

LE MANDAT DE PROTECTION EN CAS D'INAPTITUDE DU MANDANT : UNE INSTITUTION À PARFAIRE

Claude Fabien*

Synthèse	407
Introduction.	409
1. Simple contrat ou <i>régime de protection</i> ?	411
2. Acte unilatéral et secret ou <i>véritable contrat</i> ?	417
3. Pouvoirs démesurés ou <i>pouvoirs sur mesure</i> ?	420
4. Chèque en blanc ou <i>inventaire et reddition de compte périodique</i> ?	423
5. Mandat immuable ou <i>mandat adaptable aux intérêts du mandant</i> ?	426
6. Abus du mandat ordinaire ou <i>transition prudente et diligente</i> ?	432
Conclusion	437

* Claude Fabien est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheur associé à la Chaire du notariat de l'Université de Montréal. Ce sujet a été présenté pour la première fois le 27 septembre 2006, dans le cadre des conférences de la Chaire du notariat.

SYNTHÈSE

Le conférencier jette un regard critique sur le *mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant* et formule l'hypothèse que cette institution ne protège pas adéquatement les personnes devenues inaptes, qui y ont pourtant massivement adhéré. Il propose des changements à la pratique contractuelle et à la loi autour de six questions.

- Quelle est la nature de cette institution et quelles en sont les conséquences : simple contrat ou régime de protection ?
- Faut-il exécuter ce mandat comme un acte unilatéral et secret ou plutôt comme un véritable contrat bilatéral, avec le concours du mandataire et des obligations à sa charge ?
- Faut-il stipuler automatiquement les pouvoirs de la pleine administration ou plutôt limiter les pouvoirs du mandataire à ceux qui sont nécessaires pour répondre aux besoins du mandant, tout en le mettant à l'abri des abus ?
- Faut-il donner carte blanche au mandataire ou plutôt l'obliger à faire inventaire et à rendre compte périodiquement ?
- Le mandat doit-il être immuable ou plutôt susceptible d'être adapté aux besoins du mandant, selon leur évolution ?
- Lorsque survient l'inaptitude, faut-il laisser le mandataire ordinaire agir indéfiniment avec une procuration générale en pleine administration ou plutôt l'obliger à faire homologuer avec diligence le mandat de protection, tout en limitant ses pouvoirs dans l'intervalle à ceux de la simple administration ?

INTRODUCTION

En 1989, le législateur québécois a inventé une institution originale, comme substitut facultatif de la tutelle ou de la curatelle, qu'il a nommée « mandat donné dans l'éventualité de l'incapacité du mandant »¹. Il l'a greffée en annexe des dispositions du contrat de mandat, dans le *Code civil du Bas Canada*. En 1991, lorsqu'il a adopté le nouveau *Code civil du Québec*, il a reconduit la nouvelle institution presque sans changement.

Cette institution a connu un succès phénoménal. Au 31 décembre 2006, le Registre des mandats en prévision de l'incapacité de la Chambre des notaires avait enregistré, depuis sa création en 1991, un total de 1 436 194 mandats. Au cours de l'année 2006, il a enregistré 124 526 mandats, ce qui reflète un taux de croissance d'environ 10 %. À la même date, il avait reçu un nombre cumulatif de 19 750 demandes de recherche de mandat. Sur les 2 803 demandes reçues en 2006, 70 % ont conduit à la découverte d'un mandat plus récent que tout autre enregistré au Registre de la Chambre des notaires. Le Barreau du Québec possède son propre Registre des mandats, plus récent et moins fréquenté. Depuis 2003, une entente entre les deux ordres professionnels fait en sorte que toutes les demandes de recherche sont effectuées simultanément sur les deux registres. Enfin, pour avoir une idée exacte du phénomène, il faudrait aussi tenir compte des innombrables formules de mandat distribuées gracieusement ou sur une base commerciale, qui sont exécutées sous seing privé, sans l'assistance d'un professionnel, et qui ne sont pas enregistrées. On pourrait dire, sans trop d'imprudance, que le nombre de mandats en cas d'incapacité qui ont été signés de diverses manières est de l'ordre de 1,5 à 2 millions d'exemplaires, depuis la création de l'institution.

Ce succès ne doit toutefois pas faire taire tout sens critique. Il ne faut pas y voir un plébiscite en faveur du régime juridique et de l'expérience de l'institution. Certes, l'idée de choisir soi-même son futur protecteur, plutôt que de s'en remettre à la famille ou à la justice, a pu séduire. Mais tous ces mandats sont signés par des personnes aptes et le plus souvent bien portantes, à titre de précaution contre une éventualité qu'elles souhaitent la plus lointaine et la plus

1. *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54, entrée en vigueur le 15 avril 1990. Le Code civil a été modifié par l'introduction des articles 1731.1 à 1731.11 C.c.B.C.

improbable. De fait, seul un petit nombre d'entre elles aura à vivre l'expérience d'une tranche de vie sous le régime de ce mandat. Certains vont mourir sans connaître de période d'incapacité. Pour d'autres, même si l'incapacité survient, le mandat n'entrera jamais en vigueur, pour diverses raisons : inaction ou refus du mandataire, ouverture d'un autre régime de protection, exploitation induite d'une procuration générale, etc.

On connaît peu de choses sur l'expérience effective du mandat en vigueur pendant l'incapacité du mandant. Il n'y a pas eu d'étude empirique sur la question. La jurisprudence envoie des signaux contradictoires. Elle fait certes apparaître certaines difficultés vécues par des personnes incapables, mais le nombre relativement limité des décisions donne plus une impression de cas isolés que de problèmes systémiques. On peut supposer que le nombre de litiges ne reflète pas nécessairement la réalité. Précisément parce que ses forces et ses facultés intellectuelles sont diminuées, il est peu probable que la personne incapable prenne l'initiative d'une plainte et encore moins d'un litige. Les contestations vigoureuses viennent davantage de luttes de pouvoir ou d'intérêts pécuniaires à l'intérieur des familles, que de cas d'exploitation des bénéficiaires de l'institution. Les personnes incapables qui se retrouvent sous un régime de mandat sont-elles heureuses ? L'institution tient-elle ses promesses et remplit-elle sa mission envers elles ? Nous ne disposons pas de réponse scientifique à ces questions.

L'absence de données empiriques ne nous empêche toutefois pas de soumettre l'institution à l'examen de la critique juridique. Nous formulons l'hypothèse qu'elle n'est pas parfaitement au point sur le plan théorique et que, sous certains aspects, elle ne protège pas adéquatement les personnes devenues incapables. Nous envisagerons des changements à la loi et à la pratique contractuelle autour de six questions. (1) Quelle est la nature de cette institution et quelles en sont les conséquences : simple contrat ou régime de protection ? (2) Faut-il exécuter ce mandat comme un acte unilatéral et secret ou plutôt comme un véritable contrat bilatéral, avec le concours du mandataire et des obligations à sa charge ? (3) Faut-il stipuler automatiquement les pouvoirs de la pleine administration ou plutôt limiter les pouvoirs du mandataire à ceux qui sont nécessaires pour répondre aux besoins du mandant, tout en le mettant à l'abri des abus ? (4) Faut-il donner carte blanche au mandataire ou plutôt l'obliger à faire inventaire et à rendre compte périodiquement ? (5) Le mandat doit-il être immuable ou plutôt susceptible d'être adapté aux besoins du mandant, selon leur évolution ? (6) Lorsque survient l'incapacité, faut-il laisser le mandataire ordinaire agir indéfiniment avec une procuration générale en pleine administration ou plutôt l'obliger à faire homologuer avec diligence le mandat de protection, tout en limitant ses pouvoirs dans l'intervalle à ceux de la simple administration ? Telles sont les questions que nous voulons maintenant examiner.

