéicommissaires est défini de l'article 1048 à 1056.

sont au nombre de trois. On les évoquera brièvement. Il s'agit soit de considérer que le patrimoine fiduciaire est hors succession (1), soit de considérer qu'il est hors succession mais dans le respect de certaines limites ayant trait à la fortune du fiduciaire (2), soit enfin de considérer pouvoir liquider deux successions distinctes à deux moments différents : la succession classique au décès du fiduciaire, puis, au dénouement de la fiducie, la succession fiduciaire (3).

1. *Considérer que le patrimoine fiduciaire est hors succession*

47.- Première solution. – La première solution qui peut être envisagée est celle qui consiste à tenir l'ensemble du patrimoine fiduciaire hors de la succession, en l'excluant complètement du champ d'application des mécanismes du rapport et de la réduction des libéralités¹⁴⁶. Ainsi, dès le transfert de propriété du fiduciaire à la fiducie, le patrimoine disparaît à jamais du patrimoine du fiduciaire, ne pouvant plus donner lieu à une quelconque réunion fictive des libéralités. Lors du règlement de la succession du fiduciaire, seuls les biens existants, diminués du passif successoral et augmentés de la réunion fictive des libéralités¹⁴⁷ entreront en ligne de compte pour le calcul du montant de la réserve individuelle. Cette solution a le mérite de la simplicité mais apparaît comme un moyen détourné de faire effondrer de l'intérieur le mécanisme de la réserve. On l'exclura donc.

2. *Considérer que le patrimoine fiduciaire est régi par un régime particulier, pouvant ressembler à celui de l'assurance-vie*

48.- Deuxième possibilité. – En France, l'assurance-vie est un terme générique qui désigne des contrats de natures très différentes¹⁴⁸. Juridiquement, l'assurance sur la vie est un contrat par lequel l'assureur s'engage pendant une période déterminée, en con-

146. Voir en ce sens la proposition de F.-C. Jeantet : « ces réflexions orientent la pensée vers un rapprochement plus grand de la fiducie avec le trust véritable dont l'organisation est bien plus flexible. La conclusion pourrait même en être de soustraire complètement la masse fiduciaire à la réserve » : F.-C. JEANTET, « Réserve héréditaire et « fiducie » », *Mélanges André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 80.

147. On entend ici le terme « libéralité » au sens classique du terme, ne tenant pas compte de la fiducie.

148. En pratique, les contrats commercialisés sous l'appellation « assurance-vie » sont le plus souvent souscrits, sans limitation de durée, en vue de la constitution d'une épargne de longue durée. La principale caractéristique de ces (à suivre...)

trepartie du versement de primes, à verser au souscripteur ou à un bénéficiaire désigné un capital dont le versement dépend de la survenance d'un risque : la survie de l'assuré au terme du contrat, en cas de garantie en cas de vie ; son décès, en cas de garantie en cas de décès.

Leur mécanisme est simple : le souscripteur verse des primes qui sont affectées à la constitution d'un capital et, à la sortie, il choisit entre le remboursement du capital de son vivant ou le versement à son décès d'un capital ou d'un revenu périodique sous forme de rente viagère à un bénéficiaire.

Le Code des assurances pose à l'égard de ce type de contrats le principe aux termes duquel « le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré »¹⁴⁹ et dispose que « le capital ou la rente payables au décès du contractant à un bénéficiaire déterminé ne sont soumis ni aux règles du rapport à succession, ni à celles de la réduction pour atteinte à la réserve héréditaire des héritiers du contractant. Ces règles ne s'appliquent pas non plus aux sommes versées par le contractant à titre de primes, à moins que celles-ci n'aient été manifestement exagérées eu égard à ses facultés »¹⁵⁰.

(...suite)

contrats est qu'ils comportent une valeur de rachat, c'est-à-dire qu'il est toujours possible de récupérer les capitaux accumulés avant le dénouement du contrat.

149. Art. L 132-12 du Code des assurances.

150. Art. L 132-13 du Code des assurances. (C'est nous qui soulignons).

Cette affirmation laisse par exemple entrevoir la possibilité pour des parents d'avantager un de leurs enfants, en désignant l'un d'eux comme bénéficiaire exclusif de tels contrats. La question a été très débattue en doctrine et a donné lieu à des arrêts de jurisprudence multiples et controversés. En effet, la Cour de cassation dans deux arrêts de principe de sa Première Chambre civile en date des 18 juillet 2000 et 29 janvier 2002 a qualifié les contrats d'assurance vie en cause de contrats de « capitalisation » et avait considéré que l'article L 132-12 du Code des assurances ne s'appliquait pas aux contrats d'assurance vie présentant ce caractère de capitalisation. Elle semblait réserver son application aux « véritables » contrats d'assurance vie, fondés sur l'aléa de la durée de la vie humaine. Dans ces hypothèses, les contrats en cause avaient dû être rapportés à la succession lors du décès du souscripteur. C'était sans compter sur quatre arrêts de la Cour de cassation, réunie en chambre mixte, rendus le 23 novembre 2004. Dans chacun de ces arrêts, la Cour de cassation affirme dans un attendu laconique que « le contrat d'assurance vie dont les effets dépendant de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L.310-1,1 et R.321-1,20 du Code des assurances et (à suivre...)

Dans le cas de la fiducie, on peut concevoir un système se rapprochant de celui-ci, considérant comme dans l'hypothèse précédente que le patrimoine fiduciaire est hors succession, ne pouvant ainsi être appréhendé par les mécanismes du rapport et de la réduction des libéralités, sous le tempérament cependant que le montant du patrimoine fiduciaire ne puisse être « manifestement exagéré » eu égard aux facultés du fiduciaire. La difficulté serait alors de définir des critères permettant de cerner le « manifestement exagéré », ce que la jurisprudence ne semble pas encore avoir fait pour l'assurance-vie¹⁵¹. On exclura donc également cette voie.

3. *Imaginer liquider deux successions à deux moments différents*

49.- Troisième possibilité. – Une troisième possibilité semble également pouvoir se dégager, plus sur le plan théorique que sur le plan pratique d'ailleurs. Elle consisterait à liquider deux successions à deux moments différents : la succession classique au moment du décès du fiduciaire, puis la succession fiduciaire, selon les dispositions du contrat de fiducie, au moment de la transmission des biens de la fiducie au bénéficiaire. Lors de l'ouverture de la succession du fiduciaire, la succession, composée de tous les biens du défunt, compte non tenu de ceux placés dans la fiducie, est liquidée. La réserve de chaque héritier est classiquement calculée. Puis, lorsque la transmission des biens de la fiducie au bénéficiaire a lieu, une seconde succession s'ouvre pour tenir compte de cette transmission et recalculer la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible, pour déduire le montant de la réserve individuelle de chaque héritier réservataire. Outre qu'elle heurte frontalement le principe essentiel de l'unité de la succession, cette méthode pose en outre de sérieuses difficultés liquidatives tant au niveau de la date de l'évaluation des biens que de recalculs mettant en péril les intérêts de tous les héritiers. Pour ces raisons, on la rejettera également.

(suite...)

constitue un contrat d'assurance sur la vie », sous réserve que le montant des primes versé ne présente pas de caractère excessif eu égard aux facultés du souscripteur, conformément à l'article L 132-13 du Code des assurances. Ces arrêts semblent clore la controverse jurisprudentielle et doctrinale et laissent entrevoir d'inévitables dérapages dans la pratique, certaines personnes pouvant trouver ici un moyen idéal de contourner les règles de la réserve héréditaire, pourtant d'ordre public.

151. Pour davantage de développements sur la confrontation de l'assurance-vie et du droit des successions, on pourra se reporter à M. GRIMALDI, « L'assurance vie et le droit des successions », *Défrenois* (2001), art. n° 37376.

Ces solutions ayant été écartées, reste à acclimater la dévolution successorale française à la réalité de l'institution fiduciaire québécoise.

II. Proposition d'une solution qui affronte la difficulté

50.- Précision. – Pour la clarté des développements qui suivent, on ne raisonnera que sur des cas simples, afin de construire le modèle de référence. La complexité peut ensuite être greffée à l'envi sur ce modèle de référence¹⁵². On ne raisonnera donc que sur une fiducie dont le bénéficiaire est unique¹⁵³ (réservataire ou non selon les cas), sans qu'intervienne un démembrement de propriété. On envisagera alors les difficultés d'ordre théorique (A), avant de traiter des difficultés liquidatives (B).

A. Les difficultés théoriques

51.- Plan. – On traitera ici des principales difficultés théoriques, avant d'envisager plus loin les difficultés liquidatives. On traitera en premier lieu des difficultés d'ordre général (1), puis des difficultés ayant trait au mécanisme de la réduction des libéralités, au stade de la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve (2), avant d'envisager en dernier lieu les difficultés ayant trait au rapport des libéralités, au stade du partage de la succession du fiduciaire (3). Cependant, certaines difficultés, quoique théoriques, seront abordées dans la seconde partie, ne révélant leurs enjeux qu'au stade de la liquidation.

152. C'est la raison pour laquelle on n'évoquera pas ici le cas de la donation-partage. Compte tenu de son régime spécifique, elle ne présente pas de particularités supplémentaires eu égard à la fiducie, sauf peut être celle qui consiste à considérer qu'un enfant alloti par le biais d'une fiducie a bien été alloti (allotissement en réalité différé). En effet, il est essentiel de considérer que le descendant alloti au moyen d'une fiducie a bien été alloti, ce qui permet alors de déployer les règles spécifiques de l'article 1078 du Code civil, ayant trait au fait que les libéralités reçues dans le cadre d'une donation-partage dans laquelle toutes les souches de descendants ont été alloties ne sont pas rapportables. Elles sont simplement réductibles. Pour une analyse complète des règles de la donation-partage, on pourra se reporter à M. GRIMALDI, *Successions*, 6^e éd., Litec, Paris, 2001, p. 665 (rapport) et 754 (réduction).

