

--> See the **erratum** for this article

LA REPRÉSENTATION DANS LES SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES

Jacques Auger

Volume 102, Number 1, March 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1046156ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1046156ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Auger, J. (2000). LA REPRÉSENTATION DANS LES SUCCESSIONS
TESTAMENTAIRES. *Revue du notariat*, 102(1), 115–137.
<https://doi.org/10.7202/1046156ar>

Tous droits réservés © Jacques Auger, 2000

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

LA REPRÉSENTATION DANS LES SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES

Jacques Auger*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. **LA REPRÉSENTATION : MÉCANISME DE JUSTICE ET D'ÉQUITÉ**
2. **LES CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION DANS LES SUCCESSIONS LÉGALES**
3. **LES CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION DANS LES SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES**
 - 3.1 Le testateur
 - 3.2 Le représenté et le représentant
 - 3.3 Les legs
4. **LA REPRÉSENTATION DANS LES LEGS UNIVERSELS ET À TITRE UNIVERSEL**
 - 4.1 Les legs universels
 - 4.2 Les legs à titre universel
 - 4.3 Les substitutions
 - 4.4 Les fiducies ✓

CONCLUSION

* Notaire, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

INTRODUCTION

Jusqu'à la réforme du Code civil, la représentation n'avait lieu de plein droit que dans les successions légales. Depuis 1994, elle a lieu également de par le seul effet de la loi dans les successions testamentaires, sauf si le testament a été fait antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle¹. Bien sûr, le principe de la liberté de tester permet à un testateur d'exclure la représentation, mais si le testament est muet sur cette question, la représentation va avoir lieu selon les termes de l'article 749 C.c.Q., *de la même manière et en faveur des mêmes personnes que dans les successions ab intestat*. Selon les commentaires du ministre de la Justice, cela va permettre d'éviter des situations injustes résultant de l'inadvertance ou de l'ignorance du testateur quant à l'exigence d'une stipulation expresse pour prévoir la représentation².

L'importance de ce changement et les conséquences qui en résultent méritent qu'on s'y attarde.³ Après avoir rappelé brièvement le rôle de la représentation dans le droit successoral et exposé succinctement les conditions de son admission dans les successions légales et testamentaires, on examinera plus attentivement différentes hypothèses de legs susceptibles de donner lieu à la représentation de plein droit en matière testamentaire.

-
- 1 L'article 41 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57 énonce que : La représentation, dans les successions testamentaires, n'a lieu que dans la mesure prévue par la loi en vigueur au jour où le testament est fait. Pour plus d'information sur cette question, voir Jacques AUGER, « Le droit des successions et le droit transitoire », (1995) C.P. du N., no 52 à 62, p. 69 à 72.
 - 2 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 749 C.c.Q., p. 444.
 - 3 Quelques auteurs ont abordé brièvement cette question. Voir Germain BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, 2e éd., Wilson & Lafleur, Montréal, 1997, no 194 et 195, p. 148-150; Jacques BEAULNE, *Les successions (ouverture, transmission, dévolution, testaments)*, dans *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 247, no 238-244, pp. 321-323; Roger COMTOIS, « Les testaments », *R.D./N.S - Libéralités - Document 2*, 1995, no 94 à 105.

1. LA REPRÉSENTATION : MÉCANISME DE JUSTICE ET D'ÉQUITÉ

Pour comprendre le rôle joué traditionnellement par la représentation dans le droit successoral, il faut rappeler certaines règles fondamentales de la dévolution légale.

La dévolution légale étant fondée sur les affections présumées du défunt, il est normal qu'il existe une hiérarchie dans le groupe des héritiers formé des parents et du conjoint survivant. Ce classement, le droit successoral québécois l'établit en utilisant deux règles : celle des *ordres* et celle des *degrés*.

Les héritiers sont d'abord répartis en trois sous-groupes, chacun formant un *ordre* et chaque ordre étant préféré à celui qui le suit. Le premier ordre comprend le conjoint survivant et les descendants. Le deuxième ordre comprend le conjoint survivant et les ascendants privilégiés (père et mère) ou les collatéraux privilégiés (frères et soeurs, neveux et nièces). Le troisième ordre comprend les ascendants et les collatéraux ordinaires, c'est-à-dire tous les autres ascendants et collatéraux du défunt jusqu'au huitième degré. Au-delà, il n'y a plus de vocation successorale⁴.

À l'intérieur de chaque ordre, un second classement s'opère à partir du *degré* de parenté. L'héritier d'un degré plus proche est préféré à l'héritier d'un degré plus éloigné. Il importe de bien souligner que cette préférence ne joue qu'à l'intérieur d'un même ordre. Le degré est déterminé par le nombre de générations, chacune formant un degré. C'est la suite des degrés qui forme ce que l'on appelle la ligne directe ou la ligne collatérale⁵.

Sans la représentation, la règle des degrés engendrerait des injustices. Ainsi, lorsqu'un défunt laisse un fils et une fille et les enfants d'un autre fils prédécédé, la règle des degrés aurait pour effet d'écarter les petits-enfants au seul profit des enfants qui se partageraient la succession par égales portions et par tête⁶. En effet, ces derniers étant au premier degré par

4 Art. 670 à 683 C.c.Q.

5 Art. 656 C.c.Q.

6 Art. 668 al. 1 C.c.Q.

rapport au défunt, ils excluraient les petits-enfants qui eux se trouvent au deuxième degré. Il serait bien difficile de prétendre que pareil résultat traduise les affections présumées du défunt. Pour préserver plus de justice et d'équité, il faut que les petits-enfants recueillent la part de leur aïeul prédécédé et qu'ils viennent à la succession concurremment avec leur oncle et tante. Ce résultat ne peut être atteint qu'en faisant exception à la règle des degrés et en lui substituant un mécanisme qui permette de tenir compte de la souche d'où proviennent les petits-enfants. C'est là le rôle de la représentation.