1. SIMPLE CONTRAT OU RÉGIME DE PROTECTION ?

Quelle est donc la nature véritable de cette institution ? S'agit-il d'un simple contrat ou d'un régime de protection ? Le simple fait que nous soyons encore à nous poser cette question après plus de quinze ans de pratique de l'institution est symptomatique. On a parlé avec raison d'une crise d'identité². D'autres pourraient y voir des traits de schizophrénie. Il y a sur cette question deux écoles de pensée : celle du contrat et celle du régime de protection.

La première école estime que le mandat donné en cas d'inaptitude est essentiellement un contrat. Le facteur dominant est la volonté contractuelle qui est inscrite dans les termes du mandat et qu'il faut respecter à tout prix. Il en résulte, au stade de l'homologation, un choix binaire : on homologue le mandat tel quel ou pas du tout. Il ne saurait être question de le modifier, même s'il était opportun de le faire. Il serait impensable que le tribunal puisse modifier le mandat en cours d'exécution ou qu'il puisse modifier une décision du mandataire, même si l'intérêt du mandant le commandait. Le respect de la volonté qu'il a exprimée au moment où il a signé constitue son seul véritable intérêt. Le tribunal ne pourrait davantage imposer au mandataire des mesures de contrôle et de vérification de sa gestion, si le mandant n'en a pas prévu au contrat, même si les vertus préventives en étaient démontrées. À défaut d'autres stipulations, on appliquerait les seules mesures de contrôle prévues au Code : le compte final ou la révocation au cas de gestion fautive.

La seconde école considère que ce mandat est un régime de protection du mandant devenu inapte. Le facteur dominant est l'intérêt de l'inapte. Au stade de la demande d'homologation du mandat, on souhaiterait pouvoir adopter la solution la mieux adaptée à la condition concrète de l'inapte, même si ce n'est pas celle qu'il avait prévue au moment, parfois reculé, où il avait signé le mandat. On souhaiterait que le tribunal puisse modifier le mandat en cours d'exécution ou même modifier une décision inopportune du mandataire, si l'intérêt du mandant le commandait. On souhaiterait que le tribunal puisse imposer certaines mesures de contrôle, comme la reddition de compte périodique, là où elle paraît indiquée dans l'intérêt du mandant.

Nous avons carrément pris parti pour la seconde école : le mandat en cas d'inaptitude est un régime de protection³. Plusieurs arguments militent en faveur de cette solution. En premier lieu, la mission primordiale du droit envers la personne devenue inapte est d'assurer sa protection : il ne saurait y en avoir d'autre. L'intention du législateur est claire : lorsqu'il précise, à l'article 2131 C.c.Q., la

2. Michel BEAUCHAMP, « Le mandat d'inaptitude : crise d'identité ? », (2005) 1 *C.P. du N.* 335, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

3. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B.* 951, 958.

finalité du mandat, il reprend les mêmes termes que ceux qui décrivent la finalité des autres régimes de protection du majeur, à l'article 256 C.c.Q. : ils visent à assurer la protection de la personne du majeur inapte, l'administration de ses biens et « en général son bien-être moral ou matériel » renchérit l'article 2131 C.c.Q.

En deuxième lieu, le recours du législateur à une technique hybride, empruntant à la fois à la technique des contrats et à celle des régimes de protection, ne doit pas occulter la finalité véritable de l'institution. Il ne faut pas y voir un conflit de valeurs entre le respect de la volonté contractuelle du mandant et la finalité de protection. Ce ne sont pas des valeurs de même ordre. La mission de protection de l'inapte est dominante. La technique contractuelle est subordonnée à sa protection et vise à la favoriser. Le majeur capable a certes avantage à choisir lui-même son futur protecteur et à lui donner les instructions et les pouvoirs qu'il juge opportuns, au moment où il signe son mandat. Toutefois, sa faculté de prévision a des limites. Il ne sera plus apte à juger si ses prévisions s'avèrent adéquates pour assurer sa protection, quand viendra le moment de les mettre en application. Qui prendra la relève ?

En troisième lieu, il faut se garder de faire de la volonté contractuelle un absolu. Elle est, en partie, une fiction. Certes le choix et la désignation de la personne à qui on entend confier sa protection dans un moment de grande vulnérabilité sont hautement significatifs et méritent le plus grand respect. Mais l'aménagement du régime contractuel est souvent le fait d'une adhésion aveugle à des formules « magiques ». On fait confiance au professionnel ou à l'éditeur de formules « toutes faites ». Qui n'a pas entendu parler de ces « parties » de signature autour d'une table où les membres de la famille s'échangent les formules de mandat, en signant comme témoins les uns des autres ? En outre, même lorsqu'elles sont réfléchies, les stipulations peuvent perdre leur sagesse en raison de l'écoulement du temps, parfois considérable, ou par un changement de circonstances imprévu.

En quatrième lieu, il importe de distinguer entre la nature de l'institution et son régime juridique. Même si le mandat en cas d'inaptitude est qualifié de régime de protection, il n'en découle pas nécessairement que toutes les dispositions qui régissent les autres régimes de protection du majeur doivent être intégralement appliquées au mandat, à titre supplétif. Si le législateur a clairement fait des choix différents, dans l'aménagement du régime juridique, il faut les respecter. C'est ainsi que la Cour d'appel a décidé que, même si elle reconnaissait la finalité de protection du mandat en cas d'inaptitude, elle ne pouvait pas étendre au mandataire l'obligation faite au tuteur au majeur de rendre compte au curateur public⁴.

4. *Curateur public du Québec c. D.S.*, 2006 QCCA 83 (C.A.), 26 janvier 2006.

La détermination de la nature du mandat n'a pas pour but ou conséquence d'écarter les règles de droit claires : elles s'imposent. Mais cette détermination a l'effet d'un phare qui éclaire l'interprétation, en cas d'obscurité de la loi ou du contrat, et qui guide leur application lorsque deux solutions semblent disponibles. L'affirmation que la véritable nature du mandat est celle d'un régime de protection doit devenir le principe directeur d'une éventuelle révision législative et l'inspiration de la pratique contractuelle. Voyons quelles pourraient en être les conséquences.

A. Changer la loi

Trois modifications devraient être apportées à la loi pour bien refléter la nature du mandat donné en cas d'inaptitude : changer son nom, changer sa place dans le Code civil et changer son régime de droit supplétif.

1) Adopter l'appellation « mandat de protection »

Nommée en 1989 « mandat donné dans l'éventualité de l'inaptitude du mandant »⁵, la nouvelle institution est devenue, en 1991, le « mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant »⁶. Dès le départ, cette longue périphrase a donné lieu à la contraction bien prévisible de « mandat d'inaptitude », qui n'a pas de sens en français. Outre les difficultés d'indexation qu'elle peut susciter, la périphrase est condamnée à devenir inexacte lorsque le mandat, dûment homologué, en vient à remplir sa fonction. Le mandataire n'est plus porteur d'un mandat « donné en prévision de l'inaptitude du mandant », mais bien d'un mandat donné pour représenter le mandant effectivement devenu inapte.