153. On exclura donc l'enchevêtrement d'ordres différents de bénéficiaires, cet enchevêtrement étant concevable sur le plan théorique mais se heurtant sur le plan pratique à de très importantes difficultés de calcul des indemnités de rapport et de réduction.

1. Les difficultés d'ordre général

a. Le problème de la possible indétermination du bénéficiaire

52.- L'indétermination du bénéficiaire. – L'article 1267 du *Code civil du Québec* pose le principe aux termes duquel « la fiducie personnelle est constituée à titre gratuit, dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être ». Cette formulation laisse apparaître la possibilité pour le bénéficiaire de n'être point nommément déterminé lors du décès du fiduciaire¹⁵⁴. Elle est problématique en droit français.

En effet, tout le schéma successoral français se cristallise au décès qui est à la fois la date à laquelle sont fixées les qualités héréditaires¹⁵⁵ et la date à laquelle est calculé le montant de la réserve héréditaire¹⁵⁶. Dans ces conditions, dans la perspective de l'intégration de la fiducie dans le droit successoral français, il n'est pas envisageable que le bénéficiaire de la fiducie puisse ne pas être nommément identifié au moment du décès. Toute la dévolution et la liquidation de la succession dépendent de l'identité de ce bénéficiaire, et de sa qualité. On restreindra donc le champ d'application de la fiducie québécoise, en limitant la détermination du bénéficiaire au plus tard au jour du décès du fiduciaire¹⁵⁷.

b. Difficultés liées à la nature de la transmission fiduciaire

53.- La transmission du fiduciaire à la fiducie : une libéralité ? – L'article 1262 du *Code civil du Québec* dispose que « la fiducie est établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi. Elle peut aussi, lorsque la loi l'autorise, être établie par jugement ». Ici, seule la transmission à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort retiendra notre attention. Dans le système québécois, l'acte constitutif de la fiducie est soit la donation,

154. Voir également en ce sens l'article 1272 du *Code civil du Québec*.

155. Les qualités héréditaires sont fixées dans l'acte de notoriété, qui intervient postérieurement au décès, mais qui fixe les qualités héréditaires au jour du décès. Le régime de l'acte de notoriété, à l'origine exclusivement le fait de la pratique notariale, a été codifié par la loi du 3 décembre 2001 des articles 730-1 à 730-5.

156. Voir les développements ci-après, notamment les paragraphes relatifs à la réduction à partir du paragraphe n° 56.

157. On pourrait proposer en conséquence une version plus restrictive de l'article 1267 : « la fiducie personnelle est constituée à titre gratuit, dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être au plus tard au jour du décès du constituant ».

soit le testament. D'ailleurs, l'acte constitutif de fiducie est assujéti aux conditions de fond et de forme des libéralités¹⁵⁸. Pourtant, au regard du droit français, cette transmission qualifiée d'à titre gratuit est problématique sur au moins deux points.

En premier lieu, elle pose la difficulté inédite de la transmission à titre gratuit d'un bien à un sujet de droit qui n'est pas une personne. En effet, la nouvelle rédaction de l'article 893 du Code civil pose que « le libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne »¹⁵⁹. Dans ces conditions, il faudrait que la définition française de la libéralité soit élargie, en permettant qu'une libéralité puisse être faite au profit de la fiducie.

En second lieu et de façon plus importante, la transmission à titre gratuit des biens de la fiducie au fiduciaire se révèle en l'état actuel du droit français impossible pour défaut d'intention libérale¹⁶⁰ du fiduciaire vis-à-vis de la fiducie. Or, l'intention libérale est une des conditions essentielles de validité des libéralités¹⁶¹.

En effet, en droit français, le caractère gratuit d'une transmission ne peut s'apprécier qu'entre celui qui se dépouille et celui qui reçoit. Or, dans le système de la fiducie, il n'y a aucune intention libérale du fiduciaire vis-à-vis de la fiducie mais seulement vis-à-vis du bénéficiaire. De même, lors de la transmission des biens par la fiducie au bénéficiaire, il n'existe aucune intention libérale de la fiducie en faveur du bénéficiaire. La transmission correspond simplement à l'exécution des prescriptions du contrat de fiducie. Dans ces conditions, sans que l'intention libérale dans son acception stricte puisse être caractérisée, c'est toute la qualification de libéralité qui se trouve fragilisée.

158. Voir en ce sens les articles 1812 à 1824 du *Code civil du Québec*.

159. C'est nous qui soulignons.

160. Pour une étude détaillée de l'intention libérale, on pourra se reporter à la thèse de J. Valloir qui consacre la deuxième partie de sa thèse à l'étude de l'élément psychologique qui caractérise l'intention libérale : J. VALLOIR, *Essai sur la notion d'acte à titre gratuit*, thèse Rennes, Rennes, Imprimerie Oberthur, 1919, p. 97 et s. Pour une claire distinction entre la notion d'intention libérale et celle d'obligation morale, voir J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, thèse Paris, Paris, LGDJ, 1955, p. 332 et s.

161. Voir en ce sens M. GRIMALDI, « L'intention libérale », Conférences Roger-Comtois n° 2, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 5 : « Pas de donation sans *animus donandi*, pas de testament sans *animus testandi* ».

La fiducie et la substitution fidéicommissaire présentent sur certains points des similarités. Peut-on rapprocher du point de vue de l'intention libérale ces deux institutions ?

54.- Différence de régime entre la fiducie et la substitution fidéicommissaire du point de vue de l'intention libérale. – La substitution fidéicommissaire se définit comme étant la clause d'une libéralité par laquelle « le disposant charge la personne gratifiée de conserver toute sa vie les biens qui lui ont été donnés ou légués, en vue de les transmettre à son décès, à une autre personne désignée par le disposant lui-même »¹⁶². Dans cette situation, le grevé de substitution, quoique grevé de la charge de conserver et de transmettre les biens objet de la substitution, est bien un donataire ou un légataire¹⁶³, le disposant lui ayant permis non seulement de jouir des biens mais également les cas échéants d'en percevoir les fruits dans son intérêt personnel¹⁶⁴, situation fort éloignée de ce point de vue de celle du fiduciaire qui ne peut profiter pour lui-même des biens placés dans la fiducie¹⁶⁵. Pour résoudre la difficulté, une alternative de raisonnement s'ouvre.

La première possibilité consiste à revisiter la notion même d'intention libérale en élargissant ses contours, en considérant avec le professeur Cantin Cumyn que l'intention libérale du fiduciaire « se concrétise dans la créance qui naît en faveur du bénéficiaire et dont la fiducie est débitrice ». Dans cette conception, « la créance naît à titre gratuit puisque le bénéficiaire ne fournit pas de contrepartie »¹⁶⁶.

162. M. GRIMALDI, *Successions*, 6^e éd., Litec, Paris, 2001, p. 363-364.

163. Le Code civil français utilise lui-même les termes de « donataire », de « légataire », de « premier gratifié » par opposition au « second gratifié » dans les anciens articles 1048 et 1049, et surtout dans le nouveau régime de la substitution fidéicommissaire, appelée dans la loi du 23 juin 2006 « libéralité graduelle », défini de l'article 1048 à 1056 du Code civil.

164. Le grevé profite également de la caducité de la substitution fidéicommissaire.

165. « La fiducie-libéralité se distingue fondamentalement de la substitution fidéicommissaire en ce que le fiduciaire, à la différence du grevé, n'est pas un gratifié mais un simple intermédiaire de transmission : si le fiduciaire lui transfère la propriété des biens, ce n'est point avec une intention libérale, mais afin qu'il les administre dans l'intérêt de celui qui en acquerra ensuite la propriété et qui est l'unique gratifié » : M. GRIMALDI, *Successions*, 6^e éd., Litec, Paris, 2001, p. 369.

166. Voir en ce sens l'analyse développée par M. CANTIN CUMYN, « L'acte constitutif d'une fiducie », *Mélanges Jean Pineau*, B. Moore (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 658-659.

Au surplus, on remarquera que dans la nouvelle rédaction de l'article 1051 du Code civil, relatif aux substitutions fidéicommissaires, il est précisé que « le
(à suivre...)

La seconde possibilité est de considérer que l'acte de fiducie à titre gratuit est un acte d'un genre nouveau, qui ne se confond ni sous les traits de la donation, ni sous ceux du testament et qu'il convient de créer des dispositions spécifiques pour lui faire prendre place, aux côtés des libéralités traditionnelles, dans le Code civil¹⁶⁷.

c. Une délivrance de fiducie à élaborer

55.- Délivrance de fiducie. – Compte tenu de sa nature de sujet de droit non personnifiée, on a déjà vu qu'en l'état actuel du droit français, la fiducie québécoise ne peut être un héritier¹⁶⁸. Elle ne peut donc en aucune manière bénéficier de la saisine¹⁶⁹. Dans le cas d'une constitution de fiducie par legs, se pose alors le problème de la délivrance du legs entre les mains de la fiducie.

Même fait au bénéfice d'un sujet de droit non personnifié, le legs constitutif d'une fiducie peut être rapproché du legs à titre particulier. En effet, par définition, la fiducie ne peut porter que sur des biens déterminés¹⁷⁰ et non conférer une vocation universelle ou à titre universel. Dès lors, deux solutions peuvent être envisagées.