La représentation fait donc exception à la règle des degrés de façon à ce que le partage de la succession s'opère par souche et non par tête⁷. Cela produit des effets différents selon les situations en cause. On distingue généralement deux séries d'effets que l'on qualifie respectivement de *représentation aux fins de succession* et de *représentation aux fins de partage*⁸. Dans le premier cas, la représentation permet au représentant de gagner un ou des degrés et de venir à la succession alors qu'il en serait normalement exclu par la règle des degrés. Dans le second cas, la représentation permet au représentant de recueillir une part supérieure à celle qu'il recevrait s'il venait à la succession de son propre chef. Deux exemples vont permettre d'illustrer ces effets de la représentation.

Premier exemple : un défunt a deux enfants, A qui lui survit et B qui est décédé avant lui, laissant un enfant, C. La succession va être dévolue en parts égales à A, l'enfant survivant du défunt, et C, son petit-enfant. Cet exemple illustre le premier effet de la représentation. Elle permet à un parent de succéder alors qu'il serait normalement écarté par un autre parent d'un degré plus rapproché par rapport au défunt. Dans le cas présent, A, l'enfant du défunt, est le parent le plus rapproché de celui-ci dans l'ordre des descendants. Sans le secours de la représentation, C, le petit-enfant du défunt, serait exclu à cause de la règle des degrés. La représentation vient faire échec à cette règle en obligeant à tenir compte des

7 Art. 665 C.c.Q.

8 Albert MAYRAND, *Les successions ab intestat*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1971, no 123 et 124, p. 107 et 108; Germain BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, 2e éd., Wilson & Lafleur, Montréal, 1997, no 192, p. 147.

souches. Ainsi, C représente B à l'intérieur de la souche formée par ce dernier et il vient en concurrence avec A qui forme l'autre souche. C'est la représentation aux fins de succéder.

Second exemple : le défunt a deux enfants, A et B, tous deux prédécédés. A laisse deux enfants, A1 et A2, et B laisse un enfant, B1. La succession va être dévolue pour une moitié à A1 et A2 et pour l'autre moitié à B1. Cet exemple illustre le second effet de la représentation. Elle permet à un héritier de recueillir une part différente de celle qu'il aurait reçue s'il était venu à la succession de son propre chef. Sans l'aide de la représentation, chacun des petits-enfants aurait hérité d'une part égale, soit le tiers de la succession. À cause de la représentation, le partage ne s'opère plus par tête mais par souche. B1 représente B et recueille la moitié de la succession attribuée à la souche que forme ce dernier. L'autre moitié va à la souche de A qui est représentée par A1 et A2. C'est la représentation aux fins de partage.

La représentation est obligatoire dans tous les cas où la loi l'admet. Cela signifie que l'héritier ne peut pas l'écartier pour choisir de venir à la succession de son propre chef plutôt que par représentation. Certes, il peut renoncer à la succession, mais s'il l'accepte, il succède obligatoirement par représentation.

➔ 2. LES CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION DANS LES SUCCESSIONS LÉGALES

L'article 660 C.c.Q. définit ainsi la représentation :

La représentation est une faveur accordée par la loi, en vertu de laquelle un parent est appelé à recueillir une succession qu'aurait recueillie son ascendant, parent moins éloigné du défunt, qui, étant indigne, prédécédé ou décédé au même instant que lui, ne peut la recueillir lui-même.

Cet article précise, tant à l'égard du représenté que du représentant, les conditions requises pour que la représentation ait lieu dans une succession légale.

Le représenté doit être une personne qui normalement aurait recueilli la succession, n'eut été de certaines circonstances qui l'en empêchent. Ces circonstances sont identifiées; il s'agit de l'indignité, du prédécès et du codécès du représenté par rapport au défunt.

Le représentant doit être un descendant du représenté et il doit posséder les qualités requises pour succéder au défunt. Il est clair que c'est le représentant lui-même qui succède au défunt et non le représenté, et il doit donc posséder à l'égard du défunt les qualités requises pour lui succéder, c'est-à-dire exister au moment de l'ouverture de la succession⁹ et ne pas être indigne¹⁰.

Étant un mécanisme qui déroge à la règle des degrés, la représentation n'a lieu dans les successions légales que dans certaines situations.

En ligne directe descendante, elle a lieu à l'infini, soit que les enfants du défunt concourent avec les descendants d'un enfant représenté, soit que tous les enfants du défunt étant tous décédés ou indignes, leurs descendants se trouvent, entre eux, en degrés égaux ou inégaux¹¹. Elle n'est par contre jamais admise en ligne directe ascendante où le plus proche exclut les plus éloignés¹². Ainsi, les grands-parents paternels du défunt, ascendants au deuxième degré, sont exclus par la mère du défunt, ascendante au premier degré, lorsque le père du défunt est prédécédé.