Mais surtout, l'appellation du Code civil a le défaut de taire la finalité de l'institution. Ce silence n'est pas étranger à la confusion des perceptions. Avec d'autres⁷, nous avons proposé l'appellation « mandat de protection » qui véhicule si bien la vocation essentielle de l'institution⁸. Cette proposition a conquis la Cour d'appel qui a « homologué » l'appellation *mandat de protection* et l'a utilisée tout au long de sa décision comme terme tout aussi commode qu'expressif⁹.

5. *Loi sur le curateur public*, *supra*, note 1.

6. *Code civil du Québec*, art. 2166-2174.

7. Jean LAMBERT, « La genèse du mandat de protection et quelques autres considérations », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée ?*, vol. 146, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 104.

8. Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans *La réforme du Code Civil*, Tome 2 – Obligations, contrats nommés, Sainte-Foy, P.U.L. 1993, p. 933, n° 67. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », *supra*, note 3, p. 957.

9. *Curateur public du Québec c. D.S. (C.A.)*, *supra*, note 4, par. 17.

Il ne reste qu'au législateur à emboîter le pas. Notre texte veut contribuer à la campagne de promotion. Un tel changement n'aurait rien de superficiel ou de purement cosmétique. L'appellation *mandat de protection* a une haute valeur symbolique et pédagogique. Elle véhicule tout un programme pour le mandataire. Elle éclaire le sens de sa mission et la valorise. Elle ne peut avoir que des retombées positives.

2) Placer le mandat de protection avec les autres régimes de protection

Le législateur devrait sortir le mandat de protection du livre *Des obligations* (contrats nommés – mandat) pour le placer au livre *Des personnes* (régimes de protection du majeur)¹⁰. Un observateur et acteur de la genèse de l'institution a dit que c'est presque par accident que la nouvelle institution s'est retrouvée associée au contrat de mandat¹¹. Intervenant aux travaux de la commission parlementaire sur le droit des obligations, en 1988, il a fait un aparté sur les vicissitudes de l'ouverture d'une curatelle pour le majeur devenu inapte et lancé l'idée de l'utilisation d'une procuration spéciale à la même fin. Une personne pourrait ainsi choisir son futur curateur, un peu comme un testateur choisit son liquidateur. L'idée fit son chemin. Il écrit¹² :

L'esprit du rédacteur n'était pas limpide au moment de cette rédaction. Cette confusion s'est ainsi reflétée dans le choix d'une construction législative qualifiée d'erratique par le professeur Monique Ouellette.

L'insertion du mandat de protection dans les dispositions du contrat de mandat fut une erreur. L'institution a beaucoup plus en commun avec les autres régimes de protection du majeur qu'avec le contrat de mandat, en commençant par sa nature et sa finalité. Nous avançons deux autres hypothèses pour expliquer cette implantation contre nature. D'une part, il existait à l'époque une pratique inquiétante qui consistait à utiliser indéfiniment une procuration générale pour représenter la personne devenue inapte, pour lui éviter des frais et le choc de ce qui s'appelait alors la procédure d'*interdiction* nécessaire à la nomination d'un curateur. On faisait même signer le mandant alors que son aptitude n'était plus tout à fait évidente. Le législateur a vraisemblablement voulu répondre au désir de la pratique de résoudre le problème posé par la légalité douteuse de cet expédient. L'erreur a consisté à associer superficiellement le remède au mal.

10. Gérard GUAY, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude*, Chambre des notaires du Québec, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 3.

11. Jean LAMBERT, « La genèse du mandat de protection et quelques autres considérations », *supra*, note 7, p. 87.

12. *Ibid.*, p. 89.

D'autre part, il faut se souvenir qu'à l'époque du *Code civil du Bas Canada*, le tribunal devait prononcer l'interdiction « pour imbécillité, démence ou fureur », à moins que ce ne soit pour « ivrognerie d'habitude », selon les termes de l'article 343 C.c.B.C. Le caractère infamant de ce langage avait sans doute terni l'image de ce régime de protection et expliquait en partie la désaffection du public à son endroit. La création du mandat de protection a vraisemblablement été influencée par la préoccupation politique de donner à la nouvelle institution les apparences inoffensives d'un contrat pour la rendre attrayante et populaire. On a cru nécessaire de la dissocier de la tutelle et de la curatelle au majeur, de peur que la persistance des anciens préjugés ne lui fasse ombre. On était à l'époque de l'émergence de la rectitude politique.

Il n'y a rien à dire contre le souci de soigner les apparences et de moderniser le langage au point de neutraliser les obstacles d'ordre émotif qui pourraient nuire à la finalité et au succès de la nouvelle institution. Il ne fallait pas le faire au détriment de la substance. Son insertion dans le contrat de mandat fut une précaution inutile qui risquait de masquer sa vocation de protection et entraver son intégration harmonieuse avec les autres régimes de protection, notamment sur le plan du droit supplétif.

3) Suppléer par les règles des autres régimes de protection

Le législateur devrait adopter, comme droit supplétif au mandat de protection, les règles de la tutelle au majeur et de l'administration du bien d'autrui (art. 2168 C.c.Q.), sous réserve de certaines adaptations. Ce serait là une des conditions de son intégration harmonieuse aux autres régimes de protection. Cette opération serait grandement facilitée par le déplacement du mandat de protection dans leur voisinage.

Dans l'état actuel du droit, la question du droit supplétif applicable au mandat de protection n'est pas simple. Les règles spécifiques au mandat de protection ne comportent qu'une seule référence au droit supplétif : l'article 2168 C.c.Q. réfère aux règles relatives à la tutelle au majeur « lorsque la portée du mandat est douteuse ». Cette référence, qui aurait pu être interprétée de façon extensive, a plutôt été interprétée de façon restrictive. On n'a pas voulu l'exploiter pour intégrer au mandat de protection des obligations typiques du tuteur, comme celle de faire inventaire, de faire rapport périodiquement, ou même de rendre compte au curateur public¹³.

Son insertion dans les règles du contrat de mandat fait en sorte que ces règles sont supplétives, au premier degré. Elles-mêmes comportent des références implicites aux règles de l'administration du bien d'autrui, mais elles ont une

13. *Curateur public du Québec c. D.S. (C.A.)*, *supra*, note 4.

portée limitée. Lorsque l'article 2135 C.c.Q. prévoit en quels termes doivent être exprimés les pouvoirs de simple administration et ceux de pleine administration, il ne définit pas ces termes : ces derniers réfèrent implicitement aux articles 1301 à 1307 C.c.Q., dans l'administration du bien d'autrui, où ils sont plus amplement définis.

Il n'y a pas de raison, autre que la situation géographique dans le Code, pour justifier que le droit supplétif au mandat de protection soit tiré des règles du contrat de mandat, plutôt que des règles de l'administration du bien d'autrui. Ces dernières ont été conçues pour compléter les régimes de protection. Elles sont complètes, elles se suffisent à elles-mêmes, elles sont mieux adaptées à cette mission. Leur application au mandat de protection assurerait des solutions davantage conformes à la vocation de l'institution¹⁴.