La première consiste à élargir le champ d'application de la délivrance des legs à titre particulier pour appliquer à la fiducie le même

(...suite)

second gratifié est réputé tenir ses droits de l'auteur de la libéralité ». Par analogie, on pourrait considérer que le bénéficiaire de la fiducie est réputé tenir ses droits directement du fiduciaire, ce qui élargirait de fait la notion d'intention libérale et éliminerait la difficulté.

167. Voir en ce sens E. C. BRIERLEY, « The Gratuitous Trust ; a New Liberality dans Quebec Law », *Mélanges Paul-André Crépeau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1997, 119-153. Pour une critique de cette conception qui craint la marginalisation de la fiducie, on pourra se reporter à M. CANTIN CUMYNN, « L'acte constitutif d'une fiducie », *Mélanges Jean Pineau*, B. Moore (dir.), Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 659, note 28.

168. Voir le paragraphe n° 53. Pour éviter cette difficulté, le *Code civil du Québec* prévoit spécialement à l'article 618 alinéa 2 que « Le fiduciaire peut recevoir le legs destiné à la fiducie ou celui qui sert à la poursuite du but de la fiducie ».

169. La saisine est souvent définie comme la police de l'hérédité. Elle n'appartient qu'aux héritiers et au légataire universel en l'absence d'héritiers réservataires. Le professeur Grimaldi affirme qu'« il s'agit de maintenir à l'écart de l'hérédité, jusqu'à plus informé, les ayants droits dont le titre appelle une vérification ». M. GRIMALDI, *Successions*, 6^e éd., Litec, Paris, 2001, p. 411. Pour une étude très complète de la saisine, on pourra se reporter à H. VIALLETON, « La place de la saisine dans le système dévolutif français », *Mélanges Paul Roubier*, Dalloz, Paris, 1961.

170. Voir en ce sens l'article 1260 du *Code civil du Québec*.

régime. Dans cette hypothèse, la fiducie devrait, par l'intermédiaire du fiduciaire¹⁷¹, demander la délivrance de son legs à l'héritier saisi, qui est tenu d'exécuter les legs à titre particulier. Il peut s'agir de l'héritier, réservataire ou non, du légataire universel, saisi ou ayant obtenu la délivrance de son legs, du légataire à titre universel ou encore d'un autre légataire particulier ayant obtenu la délivrance¹⁷².

La seconde possibilité serait d'envisager pour la question de la délivrance du legs portant création de la fiducie non la situation de la fiducie par rapport à l'hérédité mais celle du bénéficiaire¹⁷³. Si celui-ci était héritier, elle bénéficierait en ses lieu et place de la saisine ; dans le cas contraire, elle devrait accomplir les formalités de la délivrance de legs. La difficulté pourrait advenir en cas de pluralité de bénéficiaires dont les qualités héréditaires seraient différentes. Pour cette raison, on préférera la première solution.

Sous le bénéfice des précisions ci-dessus et par souci de simplification, on conservera les termes de donation et de legs, notions désormais largement entendues.

2. *Difficultés posées par la fiducie eu égard à la réduction des libéralités*

56.- Les spécificités de la réduction en présence de la fiducie. – Il s'agit ici de développer les difficultés posées par la fiducie au stade du décès du fiduciaire, pour proposer les aménagements qui conviennent. On ne reprendra pas le schéma liquidatif dans son entier, se limitant à envisager les spécificités qu'engendre l'intégration de la fiducie.

a. Masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve

57.- Difficultés variables. – Selon que la fiducie est à cause de mort ou entre vifs, les biens de la fiducie sont comptés parmi les

171. Par hypothèse, le fiduciaire aura accepté sa mission.

172. Pour de plus larges développements sur ces questions de la saisine, de l'envoi en possession et de la délivrance des legs, on pourra se reporter à M. GORÉ, *Droit patrimonial de la famille*, M. Grimaldi (dir.), Paris, Dalloz, 2001/2002, p. 441 à 450.

173. On a posé par hypothèse que la fiducie doit être faite à une personne déterminée ou qui peut l'être au plus tard au jour du décès du fiduciaire. En effet, cette proposition de solution ne pourrait recevoir application si le bénéficiaire n'était pas nommément identifié au plus tard le jour du décès du fiduciaire.

biens existants (comme des biens légués) ou font l'objet de la réunion fictive des libéralités (régime des biens donnés). Au stade de la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve, la fiducie à cause de mort ne pose pas de difficulté particulière, ce qui n'est pas le cas de la fiducie entre vifs.

58.- La fiducie et la réunion fictive des donations. – La réunion fictive des libéralités est définie par l'article 922 alinéa 2 du Code civil. Elle a pour but de réintégrer dans la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve l'intégralité des donations qui ont pu être faites, pour calculer le montant précis de la quotité disponible et de la réserve, permettant ainsi de mettre en mouvement l'éventuelle réduction.

En présence de la fiducie, la réunion fictive des libéralités, outre le fait qu'elle pose la question d'un éventuel passif fiduciaire, est soumise à des difficultés inédites qui sont différentes suivant que les biens de la fiducie ont été ou non transmis au bénéficiaire avant le décès du fiduciaire.

59.- La question préalable du passif fiduciaire. – Dans le cas d'une fiducie entre vifs, celle-ci a par hypothèse déjà fonctionné du vivant du fiduciaire. Même si la fiducie ne peut être constituée que par une masse active de biens¹⁷⁴, il a pu naître un passif au sein de la fiducie¹⁷⁵ qui influe le montant de la réunion fictive. Conformément aux principes liquidatifs classiques¹⁷⁶, seul l'actif net de la fiducie fera l'objet de la réunion fictive. Cette déduction du passif fiduciaire doit être soigneusement distinguée de celle du passif successoral. Ce dernier porte uniquement sur les dettes laissées par le *de cuius* à son décès. Il est déduit des biens existants de la succession, avant toute réunion fictive.

174. En effet, la fiducie-libéralité naît en toute hypothèse d'une libéralité, qui ne peut se concevoir que d'un émoulement net positif. Voir en ce sens Cass. Com. 30 mai 1989, Bull. civ. IV, n° 173 : « une donation constitue une libéralité pour le tout lorsque la charge stipulée par le donateur a une valeur inférieure à la valeur du bien transmis ».

175. On peut en premier lieu songer à la rémunération du fiduciaire. Pour cette question de la rémunération de l'activité du fiduciaire, on pourra se reporter à J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e édition, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2005, par. 345, 352, 353 et 403.

176. Le passif fiduciaire peut être rapproché d'une charge qui pèse sur la donation. Or, dans la donation avec charge, on ne tient compte que de l'émoulement net. Voir en ce sens Cass. Civ. 1^{re} 24 nov. 1987, Bull. civ. I, n° 312, D. (1988), 260 (note Morin).

Reste maintenant à aborder les difficultés ayant trait à la réunion fictive des libéralités.

60.- Si les biens en fiducie ont été transmis au bénéficiaire à la date du décès du fiduciaire. – Dans cette hypothèse, on peut concevoir sans trop de bouleversements des principes que le bénéficiaire réunisse fictivement à la masse de calcul de la quotité disponible et de la réserve le montant des biens qui lui ont été transmis par la fiducie avant le décès du fiduciaire, pour la valeur de ceux-ci à la date du décès du fiduciaire et dans l'état dans lequel ces biens lui ont été transmis par la fiducie¹⁷⁷.

61.- Si les biens en fiducie n'ont pas encore été transmis au bénéficiaire à la date du décès du fiduciaire. – Dans cette hypothèse, la difficulté est plus sérieuse. En effet, le mécanisme de la réunion fictive des libéralités¹⁷⁸ interdit en l'état d'envisager une réunion fictive faite par la fiducie elle-même et non par le gratifié d'une libéralité. L'intégration de la fiducie québécoise dans le droit français supposerait donc l'élargissement du concept de réunion fictive, en obligeant la fiducie, simple sujet de droit, à réunir fictivement à la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible les biens qu'elle a vocation à transmettre au bénéficiaire, pour la valeur de ceux-ci à la date du décès du fiduciaire et dans l'état dans lequel ces biens ont été transmis par le fiduciaire à la fiducie¹⁷⁹.

b. La difficulté de la date d'imputation de la fiducie

Il s'agit là d'un problème qui pose en réalité une série de difficultés.

62.- Date d'imputation. – En premier lieu, le mécanisme de la réduction fait qu'une libéralité doit s'imputer à une date précise qui détermine son rang de réduction. Mais, une libéralité est réductible à un rang qui est fonction de deux critères. D'une part la date à laquelle le gratifié de la libéralité reçoit les biens. D'autre part la date de l'irrévocabilité de la libéralité. Ainsi, dès qu'elle devient irrévocable à l'égard du gratifié, la libéralité doit n'être réduite qu'après les libéralités ultérieures.

177. Ce point précis va faire l'objet de développements pratiques au paragraphe n° 74.

178. Il s'agit en réalité de la réunion fictive des donations, les legs étant comptabilisés dans les biens existants.

179. Ce point précis va faire l'objet de développements pratiques au paragraphe n° 74.

De ce point de vue, la fiducie québécoise évacue le problème de l'irrévocabilité de la libéralité, l'article 1265 du *Code civil du Québec* disposant que « l'acceptation de la fiducie [par le fiduciaire¹⁸⁰] dessaisit le constituant des biens, charge le fiduciaire de veiller à leur affectation et à l'administration du patrimoine fiduciaire et suffit pour rendre certain le droit du bénéficiaire ». C'est une spécificité majeure de la fiducie québécoise, qui la différencie du *trust* révocable de la common law, au cœur du célèbre arrêt *Zieseniss* de la Cour de cassation¹⁸¹.