En ligne collatérale, la représentation est admise au profit de deux catégories d'héritiers¹³. Dans le deuxième ordre, elle a lieu chez les collatéraux privilégiés en faveur des neveux et nièces, qu'ils concourent ou non avec des frères et soeurs du défunt. Dans le troisième ordre, elle a lieu chez les collatéraux ordinaires en faveur de ceux qui descendent des collatéraux privilégiés, soit les petits-neveux et les petites-nièces et

9 Art. 617 C.c.Q.

10 Art. 620 et 621 C.c.Q.

11 Art. 661 C.c.Q.

12 Art. 662 C.c.Q.

13 Art. 663 C.c.Q.

leurs descendants. Il ne faut pas oublier que la représentation, comme la règle des degrés, ne joue qu'à l'intérieur d'un même ordre d'héritiers et non pas entre deux ordres. Elle ne peut jamais être utilisée pour permettre à un héritier d'un ordre subséquent de venir en concours avec un héritier d'un ordre antérieur. Ainsi, on ne peut l'utiliser pour permettre à des petits-neveux et petites-nièces, successibles du troisième ordre, de venir à la succession concurremment avec des frères et soeurs ou des neveux et nièces, successibles du deuxième ordre.

3. LES CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION DANS LES SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES

C'est l'article 749 C.c.Q. qui fixe en ces termes les conditions requises pour que la représentation ait lieu dans la succession testamentaire :

La représentation a lieu, dans les successions testamentaires, de la même manière et en faveur des mêmes personnes que dans les successions *ab intestat*, lorsque le legs est fait à tous les descendants ou collatéraux du testateur qui auraient été appelés à sa succession s'il était décédé *ab intestat*, à moins qu'elle ne soit exclue par le testateur, expressément ou par l'effet des dispositions du testament.

Cependant, il n'y a pas de représentation en matière de legs particulier, sauf disposition contraire du testateur.

Cet article circonscrit le domaine d'application de la représentation en matière testamentaire. On remarque tout d'abord que le législateur a cherché à établir un certain parallélisme entre la représentation dans les successions légales et la représentation dans les successions testamentaires¹⁴. Cela est tout à fait compréhensible. La représentation étant un mécanisme visant à assurer plus de justice et d'équité, il aurait été surprenant qu'elle n'ait pas lieu dans les successions testamentaires *de la même manière et en faveur des mêmes personnes que dans les successions ab intestat*.

14 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, Commentaires sous l'article 749 C.c.Q., p. 444.

L'article 749 C.c.Q. comporte plusieurs précisions au sujet de la représentation testamentaire. Celles-ci concernent tour à tour le testateur, le représenté, le représentant et les legs.

3.1 Le testateur

La représentation de plein droit en matière testamentaire n'a lieu que si le testateur ne l'a pas exclue expressément ou implicitement.

Le testateur peut expressément affirmer qu'il ne veut pas que la représentation ait lieu. Dans ce cas, et en supposant une situation où elle se serait produite, il va y avoir accroissement au profit d'un colégataire ou caducité du legs. Par exemple, dans le cas d'un legs universel aux enfants du testateur, l'interdiction de la représentation empêchera un petit-enfant de recueillir la part de son ascendant prédécédé et provoquera l'accroissement en faveur des autres enfants. Si aucun enfant n'a survécu, le legs sera caduc¹⁵. On constate que dans les successions testamentaires, la représentation a notamment pour effet de faire échec à l'accroissement ou encore d'empêcher la caducité d'un legs.

Le testateur peut aussi exclure implicitement la représentation. Il lui suffit d'aménager la dévolution de ses biens de telle façon que cela rende la représentation impossible. Dans l'exemple ci-dessus, s'il avait été prévu, au cas de prédécès de l'un ou l'autre des enfants, que sa part accroîtrait à ses colégataires, cela rendrait impossible la représentation au profit de ses petits-enfants.

3.2 Le représenté et le représentant

L'article 749 C.c.Q. précise que la représentation a lieu, dans les successions testamentaires, *de la même manière et en faveur des mêmes personnes que dans les successions ab intestat*.

Ce double renvoi assujettit la représentation en matière testamentaire aux dispositions des articles 660 à 665 C.c.Q.

15 Art. 750 C.c.Q.

Celle-ci n'a donc lieu qu'en faveur des descendants, des collatéraux privilégiés ou des collatéraux ordinaires qui descendent des collatéraux privilégiés. De plus, pour que la représentation joue en leur faveur, ces successibles doivent être placés dans des situations semblables à celles qui donnent lieu à la représentation dans les successions légales. En outre, comme on l'a vu ci-dessus, le représenté doit être une personne qui normalement aurait recueilli la succession, n'eût été du fait qu'il est indigne, prédécédé ou décédé en même temps que le défunt. La renonciation à la succession, il importe de le rappeler, ne fait pas partie des événements qui donnent lieu à la représentation¹⁶. Quant au représentant, il doit être un descendant du représenté et posséder les qualités requises pour succéder au défunt.

3.3 Les legs

Il résulte des dispositions de l'article 749 C.c.Q. que la représentation de plein droit ne concerne que les legs universels et les legs à titre universel. Elle n'a pas lieu en matière de legs particulier, sauf disposition contraire du testateur, comme le dit la loi. Cette dernière précision démontre encore, si besoin était, le caractère supplétif des règles concernant la représentation dans les successions testamentaires.

Ce ne sont pas tous les legs universels ou à titre universel qui sont susceptibles de donner lieu à la représentation de plein droit. Il faut, ainsi qu'on vient de le voir, que le legs s'adresse à l'une ou l'autre des catégories d'héritiers désignés. Le legs doit de plus être fait à tous les descendants ou collatéraux du testateur qui auraient été appelés à sa succession s'il était décédé *ab intestat*. On voit encore ici le parallélisme entre la représentation dans les successions testamentaires et la représentation dans les successions légales. Cette dernière condition est importante. Elle permet de cerner le domaine de la représentation en matière testamentaire. Brière la résume ainsi :

En somme, la représentation n'est admise, dans les successions testamentaires, que si le testateur a voulu que sa succession

16 Art. 664 C.c.Q.

fût déferée à ses légataires selon les règles de la dévolution *ab intestat* ou s'il a simplement modifié la part qui aurait été dévolue à ses héritiers *ab intestat* s'il n'avait pas fait de testament.¹⁷

En confrontant cette condition à des situations concrètes, on verra que cette façon de voir est exacte.