Il existe des disparités de règles entre le mandat et l'administration du bien d'autrui. Les plus frappantes visent la responsabilité du mandant et du mandataire envers les tiers. Le mandant peut être tenu envers le tiers en vertu d'un mandat apparent (art. 2163 C.c.Q.). Le mandat apparent n'est pas opposable au bénéficiaire de l'administration du bien d'autrui, s'il est inapte (art. 1323 C.c.Q.). Le mandant peut être tenu pleinement responsable du préjudice que la faute de son mandataire cause à un tiers (art. 2164 C.c.Q.). La responsabilité du bénéficiaire de l'administration du bien d'autrui, pour la même cause, est limitée « aux avantages qu'il a tirés de l'acte » (art. 1322 C.c.Q.). En outre, la latitude du tribunal est plus grande pour réduire la responsabilité de l'administrateur du bien d'autrui envers son bénéficiaire (art. 1318 C.c.Q.) que pour réduire la responsabilité du mandataire envers le mandant (art. 2148 C.c.Q.).

Il n'y a pas de raison, non plus, de tenir le mandat de protection à l'écart de la fonction supplétive des règles de la tutelle au majeur. Elles imposeraient au mandataire des mesures de contrôle, comme l'obligation de faire un inventaire au début de son administration et celle de rendre compte périodiquement. Pour ceux qui voient dans ces mesures une limite à la liberté du mandant, qu'il suffise de dire que ces obligations ne seraient pas d'ordre public : le mandant pourrait dispenser son mandataire par une stipulation expresse.

Il resterait à débattre de l'opportunité de soumettre le mandataire à l'obligation de rendre compte au curateur public, comme le tuteur au majeur est tenu de le faire. La Cour d'appel a décidé que, dans l'état actuel de la loi, le mandataire n'était pas assujéti à cette obligation¹⁵. Faut-il changer la loi pour imposer le contrôle du curateur public à tous les mandataires ? L'État s'y opposerait

14. Madeleine CANTIN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 95, n° 118.

15. *Curateur public du Québec c. D.S. (C.A.)*, *supra*, note 4.

probablement, en raison du fardeau administratif et financier lié à une telle mesure. Certains craindraient le péril bureaucratique auquel la formule actuelle permet d'échapper et combattraient un tel changement. Ne serait-il pas sage d'adopter une solution de souplesse qui permettrait au mandant de stipuler cette obligation, s'il le souhaite, et au tribunal de l'imposer au mandataire, s'il juge que l'intérêt de l'inapte le commande dans des circonstances particulières ?

B. Changer la pratique contractuelle

Nous ne sommes pas condamnés à attendre la révision de la loi pour améliorer le régime du mandat de protection. La pratique contractuelle peut y contribuer pour beaucoup, à condition de sortir des ornières des formules toutes faites et des idées reçues. Voici quelques suggestions.

1) Adopter l'appellation « mandat de protection »

Toutes les raisons invoquées pour que le législateur opte pour cette appellation valent également pour la pratique contractuelle. Elle a toute liberté de l'adopter sans plus attendre. Si l'on craint que certains clients se demandent si « mandat de protection » désigne autre chose que ce que le Code civil nomme « mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant », il suffirait, pour les rassurer, d'explicitier le lien, sous la forme de « *mandat de protection* en cas d'inaptitude du mandant » ou « *mandat de protection* du mandant inapte ».

2) Stipuler une clause de droit supplétif

Le mandant n'est pas lié par la fonction supplétive des règles du mandat. Il peut les exclure et déclarer vouloir s'en remettre, à tous égards, aux règles de la tutelle du majeur et de l'administration du bien d'autrui, sous réserve des adaptations qu'il estime souhaitables. Cette stipulation peut certes contribuer à améliorer le régime de son mandat. Elle a cependant des limites. Par exemple, la stipulation ne peut pas affecter les droits des tiers contre le mandant ou le mandataire. Seule une modification de la loi pourrait apporter au mandant inapte la protection accrue des dispositions de l'administration du bien d'autrui contre les recours des tiers. En outre, il est douteux que le mandant puisse imposer au curateur public l'obligation de recevoir le compte du mandataire, soit par une clause de droit supplétif incorporant les obligations du tuteur, soit même par une stipulation expresse.

2. ACTE UNILATÉRAL ET SECRET OU VÉRITABLE CONTRAT ?

Le mandat de protection ne doit pas être un acte unilatéral et secret. C'est un véritable contrat et, en conséquence, le mandataire devrait concourir à sa

formation. Il n'y a pas de contradiction avec notre réponse antérieure. La première question portait sur la nature de l'institution, alors que la seconde vise la technique contractuelle qu'elle a choisi d'emprunter. Notre réponse s'appuie sur la loi. Les articles 2130 et 2131 C.c.Q. disent sans équivoque que le mandat de protection est un contrat.

Alors comment se fait-il que, malgré les textes, on en a fait un acte unilatéral et secret, assimilable à une offre de contracter, offre qui est levée par le mandataire de façon expresse ou tacite, la plupart du temps après la survenance de l'inaptitude du mandant ? En toute logique juridique, peut-on conclure un contrat de cette importance avec un inapte, surtout s'il attribue des pouvoirs de pleine administration ? Une offre de contracter peut-elle valablement être levée après la survenance de l'inaptitude de son auteur ?

Toutes ces difficultés auraient pu être évitées si l'institution avait démarré du bon pied. Dès le départ, les rédacteurs des premières formules ont créé une perception étrangère à la loi, qui a été servilement recopiée par la suite. Elle découle d'une assimilation superficielle avec le testament. L'analogie a pu être utile au stade de la conception du mandat de protection. Si une personne peut librement désigner le liquidateur de sa succession, pourquoi ne pourrait-elle pas aussi choisir son futur mandataire pour la représenter lorsqu'elle sera devenue inapte ? On a fait l'erreur de transformer l'analogie en modèle. On a fait de l'inaptitude une métaphore de la mort. Ce n'est pas la voie que le législateur a suivie. Il n'a pas greffé le mandat de protection au droit des successions. Il en a fait un contrat.

Outre l'entrave à la logique juridique, l'acte unilatéral et secret entraîne des inconvénients sérieux sur le plan de la protection. Premièrement, si le mandat de protection est secret, il est possible que le mandataire n'en sache jamais rien et que le mandat reste lettre morte. Deuxièmement, même s'il le découvre, le mandataire peut décider de ne rien faire ou de refuser le mandat. Encore là, l'intention contractuelle du mandant est déjouée. Troisièmement, le mandataire n'aura jamais l'occasion d'en discuter avec le mandant et de lui demander des précisions au besoin, notamment sur ses attentes et ses volontés de fin de vie.

Enfin, l'inconvénient majeur est sans doute le fait que, tant que le contrat n'est pas formé, le mandataire n'a aucune obligation envers le mandant. Or, il serait souhaitable, dans l'intérêt de sa protection, que le mandataire collabore bien avant l'homologation du mandat. Il devrait notamment se tenir au courant de l'évolution de la santé du mandataire, pour pouvoir intervenir en temps opportun. Il devrait se charger de demander l'homologation du mandat avec diligence. S'il n'est plus disponible pour agir comme mandataire, il devrait faire le nécessaire pour assurer la représentation de la personne devenue inapte, soit en trouvant

un remplaçant, si le contrat le permet, soit en demandant l'ouverture d'un autre régime de protection.

Certains objecteront que le secret est bien commode. Il permet d'éviter les tensions dans les familles, provenant des membres frustrés de ne pas avoir été choisis. Il permet au mandant de changer de mandataire sans vexer la personne qu'il écarte. Les avantages du secret sont largement dépassés par les inconvénients. De toute manière, ces derniers peuvent être largement atténués. D'une part, il est possible d'éviter les tensions familiales en stipulant une obligation de discrétion à la charge des deux parties.