63.- L'arrêt *Zieseniss*. – Dans cette affaire, la question se posait de savoir à quelle date devait être imputé un *trust* révocable. La Cour de cassation, ayant qualifié le *trust* de donation indirecte¹⁸², relève le fait que le *trust*, parce que révocable, ne réalise cette donation indirecte au profit du bénéficiaire qu'au jour du décès, le dessaisissement intégral du *settlor* ne s'étant pleinement produit qu'à cette date¹⁸³. Elle en déduit que le *trust* révocable doit être imputé après les legs, mais avant toutes les donations antérieures, suivant en cela la méthode retenue en matière d'institution contractuelle¹⁸⁴. On le voit, le régime de l'imputation est complètement dépendant de la date à laquelle la libéralité devient irrévocable entre les mains du bénéficiaire.

La fiducie québécoise ayant pour spécificité d'être irrévocable, sauf intervention judiciaire¹⁸⁵, la date de l'irrévocabilité peut sans

180. En effet, l'article 1264 du *Code civil du Québec* prévoit que « La fiducie est constituée dès l'acceptation du fiduciaire ou, s'ils sont plusieurs, de l'un d'eux. Lorsque la fiducie est établie par testament, les effets de l'acceptation rétroagissent au jour du décès ».

181. Cass. Civ. 1^{re} 20 fév. 1996, Bull. Civ. I, p. 62. Pour des commentaires de cette décision voir *Défrénois* (1997), a. n° 36457 (note Th. Vignal) ; *RTD Civ.* (1996), 454 (obs. J. Patarin) ; *JCP G* (1996) II, 22647 (note M. Behar-Touchais).

182. Pour une critique de cette qualification, voir l'article de Th. Vignal cité dans la note précédente. En effet, cette qualification « conduit à admettre, en droit français, une donation révocable ».

183. Dans le schéma du *trust* révocable, c'est en effet à cette date que les droits du bénéficiaire ne peuvent plus être remis en cause.

184. Pour un commentaire approfondi de la méthode retenue, on pourra se reporter à Y. LEQUETTE, « De l'ordre de réduction des libéralités réalisées au moyen d'un *trust* entre vifs (à propos d'un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de Cassation, le 20 février 1996) », *D.* (1996), Chr., p. 231.

Pour une analyse approfondie du régime d'imputation des institutions contractuelles entre époux par contrat de mariage ou au cours du mariage, voir M. GRIMALDI, *Successions*, 6^e éd., Litec, Paris, 2001, p. 729 et s.

185. Sur la possibilité de modification judiciaire de la fiducie, on se reportera aux articles 1294 et 1295 du *Code civil du Québec*. Pour plus de précisions sur le (à suivre...)

nul doute être fixée au jour de la transmission des biens par le fiduciaire à la fiducie. De plus, l'éventuelle question de la date d'acceptation de la fiducie par le bénéficiaire ne se pose pas, l'article 1285 du *Code civil du Québec* prévoyant que « le bénéficiaire d'une fiducie constituée à titre gratuit est présumé avoir accepté le droit qui lui est accordé ». Il reste alors à envisager le premier critère relatif à la date de transmission des biens au gratifié.

64.- Choix de la date d'imputation. – Dans cette perspective, il n'y a en réalité que deux dates possibles : celle de la transmission des biens du fiduciaire à la fiducie ou celle de la transmission des biens de la fiducie au bénéficiaire. Dans la mesure où la fiducie n'a pas toujours sorti ses effets au jour du décès du fiduciaire, la transmission des biens par la fiducie pouvant intervenir postérieurement au décès¹⁸⁶, et que la fiducie québécoise est irrévocable au jour de la transmission du fiduciaire à la fiducie, on retiendra pour les donations comme pour les legs la date de transmission des biens du fiduciaire à la fiducie, qui correspond nécessairement à une date antérieure au décès pour une donation et qui correspond en réalité à la date du décès pour un legs¹⁸⁷.

En effet, au cas de fiducie par legs, même si l'acceptation du fiduciaire, qui est nécessaire pour constituer la fiducie, est postérieure au décès, l'article 1264 du *Code civil du Québec* prévoit que « lorsque la fiducie est établie par testament, les effets de l'acceptation rétroagissent au jour du décès ». Grâce à cette rétroactivité, la date de transmission des biens du fiduciaire à la fiducie est donc toujours au plus tard la date du décès¹⁸⁸.

(...suite)

régime de la modification judiciaire, on pourra se reporter à J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e édition, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2005, à partir p. 347.

186. Cette transmission se fait nécessairement après le décès en cas de legs, sinon la fiducie n'aurait aucun intérêt.
187. On impute la fiducie dès le moment de son irrévocabilité à l'endroit du bénéficiaire, celui-ci étant présumé avoir accepté son bénéfice (art. 1285 C.c.Q.), même si les biens de la fiducie ne lui seront transmis que plus tard.
188. En cas de refus du fiduciaire, la fiducie ne peut être constituée et les biens destinés à la fiducie suivent alors le sort classique des biens successoraux, comptabilisés dans la catégorie des biens existants, sauf à ce qu'un recours soit exercé devant le tribunal sur le fondement de l'article 1277 du *Code civil du Québec*.

65.- Précision sur le choix de la date d'imputation retenue en cas de fiducie faite par donation. – Relativement à la date d'imputation de la fiducie faite par donation, cette proposition de solution ne distingue donc pas selon que les biens de la fiducie ont été ou non transmis au bénéficiaire du vivant du fiduciaire¹⁸⁹. Fondée sur le principe de l'irrévocabilité de la fiducie, la date d'imputation reste celle de la transmission des biens du fiduciaire à la fiducie.

c. Modalités de la réduction

66.- Réduction en valeur et réduction en nature. – Comme on l'a vu, le droit français est passé d'une réserve en nature à une réserve en valeur¹⁹⁰. Corrélativement, la réduction en valeur des libéralités en cas d'empiètement des droits des héritiers réservataires a largement remplacé la réduction en nature. La loi du 23 juin 2006 a fait de la réduction en valeur le principe, tandis qu'elle permet au gratifié « d'exécuter la réduction en nature [...] lorsque le bien donné ou légué lui appartient encore et qu'il est libre de toute charge dont il n'aurait pas été grevé à la date de la libéralité »¹⁹¹. On tirera les conclusions logiques de cette approche en retenant la même conception, en permettant cependant que s'exerce une réduction en nature, contrairement au projet de 1992 qui affirmait de manière laconique que « dans tous les cas, la réduction ne peut être qu'en valeur »¹⁹². En effet, comme on le verra, la réduction en nature peut s'avérer plus adaptée dans les cas où la fiducie porte sur des biens aisément divisibles.

3. Difficultés posées par la fiducie eu égard au rapport des libéralités

Il s'agit désormais de développer les difficultés posées par la fiducie non plus au stade du décès mais au stade du partage de la succession du fiduciaire, pour proposer les aménagements qui conviennent. S'agissant du mécanisme du rapport, on supposera

189. C'est là une différence majeure avec le projet de loi de 1992 qui prescrivait dans la rédaction proposée de l'article 1100-5 que la fiducie prenne rang à la date du transfert des biens en cas de transmission des biens du vivant du fiduciaire ou au contraire à son décès, dans les autres cas.

190. Voir les paragraphes n^{os} 41 et 42.

191. Nouvelle rédaction de l'article 924-1.

192. Projet de loi instituant la fiducie du 20 février 1992, proposant une rédaction de l'article 1100-6.

logiquement que le bénéficiaire est un héritier, réservataire ou non¹⁹³.

67.- La fiducie et le rapport des libéralités. – Le rapport des libéralités est défini par le professeur Grimaldi comme « une institution en vertu de laquelle un héritier doit rendre compte à la succession des libéralités qu'il a reçues du *de cuius* : il doit les rapporter à la masse successorale, qui, ainsi reconstituée, se partagera entre tous les héritiers à proportion de la vocation héréditaire de chacun »¹⁹⁴. En présence de la fiducie, le rapport est soumis à des difficultés inédites qui sont différentes suivant que les biens de la fiducie ont été ou non transmis au bénéficiaire avant le décès du fiduciaire.

68.- Si les biens en fiducie ont été transmis au bénéficiaire à la date du décès du fiduciaire. – Dans cette hypothèse, on peut concevoir sans trop de bouleversements des principes que le bénéficiaire, par hypothèse héritier, rapporte à la masse successorale le montant des biens qui lui ont été transmis par la fiducie avant le décès du fiduciaire, pour la valeur de ceux-ci à la date du décès du fiduciaire et dans l'état dans lequel ces biens lui ont été transmis par la fiducie¹⁹⁵.

69.- Si les biens en fiducie n'ont pas encore été transmis au bénéficiaire à la date du décès du fiduciaire. – Dans cette hypothèse, la difficulté est plus sérieuse. En effet, aux termes de l'article 857, « le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier »¹⁹⁶, ce qui empêche *a priori* tout rapport par la fiducie, celle-ci ne pouvant en aucune manière être considérée comme un héritier. L'intégration de la fiducie québécoise dans le droit français supposerait donc l'élargissement du concept du rapport, obligeant la fiducie, simple sujet de droit, à rapporter à la masse successorale les biens qu'elle a vocation à transmettre au bénéficiaire. Il s'agirait là d'une notion nouvelle, susceptible d'être qualifiée de « rapport successoral pour le compte de tiers ».

193. En effet, aux termes de l'article 857, « Le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier ; il n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession ».