4. LA REPRÉSENTATION DANS LES LEGS UNIVERSELS ET À TITRE UNIVERSEL

L'article 749 C.c.Q. énonce que la représentation dans les successions testamentaires a lieu de la même manière que dans les successions légales. De là, on peut penser qu'il est inutile de fouiller davantage la question puisque ce mécanisme est connu depuis longtemps et qu'il a été bien analysé par la jurisprudence et la doctrine. C'est oublier que c'est un testament, et non la loi seule, qui constitue le point de départ de la problématique. Cette différence est significative et elle justifie que l'on poursuive l'analyse.

4.1 Les legs universels

La représentation peut avoir lieu dans un legs universel. Voici donc des situations susceptibles de la faire jouer. Pour chacune d'elles, et en prenant pour acquis que le défunt ne laisse pas d'autres successibles que ceux identifiés, on tentera de déterminer, motifs à l'appui, si la représentation a ou n'a pas lieu.

Première situation. Le défunt laisse un conjoint, un enfant et un petit-enfant issu d'un autre enfant prédécédé. Son testament ne comporte que la clause suivante :

« Je lègue tous mes biens à mes enfants. »

C'est l'exemple le plus simple de la représentation de plein droit dans les successions testamentaires. Toutes les conditions fixées par la loi sont présentes et notamment celle voulant que le legs soit fait à *tous les descendants du testateur qui auraient été appelés à sa succession s'il était décédé ab*

17 Germain BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, 2e éd., Wilson & Lafleur, Montréal, 1997, no 195, p. 149.

intestat. L'enfant du défunt va ainsi recueillir la moitié de la succession et le petit-enfant l'autre moitié par représentation de son ascendant prédécédé. Par analogie avec ce que l'on a vu en matière de successions légales, il s'agit d'un cas de *représentation aux fins de succession*. Sans l'aide de la représentation, le petit-enfant n'aurait pu concourir avec l'enfant du défunt. Ce dernier, à cause de la vocation que lui confère le legs universel, aurait recueilli la totalité de la succession. La représentation fait donc échec ici à l'accroissement.

L'existence d'un conjoint n'empêche pas la représentation d'avoir lieu. L'article 749 C.c.Q. exige que le legs soit fait à tous les descendants sans exception, ce qui est le cas. Il requiert aussi que ces derniers aient vocation à succéder dans un contexte de succession légale. C'est également le cas. Il n'est pas nécessaire que cette vocation soit exclusive. Le fait que le conjoint possède aussi une vocation successorale ne fait pas obstacle à la représentation. Il aurait fallu que le texte de l'article 749 C.c.Q. soit beaucoup plus précis pour en arriver à une conclusion contraire.

Si l'existence d'un conjoint n'empêche pas la représentation de jouer, il faut se demander s'il en est ainsi lorsque le legs est en ces termes :

« Je lègue tous mes biens à mon conjoint et à mes enfants. »

Ce legs rencontre-t-il les exigences de l'article 749 C.c.Q.? Bien qu'il soit fait à tous les descendants, il n'est pas fait exclusivement à tous les descendants.

On pourrait prétendre qu'il ne faut pas dans ce cas que la représentation ait lieu parce que cela nuit au conjoint colégataire. En effet, sans la représentation, la succession se partage également entre le conjoint et l'enfant survivant, alors qu'avec elle le petit-enfant recueille un tiers, l'enfant un tiers et le conjoint un tiers.

Cet argument est intéressant, mais il ne trouve pas appui dans la loi. L'article 749 C.c.Q. n'exige pas l'exclusivité. Si telle avait été l'intention du législateur, il aurait été facile de le préciser. De plus, si on refuse de faire jouer la représentation sous prétexte que cela peut nuire à un colégataire,

on risque d'aboutir à des injustices plus graves. Il suffit de penser à un legs universel fait conjointement par un testateur à ses enfants et à un étranger. En refusant de faire jouer la représentation sous prétexte que cela peut nuire à un collègue, on favorise un étranger au détriment des descendants.

Deuxième situation. Le défunt laisse trois petits-enfants, le premier issu d'une fille prédécédée et les deux autres issus d'un fils prédécédé. Son testament ne comporte que la clause suivante :

« Je lègue tous mes biens à mes enfants. »

Cette situation, comme le prévoit l'article 661 C.c.Q., est l'une de celles qui donnent ouverture à la représentation dans les successions légales. Logiquement, il devrait en être de même dans les successions testamentaires.

Pour s'en assurer, il faut vérifier si le legs est fait « à tous les descendants du testateur qui auraient été appelés à sa succession s'il était décédé *ab intestat* ». C'est la portée de ces mots qu'il faut préciser. En effet, le legs est fait en faveur des enfants et ceux-ci étant tous décédés avant le défunt, on peut se demander s'il répond aux exigences de l'article 749 C.c.Q.