D'autre part, le mandant devrait demeurer libre de changer de mandataire à sa guise. Pour produire ce résultat, il faut toutefois une stipulation expresse visant à écarter l'application des règles du mandat. L'article 2180 C.c.Q. prévoit en effet que, pour avoir effet, la révocation implicite du mandat par la constitution d'un nouveau mandataire doit être signifiée à l'ancien. Dans le mandat de protection, la constitution d'un nouveau mandataire devrait emporter révocation du mandat antérieur, sans nécessité de notifier le premier mandataire. Cette solution se justifie par le fait que le mandataire n'a pas commencé à représenter le mandant auprès des tiers, puisque le mandat n'est encore homologué. En outre, l'article 2181 C.c.Q. rend le mandant responsable du préjudice causé au mandataire par la révocation faite à contretemps ou sans motif sérieux. Cette contrainte devrait être écartée du mandat de protection, soit par stipulation, soit éventuellement par modification de la loi.

A. Changer la loi

Afin de consolider la technique contractuelle à laquelle le législateur a judicieusement eu recours, il devrait modifier la loi, pour en faire mieux apparaître les conséquences. Notamment, la loi devrait :

- 1) faire concourir le mandataire à la formation du contrat de mandat par sa signature à l'acte (art. 2130, 2131, 2166, 2167 C.c.Q.) ;
- 2) édicter l'obligation, pour le mandataire, de se tenir au courant de l'évolution de la santé du mandant, de demander l'homologation du mandat lorsque survient son inaptitude (art. 2166 C.c.Q.), de prévenir le mandant de son indisponibilité si elle survient avant l'inaptitude de ce dernier ou de demander l'ouverture d'un régime de protection si elle survient après ;
- 3) prévoir que mandant et mandataire peuvent résilier unilatéralement le mandat de plein droit, sans indemnité, sous réserve des obligations du mandataire (art. 2174 C.c.Q.).

B. Changer la pratique

Encore ici, point n'est besoin d'attendre le législateur pour que le mandant bénéficie des avantages d'un véritable contrat, scellé à un moment où il jouit de toutes ses facultés mentales. Il suffit que la pratique adopte les mesures suivantes :

- 1) faire signer le contrat par le mandataire, de préférence en présence du mandant, et lui remettre copie du mandat ;
- 2) stipuler des obligations pour le mandataire, entre son acceptation du mandat et son homologation, tel que suggéré ci-dessus ;
- 3) stipuler la faculté du mandant et du mandataire de résilier unilatéralement le mandat, à leur discrétion et sans indemnité ;
- 4) désigner un mandataire remplaçant et le faire aussi concourir à l'acte.

3. POUVOIRS DÉMESURÉS OU POUVOIRS SUR MESURE ?

Notre critique porte ici sur l'article 2135 C.c.Q. qui prescrit que les pouvoirs de pleine administration doivent être stipulés en termes exprès, c'est-à-dire énumérés en toutes lettres, avec exception pour le mandat de protection, où il suffit d'écrire « Je donne les pouvoirs de pleine administration », sans prendre la peine de les énumérer.

Il convient de rappeler le fondement de la règle générale. Elle constitue une mesure de protection du mandant. La rédaction explicite est une forme de mise en garde qui lui est adressée pour qu'il mesure bien les conséquences des pouvoirs qu'il s'apprête à donner au mandataire. Les pouvoirs de pleine administration ont un impact important et souvent irréversible sur son patrimoine. On veut qu'il en soit bien conscient et lui éviter les mauvaises surprises.

Si cette règle de sagesse s'impose pour tous les mandants, y compris les plus savants et expérimentés d'entre eux, ne s'impose-t-elle pas à plus forte raison lorsque le mandant s'apprête à donner des pouvoirs qui seront exercés pendant son inaptitude, alors qu'il sera incapable de surveiller son mandataire ou d'intervenir en cas de mauvaise gestion ou d'abus ? L'enjeu est d'autant plus grave que le mandant sera le plus souvent une personne âgée, vulnérable, qui dépend de la bonne gestion de son patrimoine pour être assurée d'un support alimentaire adéquat jusqu'à sa mort. Cette catégorie de mandants est celle qui a le plus besoin de la protection de cette règle de prudence. Pourquoi le législateur a-t-il fait l'inverse ?

Nous risquons une hypothèse. C'est à cause de l'orientation spontanée de la pratique en 1989 et 1990. Les premières formules mises en circulation stipulaient que le mandant donnait au mandataire « tous les pouvoirs d'un curateur » sans les énumérer en termes exprès. Le mandat tenait en une ou deux pages. Cette approche minimaliste avait déjà été reproduite à des milliers d'exemplaires lorsque vint le temps, en 1991, d'adopter le nouveau *Code civil du Québec*. On a vraisemblablement cru, à cette époque, qu'il fallait créer cette exception pour sauver la validité des milliers de mandats déjà faits et qu'il aurait été politiquement embarrassant, notamment pour la pratique, de les faire tous réécrire correctement ou de les voir réduits à des mandats de simple administration.

Malheureusement, le législateur a réglé un pur problème de transition en légiférant en fonction de l'erreur et en la rendant ainsi permanente. Ou bien la règle générale de l'article 2135 C.c.Q. n'est pas fondée et constitue une précaution inutile. Il faut alors l'abolir pour toutes les catégories de mandat. Ou bien cette règle est empreinte de sagesse, auquel cas elle doit être maintenue pour tous, et surtout pour les plus vulnérables des mandants.

A. Changer la loi

Le législateur devrait modifier la loi pour mieux protéger le mandant contre l'attribution de pouvoirs démesurés, de manière irréfléchie et aveugle. À part les spécialistes, qui comprennent ce qui se cache derrière l'expression « pouvoirs de pleine administration » ? L'expression peut facilement passer pour une figure de style. Le mandant ne pose pas de question alors que s'il avait sous les yeux l'impressionnante énumération des pouvoirs de pleine administration, il ne signerait pas sans poser quelques questions et son consentement s'en trouverait un peu plus éclairé. Le législateur devrait en conséquence :

- 1) exiger que le mandat de protection qui donne au mandataire des pouvoirs de pleine administration soit rédigé en termes exprès, comme tout autre mandat (art. 2135 C.c.Q.) ;
- 2) déclarer que les pouvoirs du mandataire sont présumés être limités aux actes de simple administration.

Ces mesures ne seront sans doute pas suffisantes pour corriger l'automatisme développé par la pratique qui consiste à stipuler les pouvoirs de pleine administration, sans discernement, notamment dans les formules toutes faites. Le motif apparent de cette mauvaise habitude semble être le souci d'éviter au client les ennuis et les frais de l'ouverture d'un autre régime de protection si un acte de pleine administration doit être accompli de façon imprévue.

En voulant tout couvrir « au cas où », on évite certains inconvénients, mais on peut aussi en provoquer de bien pires pour le mandant exploité. En agissant sans discernement, la pratique peut ainsi faire produire par son client l'instrument de son exploitation future. La plénitude des pouvoirs, exercée sans surveillance de quiconque, par un mandataire incompetent ou malhonnête, est une invitation à l'abus ou à la fraude. Pour casser la mauvaise habitude, le remède législatif n'est pas évident. Il devrait être recherché dans l'assouplissement du mandat de protection, comme il sera suggéré dans la discussion de notre cinquième question. Si au cours de l'incapacité du mandant survient le besoin d'accomplir un acte de pleine administration qui n'a pas été spécifié au mandat, il faudrait permettre au tribunal d'adapter le mandat selon l'évolution des besoins du mandant.