194. M. GRIMALDI, *Successions*, 6^e éd., Litec, Paris, 2001, p. 643.

195. Ce point précis va faire l'objet de développements pratiques au paragraphe n° 74.

196. Cet article n'a pas été modifié par la loi du 23 juin 2006.

B. Proposition d'une méthode liquidative

70.- Méthodologie. – Dans cette partie, il ne s'agit pas de reconstruire une méthode liquidative mais plutôt de se concentrer sur les points de difficulté que peut engendrer la fiducie. On gardera donc la méthode liquidative générale en y ajoutant les spécificités engendrées par la fiducie, spécificités ayant essentiellement trait à la réduction et au rapport des libéralités.

71.- Difficulté liquidative préliminaire : la publicité de la fiducie. – Une des premières difficultés liquidatives rencontrées est celle de la publicité de la fiducie. En effet, la fiducie est souvent critiquée en France pour manquer de transparence, étant souvent réalisée sous le sceau du secret. Dans ces conditions, le notaire chargé de liquider la succession n'ayant pas toujours connaissance de son existence ne disposerait pas des éléments nécessaires pour liquider en bonne et due forme la succession.

Si le problème est certes exact, il n'est pas plus insurmontable que la multiplication dans la pratique française des donations indirectes, donations déguisées, dons manuels, assurance-vie qui échappent à la rigueur du formalisme de l'article 931 du Code civil qui dispose pourtant sur ce point que « tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité »¹⁹⁷. La liquidation de la succession sera toujours tributaire de ces éléments de fait¹⁹⁸. Pour éviter ce problème, on pourrait proposer que toute

197. Cet article n'a pas été modifié par la loi du 23 juin 2006. Il est à noter que le *Code civil du Québec*, dans son article 1824, assujettit la donation à la publicité : « La donation d'un bien meuble ou immeuble s'effectue, à peine de nullité absolue, par acte notarié en minute ; elle doit être publiée ».

198. On peut cependant s'appuyer sur les dispositions de l'article 730-5 qui prévoit les sanctions de recel successoral pour l'héritier de mauvaise foi qui sciemment se prévaut d'un acte de notoriété inexact pour dissiper les craintes de voir un héritier bénéficiaire d'une fiducie s'emparer de celle-ci, sans que les autres héritiers aient connaissance de celle-ci.

On peut également mettre en valeur le devoir de loyauté du fiduciaire vis à vis de l'hérité pour se rapprocher du notaire chargé de liquider la succession du fiduciaire. Voir en ce sens l'article 1308 du *Code civil du Québec* : « L'administrateur du bien d'autrui doit, dans l'exercice de ses fonctions, respecter les obligations que la loi et l'acte constitutif lui imposent ; il doit agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés ». Pour de plus larges développements, voir J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e édition, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2005, p. 271 et s.

constitution de fiducie entre vifs¹⁹⁹ entraîne l'obligation d'en faire mention auprès d'un fichier central²⁰⁰.

I. Spécificités de la liquidation en présence de la fiducie eu égard à la réduction

72.- Plan. – Dans le cadre de la nouvelle définition de la réserve héréditaire et de ses assouplissements résultant de la loi du 23 juin 2006, on envisagera le cas où la fiducie ne porte que sur la quotité disponible²⁰¹ (I), avant d'envisager celui où elle porte sur la réserve héréditaire (II).

1. Si fiducie ne porte que sur la quotité disponible

On distinguera classiquement suivant que la fiducie résulte d'un legs (A) ou d'une donation (B).

A. En cas de legs

73.- La fiducie constituée par legs. – Il s'agit en réalité du cas le plus simple.

a. Masse de calcul de la quotité disponible

Dans ce cas, les biens en fiducie sont comptabilisés dans les biens existants, le legs n'ayant pas encore trouvé exécution²⁰².

199. En effet, la fiducie constituée par legs est nécessairement connue du notaire chargé de liquider la succession du fiduciaire, étant précisément contenue dans le testament du *de cuius*.

200. Dans cette perspective, on remarquera que l'article 1263 du *Code civil du Québec*, relatif aux seules fiducies établies à titre onéreux, prévoit que « La fiducie établie par contrat à titre onéreux peut avoir pour objet de garantir l'exécution d'une obligation. En ce cas, la fiducie doit, pour être opposable aux tiers, être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers ou au registre foncier, selon la nature mobilière ou immobilière des biens transférés en fiducie ». On pourrait suggérer que ce mécanisme de publicité soit étendu à la fiducie-libéralité.

On notera également les dispositions protectrices de l'article 1288 du *Code civil du Québec* : « Dès la constitution de la fiducie d'utilité privée ou sociale soumise à la surveillance d'une personne ou d'un organisme désigné par la loi, le fiduciaire doit déposer auprès de la personne ou de l'organisme une déclaration indiquant, notamment, la nature et l'objet de la fiducie, sa durée, ainsi que les nom et adresse du fiduciaire. »

201. C'était la solution préconisée par le projet de loi du 20 février 1992.

202. Dans cette hypothèse, on ne peut concevoir de passif fiduciaire, la fiducie prenant effet par le décès.

Les biens de la fiducie doivent être évalués au jour du décès, dans leur état au jour du décès.

b. Imputation

Relativement à la date d'imputation, la fiducie étant à cause de mort, elle doit être imputée après l'ensemble des donations ordinaires, en même temps que les legs, donnant lieu à une imputation concurrente et une éventuelle réduction proportionnelle²⁰³.

Par hypothèse, le legs porte sur la quotité disponible. L'imputation doit donc se faire sur ce secteur.

c. Modalités de la réduction

En cas de dépassement de la quotité disponible, la fiducie est réductible pour l'excédent, concurrentement avec les autres legs. La difficulté dans cette hypothèse porte sur la modalité de la réduction. En effet, si on applique le principe de la loi du 23 juin 2006, la réduction devrait se faire en valeur. Or, l'application automatique de ce principe risque de placer la fiducie (et donc le fiduciaire qui l'administre) dans une situation délicate, l'obligeant à payer pour le compte du bénéficiaire une indemnité de réduction alors que le fiduciaire ne lui a peut-être confié que la gestion de biens non liquides. Cette difficulté amène à deux réflexions.

La première est que dans le cas où les biens de la fiducie sont constitués de biens aisément divisibles (portefeuille de valeurs mobilières, somme d'argent...), le mécanisme de la réduction en nature semble plus approprié que celui de la réduction en valeur, permettant à la fiducie de ne pas se retrouver dès le départ en péril.

La seconde est que dans le cas où les biens de la fiducie sont constitués de biens non aisément divisibles (immeuble, fonds de commerce...), l'acte de fiducie doit anticiper le problème de la réduction en autorisant le fiduciaire à emprunter le cas échéant pour lui permettre de payer l'indemnité de réduction²⁰⁴, sauf à prévoir un régime de paiement échelonné de l'indemnité de réduction, calqué

203. Art. 926 du Code civil.

204. Dans ce cas, on pourrait s'interroger sur la nature de l'acte d'emprunt en se demandant s'il n'outrepasse pas « l'administration du bien d'autrui ». Pourtant, la rédaction très large des articles 1278 et 1305 du *Code civil du Québec* permet de penser que la chose serait possible.

sur le modèle du paiement de la soulte dans le cadre du mécanisme de l'attribution préférentielle²⁰⁵.

B. En cas de donation

74.- La fiducie constituée par donation. – Si la fiducie a été effectuée au moyen d'une donation, les problèmes au stade de la masse de calcul de la quotité disponible, qui sert à détecter les libéralités réductibles, sont différents selon que les biens de la fiducie ont été ou non transmis au bénéficiaire du vivant du fiduciaire.

1. Si biens déjà transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire

a. Masse de calcul de la quotité disponible

Dans ce cas, c'est la valeur de l'actif net fiduciaire, tel que transmis de la fiducie au bénéficiaire²⁰⁶, qui donne lieu à la réunion fictive par le bénéficiaire de la fiducie.

Les biens doivent classiquement être évalués au jour du décès. Si les biens originellement transmis par le fiduciaire à la fiducie ne se retrouvent pas en nature à son décès, parce qu'ils ont été aliénés, par le fiduciaire²⁰⁷ ou le bénéficiaire, avec ou sans remploi, il doit être tenu compte de leur valeur à l'époque de leur aliénation.

La difficulté est celle de la date de l'état des biens pour l'évaluation. Pour rester cohérent par rapport au système de la date d'imputation retenue, qui se fonde sur le principe de l'irrévocabilité de la fiducie québécoise, on retiendra l'état des biens au jour de la transmission du fiduciaire à la fiducie²⁰⁸. Dans ce système, le bénéficiaire de la fiducie profite de l'excédent de valeur apportée par

205. Voir en ce sens la loi du 10 juillet 1982 ayant entraîné la rédaction de l'article 832 du Code civil. Cette loi permet sous certaines conditions d'étaler le paiement de la soulte de l'héritier bénéficiaire du mécanisme de l'attribution préférentielle sur une période maximale de dix ans.

206. Les biens de la fiducie ayant déjà été transmis au bénéficiaire avant le décès du fiduciaire, la question d'un éventuel passif fiduciaire ne se pose plus.

207. On suppose que le contrat de fiducie lui permettait dans ce cas de tels actes d'aliénation à titre onéreux.

208. Dans le projet de 1992 qui abordait la fiducie selon la conception française, le principe retenu était inverse, les biens devant être évalués compte tenu de leur état au jour du décès ou, s'il était antérieur, au jour de leur transfert au bénéficiaire. Voir en ce sens la rédaction proposée par le projet de l'article 1000-4 du Code civil.

l'amélioration des biens due à l'activité du fiduciaire. En effet, cette amélioration²⁰⁹ des biens n'est pas comptabilisée dans la réunion fictive, seul étant pris en compte l'état des biens au jour de la transmission du fiduciaire à la fiducie²¹⁰.

b. Imputation

Comme il a été exposé auparavant, on retiendra pour la date d'imputation en cas de donation la date de transmission des biens du fiduciaire à la fiducie. L'imputation de la fiducie se fera donc après les donations antérieures mais avant les libéralités postérieures²¹¹.