Par cette formule, le législateur précise que la représentation n'a lieu de plein droit en faveur des descendants qu'en autant que le testateur manifeste par son legs son intention de les traiter de la même façon que si la succession était dévolue selon la loi. Il ne faut donc pas que le legs comporte, expressément ou implicitement, d'exclusion par rapport aux règles de dévolution légale. Le legs ci-dessus est conforme à cette exigence et la représentation joue. La succession est donc dévolue pour une moitié au petit-enfant issu de la fille du défunt et pour l'autre moitié aux deux autres petits-enfants issus du fils du défunt. Par analogie avec ce que l'on a vu en matière de successions légales, il s'agit cette fois d'un cas de *représentation aux fins de partage*.

La solution serait-elle la même si le défunt, plutôt que d'identifier globalement ses héritiers par le mot « enfants », les avait nommés par leur nom ou prénom? Dans la mesure où le testateur désigne ainsi tous ses enfants sans omettre une

souche¹⁸, il rencontre à notre avis les exigences de l'article 749 C.c.Q. Le fait de procéder de cette façon ne peut plus être interprété comme une manifestation implicite de la volonté du testateur d'exclure la représentation. Il pouvait en être autrement sous le *Code civil du Bas-Canada* à cause de la présomption qui résultait de l'usage du terme « enfants »¹⁹, mais celle-ci n'a pas été maintenue. Il faut éviter, par une interprétation trop stricte de l'article 749 C.c.Q., de réintroduire à toute fin pratique cette présomption. Si le législateur n'avait pas voulu modifier le domaine de la représentation en matière testamentaire, il aurait maintenu les dispositions du droit antérieur. Ce n'est pas ce qu'il a fait et il faut donner aux nouvelles dispositions une portée compatible avec cette volonté de changement. En somme, que le testateur nomme tous ses enfants ou qu'il les désigne globalement sous le vocable « enfants », ou encore qu'il utilise simultanément les deux procédés, cela revient au même en ce qui concerne la représentation.

Par contre, un legs fait « aux enfants au premier degré » ne permet pas à la représentation de jouer. Il s'agit là d'une manifestation claire de la volonté du testateur d'exclure la représentation. Les mots « au premier degré » excluent tous les descendants des enfants du testateur, ce qui rend impossible la représentation²⁰.

Troisième situation. Le défunt laisse un conjoint et un petit-enfant issu de son seul enfant prédécédé. Son testament ne comporte que la clause suivante :

« Je lègue tous mes biens à mes enfants. »

Cette situation ressemble à la première examinée ci-dessus. La seule différence étant que le défunt n'a eu qu'un enfant prédécédé qui a laissé lui-même un enfant. Cela est-il

18 Le nom d'un enfant peut être omis sans que cela fasse obstacle à la représentation lorsque cet enfant est décédé avant le défunt et qu'il n'a pas de descendance. La disparition de sa souche équivaut à l'inexistence de cette souche.

19 Roger COMTOIS, *Le sens du terme « enfants » dans les dispositions à titre gratuit*, (1964) 14 R.J.T. 37.

20 On peut souligner que ce sont ces mêmes mots que le législateur utilise lorsqu'il veut restreindre la représentation : voir l'article 663 C.c.Q.

de nature à entraîner une solution différente? On pourrait penser, à première vue, que la solution demeure inchangée parce que le legs, conformément à l'article 749 C.c.Q., est au bénéfice de tous les descendants. Il ne faut toutefois pas oublier que la loi précise aussi que la représentation dans les successions testamentaires a lieu de la même manière et en faveur des mêmes personnes que dans les successions *ab intestat*. C'est ici que réside la difficulté. Il faut donc rechercher si, en pareilles circonstances, la représentation a lieu dans une succession déferée selon la loi.

La représentation étant un mécanisme destiné à assurer l'égalité entre les souches, on peut penser qu'elle nécessite une pluralité de souches. Cela s'infère de l'article 665 C.c.Q. qui énonce que, dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par souche. Lorsque le défunt n'a qu'un enfant unique²¹, il n'y a pas cette pluralité requise pour que le partage puisse s'opérer par souche. La pluralité de souches semble aussi être la prémisse sur laquelle s'appuie l'article 661 C.c.Q. pour définir les circonstances donnant lieu à la représentation en ligne directe descendante.

Il y a tout lieu de penser que, dans les successions légales, une pluralité de souches est requise pour que l'on puisse parler de représentation. Ainsi, dans les circonstances ci-dessus, le petit-enfant du défunt succéderait de son propre chef et non par représentation de son ascendant prédécédé puisqu'il n'existe qu'une souche. Il recueillerait les deux tiers de la succession et le conjoint, l'autre tiers²². La solution serait cependant identique si la représentation avait lieu. En effet, le petit-enfant, par représentation de son auteur prédécédé, recueillerait les deux tiers de la succession et le conjoint, l'autre tiers. Ceci démontre que dans les successions légales, cette question a peu ou pas de conséquences pratiques.

Il en va tout autrement dans les successions testamentaires où la solution varie selon que l'on fait jouer ou pas la représentation. Si la représentation a lieu, le petit-enfant recueille le legs et il succède pour le tout. Dans le cas

21 La situation serait la même si le défunt avait eu d'autres enfants tous prédécédés sans postérité.

22 Art. 666 C.c.Q.

contraire, le legs est caduc²³ et la succession est dévolue selon les règles des successions légales. Le conjoint recueille un tiers et le petit-enfant, les deux autres tiers. Comme on peut le constater, la question de savoir si la représentation a lieu n'est pas uniquement académique.

Quelle conclusion faut-il tirer? La représentation étant essentiellement un mécanisme visant à assurer l'égalité entre les souches, il est bien difficile d'admettre qu'elle puisse avoir lieu sans la présence de plusieurs souches et ce, qu'il s'agisse d'une succession légale ou testamentaire.