B. Changer la pratique

Même sans modification de la loi, la pratique a toute la latitude voulue pour protéger plus adéquatement le mandant. Voici quelques suggestions.

- 1) stipuler que les pouvoirs du mandataire sont ceux de la simple administration, à moins que le mandant n'ait des raisons particulières d'autoriser certains actes de pleine administration.

La première suggestion vise à briser l'automatisme qui peut pousser à stipuler des pouvoirs de pleine administration comme une simple clause de style, sans se demander si c'est vraiment nécessaire. Le réflexe devrait être inversé : stipuler des pouvoirs de simple administration, à moins qu'il n'y ait de bonnes raisons d'ajouter des pouvoirs de pleine administration.

- 2) stipuler les pouvoirs de pleine administration en termes exprès, le cas échéant.

Lorsque le client demande ce que veut dire l'expression *pleine administration*, la meilleure réponse consiste à lui mettre sous les yeux une liste écrite et détaillée des pouvoirs qui entrent normalement dans cette catégorie. Il peut alors poser des questions et décider s'il souhaite en retirer certains pouvoirs, les retenir tous ou encore les écarter de son mandat. La liste intégrale des pouvoirs retenus devrait être intégrée dans le mandat, pour qu'il n'y ait pas d'équivoque sur l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire.

- 3) stipuler que le mandataire doit accomplir tout acte de pleine administration avec le concours d'une seconde personne exceptionnellement investie du même pouvoir, soit le mandataire à la personne, soit le mandataire remplaçant désigné au mandat.

Si le mandant souhaite intégrer une liste longue ou courte de pouvoirs de pleine administration, il serait sage de conseiller au mandant qu'ils soient exercés par plus d'une personne. Il y a plus de sagesse dans deux têtes que dans une seule. Il y a plus d'honnêteté chez deux mandataires devant agir de concert que chez un seul. Les deux mandataires se surveillent mutuellement et maintiennent ensemble un meilleur tonus moral. Dans une famille nombreuse, si le mandataire en arrive à devoir vendre un immeuble d'une certaine valeur, garant de la sécurité financière du mandant et de la solvabilité de sa succession, on évite bien des soupçons et des dissensions en chargeant deux membres d'agir, au lieu d'un seul. La seconde personne peut être le mandataire à la personne ou le mandataire remplaçant désigné au mandat.

- 4) à défaut de la disponibilité d'une deuxième personne pour concourir comme mandataire à un acte de pleine administration, stipuler que le mandataire doit demander l'autorisation du tribunal (comme à l'article 2168 C.c.Q.).

L'absence d'une seconde personne de confiance ne devrait pas être un obstacle insurmontable. Si dans un couple sans enfants, le mari et la femme deviennent inaptes en même temps, il peut être sage d'obliger le mandataire unique du mari à obtenir l'autorisation du tribunal pour accomplir un acte d'aliénation qui pourrait mettre en péril le support alimentaire dû à la femme du mandant.

4. CHÈQUE EN BLANC OU INVENTAIRE ET REDDITION DE COMPTE PÉRIODIQUE ?

Lorsqu'il rédige son mandat, le mandant devrait-il donner discrétion absolue à son mandataire et le laisser agir sans surveillance ni contrôle pendant toute la durée du mandat ? Ce serait l'équivalent de signer un chèque en blanc pour la totalité de sa fortune et de s'en remettre aveuglément à la compétence et à l'honnêteté du mandataire. N'est-ce pas là un excès de confiance imprudent, sachant que, devenu inapte, il ne pourra pas exercer lui-même cette fonction de vigilance ? C'est pourtant ce que le mandant fait lorsqu'il ne stipule aucune mesure particulière de contrôle du mandataire et qu'il s'en remet à la loi. Car la loi n'en prévoit aucune durant la vie du mandat.

En empruntant la technique contractuelle au mandat, le législateur en a ignoré une caractéristique essentielle. Le mandant demeure apte à surveiller en tout temps la gestion du mandataire, à utiliser l'arme absolue de la révocation discrétionnaire lorsqu'il ne veut plus être lié à des tiers pour l'avenir, à contester et répudier les engagements que le mandataire aurait pris en son nom en outrepassant ses pouvoirs.

Cet ingrédient essentiel est absent du mandat de protection. Le législateur ne lui a pas trouvé d'équivalent fonctionnel. Il a créé un système qui rend le mandant vulnérable face à un mandataire de mauvaise foi qui décide de l'exploiter. Il peut le faire en toute impunité parce qu'il n'y a personne pour le surveiller.

On objectera que la sauvegarde du mandant se trouve dans l'article 2177 C.c.Q. qui permet à « toute personne intéressée, y compris le curateur public » de demander la révocation du mandat pour un motif sérieux. Ce moyen a des limites. Il y a des mandants sans famille, sans amis. Dans un couple sans enfants, le mandataire est souvent le conjoint. Même s'il y a des parents et des amis, l'arme du mandataire de mauvaise foi, c'est le secret, la dissimulation, le mensonge. En l'absence d'information, l'entourage et le curateur public sont impuissants à intervenir.

Dans l'état actuel de la loi, le mandataire est tenu de rendre compte une seule fois, à la toute fin du mandat (art. 2184 C.c.Q.). Dans bien des cas, le mandat de protection se termine par la mort du mandant et le mandataire doit rendre son compte final à la succession. Ce moyen est nettement insuffisant pour assurer la protection adéquate du mandant. Si le mandataire a commis des fautes, leur sanction arrivera trop tard pour soulager le mandant décédé. Comme le mandataire n'a pas constitué d'inventaire au début de sa gestion, la succession pourra difficilement juger de l'exactitude du compte. Si la gestion a duré plusieurs années, les pièces justificatives auront disparu, ce qui facilite d'autant la dissimulation ou la fraude.

A. Changer la loi

Pour mieux protéger le mandant, il y aurait lieu de modifier la loi dans le sens suivant :

- 1) édicter l'obligation du mandataire de rendre compte annuellement (comme aux articles 246, 1351-1354 C.c.Q.) au mandant (comme aux articles 246 et 260 C.c.Q.) et à une tierce personne, soit le mandataire à la personne (comme à l'article 2169 C.c.Q.), soit au mandataire remplaçant, soit à un tiers qui jouit de la confiance du mandant (membre de la famille, notaire, comptable, etc.).

Un exemplaire du compte annuel devrait être remis au mandant lui-même. Le degré d'inaptitude peut varier. Le mandant peut être assez lucide pour poser les bonnes questions au mandataire ou à des proches. Mais surtout, le compte devrait être remis au mandataire à la personne, car cette personne dépend des moyens que le mandataire aux biens met à sa disposition pour pouvoir assurer le bien-être et la santé du mandant. À défaut de mandataire à la personne, le compte devrait aller au mandataire remplaçant désigné au mandat. Cette infor-

mation sera de toutes manières utile si ce dernier est appelé à remplacer le premier mandataire.

À défaut de remplaçant, la loi devrait prévoir que le mandant peut désigner un tiers en qui il a confiance pour recevoir le compte annuel. Cette personne peut être un autre membre de la famille, le notaire instrumentant, le comptable qui prépare la déclaration annuelle de revenus. Un notaire clairvoyant pourrait y voir une avenue intéressante de développement de ses services.