Par hypothèse, l'imputation de la fiducie se fera sur la quotité disponible, l'excédent étant sujet à réduction.

c. Modalités de la réduction

Suivant le principe général, la fiducie sera réduite en valeur, le bénéficiaire déjà en possession des biens pouvant cependant choisir une réduction en nature, conformément aux dispositions du nouvel article 924-1.

Cependant, si le bénéficiaire choisit la réduction en nature, les dispositions de l'article 928 relatives à la restitution des fruits dépassant la portion disponible lui seront applicables. En effet, « lorsque la réduction s'exécute en nature, le donataire restitue les fruits de ce qui excède la portion disponible, à compter du jour du décès du donateur, si la demande en réduction est faite dans l'année ; sinon, du jour de la demande ».

209. Éventuellement une détérioration !

210. On pourrait concevoir un système dans lequel la gestion du fiduciaire profite ou nuit à la seule succession, et non au bénéficiaire. Mais celui-ci complexifierait encore la méthode liquidative, en obligeant à une nouvelle distinction non conforme avec le système de la date d'imputation retenue.

211. Principe de l'article 923 du Code civil : « Il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre vifs, qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires ; et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes ».

L'ordre d'imputation fixé par cet article est impératif : même si les donataires peuvent convenir entre eux d'un ordre différent d'imputation, l'héritier réservataire est toujours en droit de l'exiger : Cass. Civ. 1^{re} 24 nov. 1993, Bull. Civ. I, n° 343, *RTD Civ.* (1994) 150 (note J. Patarin).

2. *Si biens non encore transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire*

a. Masse de calcul de la quotité disponible

Dans ce cas, c'est la valeur de l'actif net fiduciaire²¹² qui donne lieu à la réunion fictive mais par la fiducie elle-même puisque les biens sont encore entre ses mains. C'est là une particularité que nous avons déjà évoquée²¹³.

Les biens doivent classiquement être évalués au jour du décès. Si les biens originaires transmis par le fiduciaire à la fiducie ne se retrouvent pas en nature à son décès dans le patrimoine de la fiducie, parce qu'ils ont été aliénés par le fiduciaire, dans l'exercice de ses pouvoirs, avec emploi²¹⁴, il doit être tenu compte de leur valeur à l'époque de leur aliénation.

Comme dans le cas précédent, on retiendra pour l'évaluation du montant de la réunion fictive l'état des biens au jour de la transmission du fiduciaire à la fiducie²¹⁵.

b. Imputation

Sans observation particulière, on retiendra pour la date d'imputation la date de transmission des biens du fiduciaire à la fiducie. Comme précédemment, l'imputation de la fiducie se fera donc après les donations antérieures mais avant les libéralités postérieures²¹⁶.

212. Voir le paragraphe n° 59 traitant de la question d'un éventuel passif fiduciaire.

213. Voir en ce sens les paragraphes nos 57 et s.

214. Dans le cas d'une aliénation par le fiduciaire, on conçoit mal qu'il ne puisse pas y avoir de emploi, le fiduciaire étant par nature l'administrateur des biens de la fiducie, dont il n'a pas le pouvoir de disposer à titre gratuit. Le *Code civil du Québec* introduit cependant une nuance à ce principe, en disposant en son article 1315 qu'« à moins qu'il ne soit de la nature de son administration de pouvoir le faire, l'administrateur ne peut disposer à titre gratuit des biens qui lui sont confiés ; il le peut, néanmoins, s'il s'agit de biens de peu de valeur et que la disposition est faite dans l'intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie ».

215. Dans le projet de 1992 qui abordait la fiducie selon la conception française, le principe retenu était inverse, les biens devant être évalués compte tenu de leur état au jour du décès ou, s'il était antérieur, au jour de leur transfert au bénéficiaire. Voir en ce sens la rédaction proposée par le projet de l'article 1000-4 du Code civil.

216. Principe de l'article 923 du Code civil.

Par hypothèse, l'imputation de la fiducie se fera sur la quotité disponible, l'excédent étant sujet à réduction.

c. Modalités de la réduction

Suivant le principe général, la fiducie sera réduite en valeur en cas de dépassement de la quotité disponible. La particularité vient ici du fait que la réduction s'opérera entre les mains de la fiducie qui n'est ni une personne, ni gratifiée pour elle-même d'une libéralité. S'introduit ici l'idée d'une « réduction pour le compte d'un tiers », complètement nouvelle en droit français²¹⁷.

Pour plus de souplesse, on élargira le champ d'application du nouvel article 924-1 à la fiducie²¹⁸ pour lui permettre, par l'intermédiaire du fiduciaire, d'opérer une réduction en nature.

Ayant envisagé le cas où la fiducie porte sur la quotité disponible, il nous faut à présent envisager le cas où elle porterait sur la réserve héréditaire.

2. *Si fiducie porte sur la réserve héréditaire*

75.- Plan. – On a retracé les évolutions de la réserve héréditaire, du Droit romain à la loi du 23 juin 2006²¹⁹. C'est à l'aune de cette nouvelle conception de la réserve que l'on se propose de concevoir que la fiducie puisse constituer une libéralité en avance d'hoirie²²⁰. La réserve sera alors grevée d'une « charge fiduciaire », le temps de la fiducie²²¹, avec l'accord du grevé. Là encore, on distin-

217. Il s'agit en l'espèce d'une réduction pour le compte du bénéficiaire, qu'il soit héritier ou non.

218. L'article 924-1 pourrait être ainsi rédigé : « Le gratifié ou la fiducie peuvent exécuter la réduction en nature, par dérogation à l'article 924, lorsque le bien donné ou légué lui appartient encore et qu'il est libre de toute charge dont il n'aurait pas déjà été grevé à la date de la libéralité, ainsi que de toute occupation dont il n'aurait pas déjà fait l'objet à cette même date. Cette faculté s'éteint s'il n'exprime pas son choix pour cette modalité de réduction dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle un héritier réservataire l'a mis en demeure de prendre parti » (nous soulignons l'élargissement du champ d'application de cet article).

219. Voir la Section II.

220. Selon la nouvelle terminologie employée par la loi du 23 juin 2006, il s'agit d'une libéralité « en avance de part successorale », par opposition aux libéralités « hors part successorale ».

221. Avec l'introduction de la possibilité des donations-partage trans-générationnelles par la loi du 23 juin 2006 (art. 1075-1), on peut concevoir que la fiducie greve la réserve du premier gratifié toute sa vie durant, le bénéfice de la fiducie (à suivre...)

guera classiquement suivant que la fiducie est établie par legs (A) ou par donation (B).

A. *En cas de legs*

76.- La fiducie constituée par legs. – La fiducie constituée par legs et portant sur la réserve héréditaire met en jeu une série nouvelle de difficultés, relatives à la technique du « legs d'attribution ».

a. Masse de calcul de la quotité disponible

Dans ce cas, les biens en fiducie sont classiquement comptabilisés dans les biens existants, le legs n'ayant pas encore trouvé exécution²²².

Les biens de la fiducie doivent être évalués au jour du décès, dans leur état au jour du décès.

b. Imputation

Relativement à la date d'imputation, la fiducie étant à cause de mort, elle doit être imputée après l'ensemble des donations, en même temps que les legs, donnant lieu à une imputation concurrente et une éventuelle réduction proportionnelle²²³.

Le principe du legs est qu'il est précipitaire²²⁴ et qu'il s'impute donc sur la quotité disponible, l'excédent étant sujet à réduction. Pourtant, il est possible de le stipuler rapportable²²⁵ en insérant dans le legs constitutif de la fiducie une clause dite de rapport²²⁶, ayant pour objet de l'imputer principalement sur la réserve de

(...suite)

revenant à ses propres héritiers. Dans ce cas, il faut bien entendu le consentement du premier gratifié.

222. Dans cette hypothèse, on ne peut concevoir de passif fiduciaire.

223. Art. 926 du Code civil.

224. Selon la nouvelle terminologie de la loi du 23 juin 2006, on dit qu'il est « hors part successorale ».

225. L'article 843 alinéa 2 dispose que : « Les legs faits à un héritier sont réputés faits par préciput et hors part, à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté contraire, auquel cas le légataire ne peut réclamer son legs qu'en moins prenant. »

226. Voir sur ce point Cass. Civ., 29 avr. 1918 : *DP* 1922, 1, 23 ; Req., 14 mars 1933 : S. 1934, 1, 121 (note H. Batiffol) ; Trib. Civ. Seine, 11 mai 1922 : *DP* 1923, 2, 68 : « Pour qu'un legs soit réputé rapportable, il n'est pas nécessaire que le testament qui le contient ait imposé en termes formels au légataire l'obligation de rapport ; il suffit que sur ce point la volonté du défunt soit certaine. »

l'héritier²²⁷ : c'est la technique du « legs d'attribution ». On pourra donc imputer le legs sur la réserve individuelle de l'héritier réservataire et subsidiairement sur la quotité disponible, l'excédent étant sujet à réduction²²⁸.

c. Modalités de la réduction

En cas de dépassement de la réserve individuelle et de la quotité disponible, la fiducie est réductible pour l'excédent²²⁹, concurrentement avec les autres legs. La difficulté relative à la modalité de l'exercice de l'action en réduction est identique à celle exposée dans le cas où la fiducie porte uniquement sur la quotité disponible. On s'y référera donc²³⁰.