Quatrième situation. Le défunt laisse trois petits-enfants, l'un issu d'un fils prédécédé et les deux autres issus d'une fille prédécédée. Son testament ne comporte que la clause suivante :

« Je lègue tous mes biens à mes petits-enfants. »

✓ Il faut bien remarquer que ce legs est fait aux « petits-enfants » et non aux « enfants ». Le testateur a donc ignoré les souches auxquelles appartiennent ses petits-enfants et il a voulu qu'ils partagent sa succession par égales portions et par tête, ce qui signifie que chacun en recueille le tiers. Cette volonté doit être respectée et on ne peut faire intervenir la représentation comme si le legs avait été fait « aux enfants », ce qui favoriserait le petit-enfant issu du fils du défunt au détriment des autres petits-enfants. En effet, le premier recevrait alors la moitié de la succession et les deux autres se partageraient l'autre moitié. Une telle solution serait contraire à la volonté du défunt. L'article 749 C.c.Q. précise bien que la représentation peut être exclue par le testateur, expressément ou par l'effet des dispositions du testament.

On peut toutefois se demander si ce genre de legs est susceptible, en d'autres circonstances, de donner lieu à la représentation. On peut imaginer, par exemple, que le petit-enfant issu du fils du défunt décède avant ce dernier en laissant un enfant. Peut-on alors faire intervenir la représentation

23 Art. 750 C.c.Q.

pour permettre à cet arrière-petit-enfant de recueillir la part de son ascendant prédécédé et de venir ainsi à la succession avec les deux autres petits-enfants?

On sait qu'en ligne directe descendante la représentation a lieu à l'infini²⁴. Ce n'est donc pas à ce niveau qu'un obstacle peut surgir. La vraie question est encore celle de savoir si ce legs, comme l'exige l'article 749 C.c.Q., est fait à tous les descendants du testateur qui auraient été appelés à la succession s'il était décédé *ab intestat*. Comme on l'a déjà dit, cela signifie que la représentation n'a lieu de plein droit en faveur des descendants qu'en autant que le testateur manifeste par son legs son intention de les traiter de la même façon que si la succession était dévolue selon la loi. Il ne doit pas y avoir, expressément ou implicitement, d'exclusion par rapport aux règles de dévolution légale.

Ce legs aux petits-enfants fait abstraction des descendants au premier degré. Il ne rencontre donc pas à première vue les exigences de la loi. Il ne fait pas de doute que la représentation n'aurait pas lieu si un enfant du défunt lui avait survécu. Mais puisque dans la présente hypothèse aucun enfant n'a survécu, on ne peut pas dire qu'il y a exclusion. Si le défunt n'avait pas fait de testament, ce sont les petits-enfants qui auraient été appelés à la succession et la représentation aurait permis à l'arrière-petit-enfant de recueillir la part attribuée à la souche à laquelle il appartient. Compte tenu du parallélisme établi par l'article 749 C.c.Q. entre la représentation dans les successions légales et la représentation dans les successions testamentaires, il est logique de faire jouer ici la représentation en faveur de l'arrière-petit-fils. On ne peut plus cette fois prétendre que la volonté du testateur n'est pas respectée. Il a voulu traiter également tous ses petits-enfants et c'est respecter cette volonté que de maintenir cette égalité au niveau des souches que chacun d'eux forme. L'arrière-petit-fils recueille donc la part qui revenait à son ascendant en vertu du testament, soit le tiers de la succession²⁵.

24 Art. 661 C.c.Q.

25 On doit faire remarquer que si la succession était dévolue selon la loi, l'arrière-petit-fils aurait recueilli la moitié de la succession et non le tiers. La différence provient du fait que dans le présent cas les souches sont constituées par les petit-enfants et non par les enfants, conformément à la volonté du testateur.

Cinquième situation. Le défunt laisse un conjoint, une soeur et un neveu, fils d'un frère prédécédé. Son testament ne comporte que la clause suivante :

« Je lègue tous mes biens à mes frères et sœurs. »

Toutes les conditions requises pour qu'ait lieu la représentation sont ici présentes : le legs est fait à tous les collatéraux privilégiés du testateur qui auraient été appelés à sa succession s'il était décédé *ab intestat*, et il s'agit d'une situation où la représentation est admise en vertu des règles de dévolution légale²⁶. La soeur du défunt va ainsi recueillir la moitié de la succession et le neveu, l'autre moitié par représentation de son ascendant prédécédé.

L'existence d'un conjoint n'empêche pas la représentation d'avoir lieu pour les mêmes raisons que celles qui ont été données ci-dessus²⁷. Il en irait tout autrement si le défunt avait laissé un ou des descendants. En effet, non seulement l'article 749 C.c.Q. exige que le legs soit fait à tous les collatéraux, mais il requiert aussi que ces derniers aient vocation à succéder dans un contexte de succession légale. La présence de descendants enlève cette vocation aux collatéraux, ce qui écarte la représentation²⁸. Sans elle, c'est la soeur du défunt qui, à cause de la vocation que lui confère le legs universel, recueillerait toute la succession. On remarque que les descendants ne profitent pas de cette situation, alors que c'est leur présence qui empêche la représentation. On peut se demander si cela est logique. En fait, tout dépend des circonstances et il arrive que l'absence de représentation profite aux descendants. Ce serait le cas si, dans la présente situation, la soeur du défunt était décédée avant lui en laissant une fille. La représentation ne pouvant jouer en faveur du neveu et de la nièce à cause de la présence de descendants, le legs

26 Art. 663 C.c.Q.

27 Voir la première situation.

28 Voir dans le même sens : Germain BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, 2e éd. Wilson & Lafleur, Montréal, 1997, no 195, p. 149 et Jacques BEAULNE, *Les successions (ouverture, transmission, dévolution, testaments)*, dans *La réforme du Code civil*, t. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 247, 1993, no 241, p. 322.

aux frères et soeurs serait caduc et ce sont les règles de dévolution légale qui s'appliqueraient. En vertu de celles-ci, les descendants succèdent à l'exclusion des collatéraux.