- 2) édicter l'obligation du mandataire de faire l'inventaire des biens du mandant (comme à l'article 240 C.c.Q.) dès l'homologation du mandat et de le communiquer au mandant et à la tierce personne à laquelle il doit rendre compte annuellement.

Il est difficile de comprendre pourquoi la loi n'a pas prévu d'emblée cette sage pratique, sur le modèle de l'article 240 C.c.Q., en matière de tutelle. Elle prévient bien des suspicions et des contestations au moment de la reddition du compte final à la succession. Elle permet d'éviter la confusion des patrimoines et aussi d'écarter des tentations de malhonnêteté.

- 3) édicter l'obligation du mandataire d'organiser annuellement une visite du mandant, à sa résidence, par la personne chargée de recevoir le compte du mandataire.

Le mandataire devrait avoir l'obligation d'organiser annuellement une visite du mandant¹⁶. Cette visite, une sorte d'*audit* de la personne, constitue le pendant du compte annuel de l'administration des biens. La personne du mandant est aussi importante que ses biens. Si la gestion des biens mérite certaines mesures de surveillance, il en va de même du bien-être et de la santé du mandant. Le compte annuel n'est pas nécessairement garant du bien-être du mandant. Seule une visite à la personne et au lieu où elle réside permet d'en savoir un peu plus, étant entendu que cette visite fournit l'occasion de recueillir les commentaires du principal intéressé. Un cas typique sera celui du mandataire futur héritier, très habile sur le plan de la gestion, qui thésaurise pour augmenter le patrimoine du mandant mais qui est parcimonieux dans les dépenses qui pourraient améliorer sa joie de vivre. La visite par une tierce personne, plus sensible à des facteurs de bien-être et de confort pour le mandant, pourrait faire toute la différence.

Le législateur a peut-être cru que la pratique contractuelle verrait à corriger la grande liberté du modèle de base en introduisant des mesures de contrôle

16. Philippe LAMARCHE, « Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant » dans *Actes du Congrès 1994*, Chambre des notaires du Québec, p. 142.

selon les besoins du client. Cela ne s'est pas produit. Les formules en usage stipulent le moins de contraintes possible pour le mandataire. L'approche qui prévaut est celle du laisser-faire. Elle fait passer le confort du mandataire avant la protection du mandant : ce n'est pas conforme à la vocation de l'institution. L'omission du législateur y est pour quelque chose. On a pu y voir un modèle à suivre. Il eût mieux valu que le législateur édicte des mesures de contrôle à titre supplétif. Le mandant pourrait en écarter l'application par une stipulation expresse, mais au moins, ce serait pour lui un aide-mémoire salutaire et l'occasion de poser de bonnes questions à son conseiller juridique. S'il décide de stipuler l'exclusion des mesures de contrôle, il sera davantage conscient des risques qu'il crée.

B. Changer la pratique

Encore ici, nul besoin d'attendre que la loi soit modifiée. La pratique peut dès maintenant suggérer au mandant d'insérer dans le mandat des mesures similaires¹⁷ :

- 1) stipuler l'obligation du mandataire de rendre compte de sa gestion une fois l'an au mandant lui-même et à la personne désignée au mandat, comme ci-dessus (A-1) ;
- 2) stipuler l'obligation du mandataire de faire l'inventaire des biens et de le communiquer, comme ci-dessus (A-2) ;
- 3) stipuler l'obligation du mandataire d'organiser annuellement une visite du mandant par le récipiendaire du compte, comme ci-dessus (A-3).

De toute manière, il serait vain d'attendre de la loi toutes les solutions. Le mandant aura toujours une part active à jouer puisqu'il lui revient de désigner la personne de confiance qui recevra l'inventaire et les comptes annuels et qui sera chargée de lui rendre visite une fois l'an.

5. MANDAT IMMuable OU MANDAT ADAPTABLE AUX INTÉRÊTS DU MANDANT ?

Dans l'état actuel du droit, le mandat est scellé par la dernière version qu'en signe le mandant et devient dès lors immuable. Si les conditions de l'homologation sont réalisées (art. 884.3 C.p.c.), le tribunal est lié. Il ne peut pas remplacer le mandat par un régime de protection mieux adapté à sa condition. Il ne peut pas homologuer le mandat tout en le modifiant pour mieux répondre aux

17. Gérard GUAY, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude*, supra, note 10, p. 42.

besoins du mandant. Il ne peut pas modifier le mandat en cours d'exécution, ni modifier une décision ponctuelle du mandataire qui ne serait pas la plus opportune dans les circonstances où se trouve le mandant. Certaines décisions¹⁸ ont cherché à briser ce carcan en faisant prévaloir l'intérêt du mandant alors que d'autres¹⁹ ont préféré donner strictement effet à sa volonté, telle que stipulée au mandat.

Le mandat de protection doit-il être immuable ou adaptable ? Nous sommes d'avis que l'une des faiblesses de l'institution réside dans sa rigidité. Le tribunal devrait avoir la latitude voulue pour adapter l'instrument aux besoins du mandant. Pour y parvenir, il faudrait changer la loi et la pratique contractuelle.

A. Changer la loi

Des éléments de souplesse devraient être insérés à trois endroits : au stade de l'homologation, en cours d'exécution de mandat et en révision de certaines décisions du mandataire.

- 1) prévoir que le tribunal, au stade de l'homologation du mandat, peut le modifier, dans l'intérêt du mandant, pour tenir compte du degré de son inaptitude (comme à l'article 259 C.c.Q.) et de toutes les circonstances.

Dans une affaire *B. c. F.*²⁰, le tribunal a refusé d'homologuer un mandat qui accordait au mandataire les pouvoirs de la pleine administration. Constatant que la vieille dame de 92 ans avait toute sa tête et pouvait très bien continuer à prendre soin d'elle-même, le tribunal a préféré ouvrir pour elle un régime de tutelle limité aux biens. Indépendamment de sa légalité, la sagesse de cette décision est indéniable. La manière aurait pu en être tout autre, si la loi avait permis au tribunal de modifier dans ce sens le mandat de protection pour l'adapter à la situation de la personne partiellement inapte, au lieu d'être contraint d'abolir son mandat pour parvenir à protéger adéquatement ses intérêts.

Dans une affaire *Dion*, le tribunal déclare qu'il n'aurait pas accordé l'homologation du mandat parce que, entre autres motifs, le mandat en pleine administration accordait trop de pouvoirs au mandataire et, corrélativement, limitait trop l'autonomie du mandant qui n'avait pas besoin d'un tel degré de protection²¹.

18. *B. c. F.*, jugement du 17 septembre 1999 par j. M.-C. Laberge (C.S.), REJB 1999-14637.

19. *Alloi Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, [1997] R.J.Q. 807 (C.A.), J.E. 97-458, REJB 1997-00104 ; *R.T. c. J.D.L.*, jugement du 29 novembre 2004 par j. D. Blondin (C.S.), AZ-50284010.

20. *B. c. F.*, *supra*, note 18.

21. *Dion c. Dion*, jugement du 14 mars 2006 par j. H. LeBel (C.S.), n° 500-14-025083-056, par. 51 et 52.

Ces cas mettent en lumière un effet méconnu, sinon occulté, du mandat de protection en pleine administration, qui constitue le modèle le plus répandu. L'homologation d'un tel mandat fait en sorte que le mandant est réputé totalement inapte et placé en situation équivalant à la curatelle. La personne devient ainsi asservie aux décisions de son mandataire, dans tous les aspects de la conduite de sa vie, sous réserve des atténuations que prévoit la loi en matière de soins de santé (art. 16 C.c.Q.).