B. En cas de donation

77.- La fiducie constituée par donation. – Si la fiducie a été effectuée au moyen d'une donation, les problèmes au stade de la masse de calcul de la quotité disponible qui sert à détecter les libéralités réductibles sont différents selon que les biens de la fiducie ont été ou non transmis au bénéficiaire du vivant du fiduciaire.

1. *Si biens déjà transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire*

a. Masse de calcul de la quotité disponible

Dans ce cas, c'est la valeur de l'actif fiduciaire, tel que transmis de la fiducie au bénéficiaire²³¹, qui donne lieu à la réunion fictive par le bénéficiaire de la fiducie, par hypothèse héritier réservataire.

227. Sur cette technique, voir M. GRIMALDI, *Successions*, 6^e éd., Litec, Paris, 2001, p. 670.

Il s'agit en réalité d'une manifestation du pouvoir de la volonté dans le mécanisme du rapport. Voir en ce sens la théorie développée par B. VAREILLE, *Volonté rapport et réduction*, thèse Limoges, Limoges, PUF, 1988.

228. C'est le principe qui est posé par le nouvel article 919-1 (ancien article 865) relatif aux donations, dont on applique par analogie la règle au legs rapportable.

229. Sauf à ce que soit insérée dans l'acte une clause d'imputation sur la réserve globale (en présence de plusieurs héritiers réservataires). En effet, cette clause a pour effet de d'imputer les libéralités sur la réserve globale et non sur la réserve individuelle, avant d'entamer la quotité disponible. Sur cette technique, voir M. GRIMALDI, *Successions*, 6^e éd., Litec, Paris, 2001, p. 746

230. Paragraphe n^o 73.

231. Les biens de la fiducie ayant déjà été transmis au bénéficiaire avant le décès du fiduciaire, la question d'un éventuel passif fiduciaire ne se pose plus.

Les biens doivent classiquement être évalués au jour du décès. Si les biens originaires transmis par le fiduciaire à la fiducie ne se retrouvent pas en nature à son décès, parce qu'ils ont été aliénés, par le fiduciaire ou le bénéficiaire, avec ou sans emploi, il doit être tenu compte de leur valeur à l'époque de leur aliénation.

La difficulté est là encore celle de la date de l'état des biens pour effectuer l'évaluation. Pour les mêmes raisons que celles développées *supra*²³², on retiendra l'état des biens au jour de la transmission du fiduciaire à la fiducie.

b. Imputation

Comme il a été exposé auparavant, on retiendra pour la date d'imputation la date de transmission des biens du fiduciaire à la fiducie. L'imputation de la fiducie se fera donc après les donations antérieures mais avant les libéralités postérieures.

Puisque le bénéficiaire de la fiducie est par hypothèse un héritier réservataire, l'imputation de la fiducie se fera sur la réserve individuelle de celui-ci et subsidiairement sur la quotité disponible, l'excédent étant sujet à réduction.

c. Modalités de la réduction

Suivant le principe général, la fiducie sera réduite en valeur, le bénéficiaire déjà en possession des biens pouvant cependant choisir une réduction en nature, conformément aux dispositions du nouvel article 924-1.

2. *Si biens non encore transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire*

a. Masse de calcul de la quotité disponible

Dans ce cas, c'est la valeur de l'actif net fiduciaire²³³ qui donne lieu à la réunion fictive mais par la fiducie elle-même puisque les biens sont encore entre ses mains.

232. Voir *supra*.

233. Voir le paragraphe n° 59 traitant de la question d'un éventuel passif fiduciaire.

Les biens doivent classiquement être évalués au jour du décès. Si les biens originaires transmis par le fiduciaire à la fiducie ne se retrouvent pas en nature à son décès dans le patrimoine de la fiducie, parce qu'ils ont été aliénés par le fiduciaire, dans l'exercice de ses pouvoirs, avec ou sans emploi, il doit être tenu compte de leur valeur à l'époque de leur aliénation.

Comme dans le cas précédent, on retiendra pour l'évaluation du montant de la réunion fictive l'état des biens au jour de la transmission du fiduciaire à la fiducie.

b. Imputation

Sans observation particulière, on retiendra pour la date d'imputation la date de transmission des biens du fiduciaire à la fiducie. Comme précédemment, l'imputation de la fiducie se fera donc après les donations antérieures mais avant les libéralités postérieures²³⁴.

Par hypothèse, le bénéficiaire de la fiducie étant un héritier réservataire, l'imputation de la fiducie se fera sur sa réserve individuelle²³⁵ et subsidiairement sur la quotité disponible, l'excédent étant sujet à réduction.

c. Modalités de la réduction

Suivant le principe général, la fiducie sera réduite en valeur en cas de dépassement de la quotité disponible. Là aussi, la particularité vient du fait que la réduction s'opérera entre les mains de la fiducie qui n'est ni une personne, ni gratifiée pour elle-même d'une libéralité. C'est l'idée de « réduction pour le compte d'un tiers », déjà évoquée qui est à nouveau mise en avant²³⁶.

Pour plus de souplesse, on élargira le champ d'application du nouvel article 924-1 à la fiducie²³⁷ pour permettre à la fiducie, par l'intermédiaire du fiduciaire, d'opérer une réduction en nature.

78.- Précision terminale : l'indemnité de réduction dans le cadre du partage. – Comme il vient d'être dit, le caractère réductible ou non d'une libéralité s'apprécie à la date du décès, grâce au méca-

234. Principe de l'article 923 du Code civil.

235. Il s'agit en réalité d'une sorte d'imputation par anticipation.

236. Voir *supra* le paragraphe n° 74.

237. Voir la rédaction proposée de cet article 924-1 à la note n° 218.

nisme de l'imputation. Cependant, si la réduction a lieu en valeur, l'indemnité n'est liquidée qu'au stade du partage de la succession. On fera alors application des dispositions du nouvel article 924-2 qui prévoit que « l'indemnité de réduction se calcule d'après la valeur des objets donnés ou légués à l'époque du partage ou de leur aliénation par le gratifié et en fonction de leur état au jour où la libéralité a pris effet. S'il y a eu subrogation, le calcul de l'indemnité de réduction tient compte de la valeur des nouveaux biens à l'époque du partage, d'après leur état à l'époque de l'acquisition. Toutefois, si la dépréciation des nouveaux biens était, en raison de leur nature, inéluctable au jour de leur acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation ». En d'autres termes, il s'agira, après avoir calculé le taux de réduction de la libéralité au jour du décès, d'appliquer ce taux à la valeur des biens devant faire l'objet de la réduction, à la date du partage, l'état des biens retenu étant celui de la transmission des biens du fiduciaire à la fiducie²³⁸.

De plus, si elle n'est pas immédiatement payée au jour du partage, l'indemnité de réduction sera productive d'intérêts au taux légal à compter de la date à laquelle le montant de l'indemnité de réduction a été fixé, c'est-à-dire en général la date du partage²³⁹.

II. Spécificités de la liquidation en présence de la fiducie eu égard au rapport

79.- Plan. – À ce stade du raisonnement, on se situe non plus au moment du décès mais au moment du partage de la succession du fiduciaire. Par hypothèse, la question du rapport ne se pose que si le bénéficiaire de la fiducie est un héritier, réservataire ou non, et que la libéralité a un caractère rapportable²⁴⁰. Si ce bénéficiaire était un non-héritier, la libéralité que constitue la fiducie ne serait pas rapportable mais seulement soumise au mécanisme de la réduction de la fiducie²⁴¹. Tout comme pour le régime de la réduction, le

238. Exemple : soit une donation de 150 faite d'un fiduciaire à une fiducie, pour le compte d'un bénéficiaire, la valeur des biens étant de 300 au jour du décès et d'une valeur de 450 au jour du partage, l'état des biens étant resté identique. La somme de 300 va être retenue au titre de la réunion fictive. Si cette libéralité est réductible pour le tiers, l'indemnité de réduction sera donc du tiers de la valeur de ces biens au jour du partage, soit le tiers de 450, soit une indemnité de réduction de 150.

239. Voir en ce sens les dispositions du nouvel article 924-3.

240. En effet, les libéralités préciputaires ne sont pas rapportables. Elles sont seulement réductibles.

241. On se reportera dans ce cas à la partie précédente.

régime du rapport de la fiducie est différent selon que les biens ont été ou non transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire.

80.- Précision préalable. – Les mécanismes du rapport et de la réduction des libéralités sont des mécanismes complexes, répondant chacun à une finalité propre²⁴², mais entretenant des relations étroites. En effet, lorsque le bénéficiaire de la fiducie est un héritier du fiduciaire, on peut concevoir que la libéralité constituée par la fiducie soit à la fois réductible et rapportable.

Dans ce cas, soit l'effet des deux restitutions n'est pas identique et c'est dans ce cas le rapport, plus énergique, qui doit s'appliquer²⁴³. En effet, le rapport en nature ou en valeur dispense nécessairement de la réduction²⁴⁴. Soit l'effet des deux restitutions est identique, auquel cas l'héritier réservataire dispose d'une véritable option entre le rapport et la réduction. En effet, « il est impossible de restituer deux fois la même chose à des titres différents »²⁴⁵.

On gardera donc à l'esprit cette règle fondamentale pour la suite des développements : pour les héritiers légaux, les mécanismes du rapport et de la réduction ne peuvent en fin de compte se cumuler.