Le législateur n'a pas voulu que la représentation chez les collatéraux puisse nuire dans aucune circonstance aux descendants du défunt. C'est la raison pour laquelle il exige à l'article 749 C.c.Q. que le legs soit fait à *tous les collatéraux du testateur qui auraient été appelés à sa succession s'il était décédé ab intestat*. Sans cette vocation à succéder, pas de représentation, même dans les situations où cela ne profite pas aux descendants du testateur.

4.2 Les legs à titre universel

Le legs à titre universel est en quelque sorte une subdivision du legs universel. Comme ce dernier, il porte sur une universalité, mais une universalité en sous-ordre, et, comme le legs universel, il donne une vocation à recevoir tous les biens compris dans cette universalité en sous-ordre. L'article 733 C.c.Q. énumère de façon limitative les différentes sortes de legs à titre universel²⁹. Voici donc d'autres situations susceptibles de soulever la question de la représentation.

Sixième situation. Le défunt laisse un conjoint, un enfant et un petit-enfant issu d'un autre enfant prédécédé. Son testament ne comporte que la clause suivante :

« Je lègue tous mes immeubles à mes enfants. »

Cette situation s'analyse exactement de la même façon que la première ci-dessus. Le fait qu'il s'agisse d'un legs à titre universel ne fait aucune différence. L'article 749 C.c.Q. ne distingue pas selon que le legs est universel ou à titre universel. L'enfant du défunt va donc recueillir la moitié des immeubles de la succession et le petit-enfant, l'autre moitié par représentation de son ascendant prédécédé. De même et pour les mêmes motifs que ci-dessus, l'existence d'un conjoint n'empêche pas la représentation d'avoir lieu.

29 Germain BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, 2e éd. Wilson & Lafleur, Montréal, 1997, no 361, p. 267.

Septième situation. Le défunt laisse un fils et une fille et deux petits-enfants issus respectivement d'un autre fils et d'une autre fille prédécédés. Son testament ne comporte que la clause suivante :

« Je lègue tous mes immeubles à mes fils et tous mes meubles à mes filles. »

Ce testament contient deux legs à titre universel³⁰ et c'est en regard de chacun d'eux que la question de la représentation doit être examinée. L'article 749 C.c.Q. exige que le legs soit fait à tous les descendants, peu importe qu'il s'agisse d'un legs universel ou à titre universel. Même si ces deux legs, considérés simultanément, s'adressent à tous les descendants, aucun d'eux pris individuellement ne rencontre cette exigence. La représentation ne peut donc profiter aux petits-enfants. C'est le fils survivant qui va recueillir seul les immeubles et la fille survivante qui va recueillir seule les meubles.

Huitième situation. Le défunt laisse un enfant et un petit-enfant issu d'un autre enfant prédécédé, une soeur et un neveu, fils d'un frère prédécédé. Son testament ne comporte que la clause suivante :

« Je lègue tous mes immeubles à mes enfants et tous mes meubles à mes frères et sœurs. »

Ce testament contient deux legs à titre universel³¹. Le legs des immeubles aux enfants a été examiné ci-dessus dans le cadre de la sixième situation et le fait qu'il soit accompagné ici d'un autre legs ne change pas l'analyse. La représentation a donc lieu en faveur du petit-enfant.

Le legs des meubles aux frères et soeurs ne donne pas lieu à la représentation en faveur du neveu. Comme on l'a vu ci-dessus dans le cadre de la cinquième situation, non seulement l'article 749 C.c.Q. exige que le legs soit fait à tous les collatéraux, mais il requiert aussi que ces derniers aient vocation à succéder dans un contexte de succession légitime. La

30 Art. 733 paragr. 3 C.c.Q.

31 Art. 733 paragr. 3 C.c.Q.

présence de descendants empêche cette condition de se réaliser. Il faut bien noter que ce n'est pas le legs fait aux descendants qui constitue un obstacle, mais bien la présence de descendants. Si le défunt n'avait laissé aucun descendant, la représentation aurait joué au profit du neveu.

4.3 Les substitutions

Le législateur a décidé de faire exception à l'article 749 C.c.Q. afin d'empêcher que la représentation ait lieu de plein droit dans les substitutions testamentaires. C'est l'article 1252 C.c.Q. qui introduit cette exception dans les termes suivants :

La caducité d'une substitution testamentaire à l'égard d'un grevé se produit sans qu'il y ait lieu à représentation; elle profite à ses cogrevés ou, à défaut, à l'appelé.

La caducité à l'égard d'un appelé profite à ses coappelés, s'il en existe; sinon, elle profite au grevé.

Dans tous les cas où la représentation de plein droit est admise dans les successions testamentaires, celle-ci est écartée s'il s'agit d'un legs créant une substitution, sauf disposition contraire du testateur. Cette règle s'applique tant à l'égard des grevés que des appelés.

Par exemple, si un testateur crée une substitution dont les grevés ou les appelés sont « ses enfants », la représentation n'aura pas lieu en faveur de leurs descendants. Dans le cas des grevés, la part d'un enfant du testateur décédé au moment de l'ouverture de la succession va profiter à ses cogrevés. En ce qui concerne les appelés, la part de l'enfant qui décède avant l'ouverture de la substitution profite à ses coappelés.