1. *Si biens déjà transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire*

81.- Rapport de la fiducie. – Si les biens formant la fiducie ont déjà été transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire, c'est le bénéficiaire, héritier, qui va rapporter les biens constituant la fiducie pour la valeur de ces biens au jour du décès du fiduciaire, dans l'état dans lequel ces biens se trouvaient au jour de la transmission du bien du fiduciaire à la fiducie²⁴⁶. L'indemnité de rapport figurera dans la masse successorale (rapport en moins-prenant), à moins que l'héritier ne décide d'effectuer le rapport en nature,

242. B. Vareille résume bien ces finalités en affirmant que « le rapport assure le maximum d'égalité souhaitable entre tous, la réduction le minimum d'égalité impératif entre certains » : B. VAREILLE, *Volonté rapport et réduction*, thèse Limoges, Limoges, P.U.F., 1988, p. 28.

243. Voir à ce propos A. CHOTEAU, « Le rapport, mode unique de réduction des libéralités adressées à un successible », *Journ. Not.* (1948), p. 353 et 533.

244. C'est à ce propos que l'on dit couramment que « le rapport chasse la réduction ».

245. B. VAREILLE, *Volonté rapport et réduction*, Thèse Limoges, Limoges, P.U.F., 1988, p. 29.

246. On garde de ce point de vue la cohérence avec le système du rapport.

auquel cas ce sont les biens de la fiducie qui seront l'objet du rapport²⁴⁷.

Au cas de rapport en nature, le bénéficiaire de la fiducie qui aura amélioré le bien à ses frais pourra logiquement voir ses dépenses remboursées par la succession²⁴⁸, tandis qu'il sera comptable des dépréciations de valeur de son fait²⁴⁹.

En cas d'aliénation par le bénéficiaire des biens qui formaient anciennement l'objet de la fiducie avant le partage, il faudra tenir compte de la valeur de ces biens au moment de l'aliénation et, si de nouveaux biens ont été subrogés aux biens aliénés, de la valeur de ces nouveaux biens à l'époque du partage, dans l'état dans lequel ils se trouvaient au jour de l'acquisition²⁵⁰.

82.- Rapport des fruits. – Une difficulté supplémentaire est celle du rapport des fruits de la fiducie. Dans notre hypothèse où les biens formant la fiducie ont déjà été transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire, il peut non seulement s'agir des fruits qui ont pu être perçus par le bénéficiaire pendant la vie de la fiducie mais aussi de ceux qu'il a pu appréhender après l'extinction de la fiducie et qui trouvent leur origine dans les biens qui constituaient la fiducie.

On considérera que la fiducie doit de ce point de vue suivre le même régime que celui des libéralités classiques, pour lesquelles le nouvel article 856 précise que « les fruits des choses sujettes à rapport sont dus à compter du jour de l'ouverture de la succession ». Cette formulation emporte deux conséquences.

247. Dans l'hypothèse d'une donation, le rapport en nature entraîne l'extinction des aliénations et constitutions de droits réels consenties par le donataire, à moins que le donateur n'y ait consenti. Voir en ce sens l'article 858.

248. Voir en ce sens les dispositions de l'article 861. En effet, puisque les biens retournent dans la masse successorale, c'est à cette masse de rembourser les dépenses d'amélioration supportées par le bénéficiaire, qui accroissent la valeur de cette masse. Du point de vue de la masse successorale, il s'agit d'une opération neutre.

249. Art. 863.

250. Ce principe est directement inspiré de l'article 860. Pour garder la souplesse du système des libéralités classiques, on pourrait rajouter que ce système s'appliquera sauf dispositions contraires de l'acte de donation constituant la fiducie. Il est à noter que la nouvelle rédaction de l'article 860, issu de la loi du 23 juin 2006, ajoute un tempérament en prévoyant que « Toutefois, si la dépréciation du nouveau bien était, en raison de sa nature, inéluctable au jour de son acquisition, il n'est pas tenu compte de la subrogation ». Pour rester fidèle au régime général, on pourra également appliquer cette nuance à la fiducie.

En premier lieu, les fruits perçus avant le décès du fiduciaire, durant le cours de la fiducie ou après, ne sont pas rapportables. Ils ne font donc pas partie de la masse successorale.

En second lieu, les fruits perçus après le décès du fiduciaire, trouvant leur origine dans les biens qui formaient la fiducie, sont rapportables, et ce, jusqu'à la date du partage de la succession. Ils viennent donc accroître la masse successorale²⁵¹.

Naturellement, en cas de rapport en nature, les fruits n'ont pas à être rapportés par le bénéficiaire de la fiducie, ces fruits accroissant déjà, par l'effet du rapport en nature, la masse successorale.

2. *Si biens non encore transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire*

83.- Rapport de la fiducie. – Cette hypothèse recouvre deux cas. Celui où une fiducie a été constituée par donation et où les biens formant la fiducie n'ont pas encore été transmis au bénéficiaire lors du décès du fiduciaire ; et celui dans lequel la fiducie est constituée par un legs rapportable. Dans ces cas, le régime du rapport est identique.

C'est la fiducie elle-même qui va rapporter les biens, pour le compte du bénéficiaire par hypothèse héritier²⁵², pour la valeur de ces biens au jour du décès du fiduciaire, dans l'état dans lequel ces biens se trouvaient au jour de la transmission du bien du fiduciaire à la fiducie²⁵³. L'indemnité de rapport figurera dans la masse successorale.

La difficulté vient ici du rapport en nature. En effet, admettre la possibilité d'un rapport en nature de la fiducie, pour le compte de l'héritier, revient à vider de sa substance la fiducie en faisant sortir les biens de la fiducie pour les ajouter à la masse successorale. Pour que la fiducie puisse conserver un objet, on exclura donc la possibilité pour la fiducie de faire rapport en nature des biens la formant. Ceci emporte une conséquence pratique : celle de prévoir dans la donation constituant la fiducie que, dans le cas où les biens de la fiducie n'auront pas encore été transmis au bénéficiaire à la date du

251. Cette masse est une indivision.

252. Ce genre nouveau de rapport a été envisagé au paragraphe n° 69.

253. Dans le cas du legs rapportable, cette question est évidente, la transmission des biens s'effectuant au jour du décès.

décès du fiduciaire, le rapport en nature prévu par le fiduciaire à son décès ne pourra trouver exécution²⁵⁴.

84.- Rapport des fruits. – Dans cette hypothèse, la question du rapport des fruits est moins complexe, ceux-ci ayant pu avoir été perçus par le bénéficiaire pendant la période allant de la constitution de la fiducie à la date du décès du fiduciaire d'une part, et de ce décès à la date du partage de la succession du fiduciaire d'autre part.

Comme précédemment, on considérera que la fiducie doit suivre le même régime que celui des libéralités classiques de l'article 856. Les fruits perçus avant le décès du fiduciaire ne seront donc pas rapportés, tandis que ceux qui auront été perçus entre le décès du fiduciaire et le partage de la succession viendront accroître la masse successorale²⁵⁵.

CONCLUSION

Le droit du Québec est d'un « intérêt indéniablement croissant »²⁵⁶ pour le droit civil en général et le droit français en particulier²⁵⁷. Le mécanisme de la fiducie-libéralité québécoise présente des originalités novatrices, encore jamais imitées²⁵⁸. Elle a le mérite d'éviter la bien incertaine théorie de la propriété fiduciaire²⁵⁹, en même temps qu'elle revisite les catégories traditionnelles de la pensée civiliste. Elle est assurément un outil qui pourrait utilement prendre place dans l'arsenal juridique français, en permettant notamment de solutionner de délicats problèmes de protection de personnes vulnérables.

254. Ce cas de figure est pourtant peu probable. En effet, la philosophie même de la fiducie milite contre l'idée que le fiduciaire exige un rapport en nature.

255. Dans cette hypothèse, on a exclu la possibilité d'un rapport en nature. La question du rapport des fruits se pose donc entre les mains de la fiducie ou du bénéficiaire, si ce dernier a appréhendé de tels fruits entre la date du décès du fiduciaire et celle du partage de sa succession.

256. J.F. NIORT, « Le nouveau *Code civil du Québec* et la théorie de la codification : une perspective française », (1997) *Droits* 135, 13.

257. Le droit du Québec est « un modèle vivant de droit comparé », selon L. Baudouin : L. BAUDOUIN, *Le droit civil de la province du Québec, un modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953.

258. Certains auteurs belges suggèrent que le fondement du patrimoine d'affectation soit retenu pour l'intégration en droit belge de la fiducie : J.L. JEGHERS, « La difficile intégration du trust anglo-saxon en droit civil belge », (1991) *Rev. du not. belge* 311, 331.

259. C'est pourtant cette théorie qui a été retenue dans la loi du 15 février 2007 qui consacre la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté.

La confrontation de la fiducie à la réserve héréditaire française, chargée d'histoire, se révèle complexe. Pourtant, la solution proposée tend à prouver que l'intégration de la fiducie dans le droit successoral français est techniquement possible, au prix cependant de certains aménagements de la fiducie québécoise et du droit français. En effet, il faut impérativement limiter la détermination du bénéficiaire de la fiducie au plus tard au jour du décès du fiduciaire et adapter, souvent en les élargissant, certaines notions françaises du droit des successions.

La loi du 23 juin 2006 a bouleversé le droit successoral français en permettant ce qui était jadis interdit. Pour autant, le législateur qui a introduit la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté par la loi du 19 février 2007 a expressément interdit la fiducie-libéralité²⁶⁰. Cette étude tend à prouver qu'il aurait pu décider d'adapter le droit français aux réalités de la fiducie québécoise et ainsi permettre la naissance de la fiducie-libéralité, sauf à avoir été paralysé par les contraintes fiscales d'un tel mécanisme.

260. L'utilisation du mécanisme fiduciaire a été réservée aux seules personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés. La fiducie-libéralité a été expressément exclue et assortie, en cas d'utilisation, de lourdes sanctions fiscales.