4.4 Les fiducies

On ne retrouve pas au chapitre de la fiducie une règle semblable à celle de l'article 1252 C.c.Q. qui écarte expressément la représentation dans les substitutions testamentaires. Faut-il en conclure que l'article 749 C.c.Q. s'applique en matière de fiducie personnelle créée par testament? Avant de tirer cette conclusion, il y a lieu de se pencher davantage sur les règles de la fiducie.

On pourrait penser au départ que la réponse à cette question se trouve au deuxième alinéa de l'article 1271 C.c.Q. Il n'en est rien. Cet alinéa renvoie aux articles 1221 et 1241 C.c.Q. en matière de substitution et il ne concerne que la question des accroissements entre cobénéficiaires des fruits et revenus lorsque l'un d'eux décède avant la date fixée pour l'ouverture des droits des bénéficiaires du capital de la fiducie.

Dans son ouvrage sur la fiducie, Jacques Beaulne aborde directement cette problématique. Voici en quels termes il la présente :

« Une importante question demeure cependant sans réponse précise dans les nouvelles règles de la fiducie : l'accroissement de l'article 1286 C.c.Q. a-t-il comme conséquence d'écarter, dans le cas d'une fiducie testamentaire, l'application de la représentation dans les legs, telle qu'établie à l'article 749 C.c.Q.? »³²

Cet auteur a raison de relier la problématique de la représentation aux dispositions de l'article 1286 C.c.Q. Ce texte règle le sort des droits d'un bénéficiaire qui renonce ou dont le droit devient sans effet, ce qui englobe les causes donnant ouverture à la représentation, soit l'indignité, le prédécès ou le codécès du bénéficiaire. Constatant que la loi prévoit en pareilles circonstances l'accroissement au profit des cobénéficiaires, il en conclut que la représentation est de ce fait exclue :

« Pour notre part, [...] nous estimons qu'au contraire l'article 1286 C.c.Q. a précisément comme résultat d'écarter implicitement l'application des règles de la représentation testamentaire en cas de caducité des droits du bénéficiaire; à cette mécanique il préfère en effet l'accroissement au profit des autres bénéficiaires de la fiducie. À notre avis, si le législateur avait préféré la représentation à l'accroissement, il aurait précisé, comme il l'a fait à l'article 750 C.c.Q., que le droit du bénéficiaire « passe, sauf s'il y a lieu à représentation », ce qu'il n'a pas fait. »³³

32 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Wilson & Lafleur, Montréal, 1998, no 281, p. 166. 2065, no 281, p. 248.

33 Jacques AUGER, *Droit des fiducies*, Wilson & Lafleur, Montréal, 1998, no 281, p. 166.

Les commentaires du ministre de la Justice en marge de l'article 1286 C.c.Q., bien que moins explicites, vont dans le même sens. Voici ce qu'on peut lire à ce sujet :

« Cet article présente les règles supplétives de dévolution du droit d'un bénéficiaire qui renonce ou dont le droit devient sans effet.

Cet article nouveau vise à combler une lacune du droit antérieur. Il s'inspire des règles établies en matière de substitution. »

Cette référence aux règles relatives aux substitutions est révélatrice. Comme on l'a vu ci-dessus, c'est l'accroissement seul qui joue dans les substitutions où la représentation a été expressément écartée par l'article 1252 C.c.Q. Le commentaire du ministre ne contiendrait pas cette allusion aux règles des substitutions s'il n'avait pas été convaincu que la représentation était également écartée en matière de fiducie par la règle de l'article 1286 C.c.Q.

Ces deux opinions paraissent bien fondées et il faut en conclure que la représentation ne joue pas de plein droit dans les fiducies testamentaires. Il appartient donc au testateur de l'introduire lorsqu'il désire qu'elle ait lieu en faveur de certains bénéficiaires.

CONCLUSION

Il semble à prime abord curieux de parler de représentation de plein droit dans les successions testamentaires. La représentation étant fondamentalement un mécanisme de dévolution légale, elle devrait logiquement être écartée lorsqu'un testateur décide de régler lui-même la dévolution de ses biens. Si le législateur a jugé opportun de l'introduire dans les successions testamentaires, c'est parce qu'il croyait que cela permettrait d'éviter des injustices. Ce faisant, il a adopté des dispositions, celles de l'article 749 C.c.Q., qui sont davantage interprétatives que supplétives. On ne peut pas vraiment dire en effet que ces règles suppléent au silence du testateur puisque celui-ci a exprimé ses volontés. Elles interprètent cette manifestation de volonté et la complètent à la manière d'une présomption. C'est pourquoi elles doivent céder le pas

dès que le testateur, expressément ou implicitement, a manifesté une intention différente ou contraire. La grande règle demeure donc celle de la primauté de la volonté exprimée sur la volonté présumée.

Ces nouvelles dispositions ne dispensent donc pas nécessairement un testateur d'aborder la question de la représentation. Il doit absolument le faire lorsqu'il veut empêcher la représentation de jouer dans des circonstances où elle aurait lieu de plein droit. Il doit également traiter de ce sujet lorsqu'il désire que la représentation ait lieu dans des situations autres que celles prévues par la loi. Il peut enfin être utile qu'il précise ses intentions en matière de représentation même dans les cas où celle-ci existe de plein droit. En procédant ainsi, il exprime ses dernières volontés de façon claire et précise, tout en éliminant les difficultés d'interprétation que ne manqueront pas de soulever les dispositions de l'article 749 C.c.Q.