Au cours des années 80, l'une des critiques qui ont contribué à la réforme des régimes de protection entreprise par la *Loi sur le curateur public*²² était précisément l'infantilisation à laquelle étaient condamnées les personnes incapables frappées d'interdiction et mises sous curatelle dans l'ancien système. Le législateur et ses conseillers ont fait preuve d'une créativité exemplaire en créant un système de régimes de protection modulé en fonction du degré d'incapacité et composé de trois degrés décroissants de protection : la curatelle, la tutelle et le conseiller au majeur. Le but visé était de respecter l'autonomie de la personne (art. 257 C.c.Q.) en lui procurant un régime de protection adapté à son degré d'incapacité.

Il est paradoxal que le législateur ait, d'une part, corrigé le vice de l'ancien système en créant un choix de trois régimes de protection respectueux du degré d'autonomie de la personne incapable et que, d'autre part, la pratique se soit chargée de ramener le même vice en propageant le modèle dominant du mandat donné en pleine administration. C'est le retour à la case départ.

Comment expliquer alors la prolifération étonnante des mandats de protection ? Certes, il y a l'attrait réel de la liberté de choisir son propre protecteur et de la simplification de la procédure de démarrage. Mais il y a aussi la part de l'illusion : celle qu'à la liberté de choisir son protecteur correspond aussi la liberté d'un plus grand degré d'autonomie à l'intérieur du mandat de protection, par comparaison avec la tutelle ou la curatelle. Cette illusion est renforcée par le fait qu'on dit au mandant qu'il a la pleine maîtrise du façonnement du régime de protection qui lui convient. Pourtant, en signant un mandat en pleine administration, il fabrique l'instrument de son propre asservissement. La camisole de force ne sera pas moins pénible parce qu'elle est auto-infligée.

Le remède consiste à reproduire dans le régime conventionnel de protection les acquis de la réforme des régimes légaux. Il faut que le régime conventionnel puisse s'adapter à la condition particulière de l'incapable, telle que constatée au moment de l'homologation du mandat. Le tribunal ne doit pas être lié par la lettre du mandat. On doit lui donner le pouvoir de modifier les conditions stipulées au

22. *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, supra*, note 1.

contrat pour les adapter à l'intérêt véritable de l'inapte à ce moment. Mais qu'arrivera-t-il si la santé du mandant se détériore après l'homologation et que le mandataire a besoin de pouvoirs plus considérables pour accomplir sa mission de protection ? Il faut prévoir qu'il puisse retourner devant le tribunal pour obtenir ces ajustements. La première suggestion ne va pas sans celle qui suit.

- 2) prévoir que le tribunal, en cours d'exécution du mandat, peut le modifier, dans l'intérêt du mandant, pour tenir compte de l'évolution de son inaptitude et de ses besoins (comme à l'article 277 C.c.Q.), sans qu'il soit nécessaire de le révoquer et d'ouvrir un autre régime de protection.

Si le mandat homologué est exécuté sur une période plus ou moins longue, la condition mentale du mandant est appelée à changer, ainsi que les circonstances économiques dans lesquelles il se trouve. L'inaptitude légère au départ peut devenir lourde. À l'inverse, une inaptitude lourde peut être suivie d'une récupération presque totale de l'aptitude mentale. Il se peut aussi que les revenus du mandant deviennent insuffisants pour assurer son bien-être et qu'il devienne nécessaire de liquider certains actifs, de vendre un immeuble, pour couvrir les dépenses. Si le mandant, par prudence, a stipulé les pouvoirs de la simple administration, ils seront insuffisants pour autoriser le mandant à accomplir un acte de disposition d'un actif important.

L'article 2169 C.c.Q. prévoit un certain mécanisme d'ajustement : lorsque le mandat ne permet pas d'assurer pleinement les soins de la personne ou l'administration de ses biens, le tribunal peut établir un régime de protection pour le compléter. On observe que ce mécanisme est à sens unique. Il permet d'augmenter le degré de protection de l'inapte : il ne permet pas de le diminuer, si la condition de l'inapte s'améliore au point qu'un régime plus léger deviendrait suffisant. En outre, ce mécanisme n'a pas empêché la pratique de favoriser massivement le mandat donné en pleine administration. Nous avons formulé l'hypothèse qu'on le fait le plus souvent par précaution, « au cas où », afin d'éviter les ennuis et les frais de l'ouverture éventuelle d'une tutelle ou d'une curatelle.

Cette pratique est imprudente. Donner au mandataire des pouvoirs illimités, sans surveillance ni contrôle par quiconque, est une invitation à l'abus et à l'exploitation. La loi devrait être modifiée pour faire disparaître le prétexte qui incite la pratique à stipuler systématiquement la pleine administration. Il suffit qu'elle introduise plus de souplesse dans le mandat de manière à permettre au tribunal de modifier le mandat en cours d'exécution, pour l'adapter aux besoins et à la condition du mandant. Ainsi, le tribunal pourrait ajouter aux pouvoirs du mandataire, si nécessaire. Il pourrait aussi, selon les circonstances, imposer des mesures de surveillance particulières, comme l'obligation de rendre compte périodiquement au mandataire remplaçant, s'il estime que la protection du mandant ou de son patrimoine le commande.

Certains soulèveront l'objection du respect de la volonté contractuelle du mandant pour maintenir à tout prix la lettre du mandat. Autant cette volonté est réelle quant au choix du mandataire, autant elle est parfois largement fictive quant au régime juridique auquel le mandant adhère. Ce dernier ne comprend pas nécessairement tous les aspects du régime juridique comme, par exemple, le sens de l'expression « pleine administration ». Surtout, il ne peut pas prévoir toutes les circonstances dans lesquelles sera homologué et exécuté le mandat un an, cinq ans ou trente ans plus tard. Il ne faut pas craindre de permettre au tribunal de le modifier pour assurer sa finalité. La valeur dominante est la protection de l'incapable. Le contrat est un instrument subordonné à cette fin. Il n'est pas une fin en soi.

D'autres diront que le remède contre la rigidité se trouve déjà dans la loi, par la vertu de la révocation du mandat. L'article 2177 C.c.Q. permet au tribunal de révoquer le mandat « pour un motif sérieux ». Si le mandat, tel que rédigé, ne peut plus assurer la protection du mandant, on n'a qu'à demander au tribunal de le révoquer pour le remplacer par un autre régime de protection. Cette solution est en contradiction avec le principe du respect de la volonté contractuelle du mandant. Si le tribunal remplace le mandat par une tutelle ou une curatelle, c'est l'essentiel de l'intention du mandant qui est écarté, à savoir le choix de son protecteur et un cadre juridique allégé. Ainsi, pour sauver l'essentiel du contrat, le tribunal devrait disposer du pouvoir d'en modifier certaines modalités pour les adapter à l'évolution des besoins du mandant. Ne serait-ce pas là, de toute manière, ce que souhaiterait le mandant pour lui-même, s'il était apte à en juger ?

- 3) prévoir que toute personne autorisée à demander la révocation du mandat de protection (art. 2177 C.c.Q.) ou le mandant lui-même peut demander au tribunal de réviser une décision du mandataire, dans l'intérêt du mandant, lorsqu'il s'agit de la protection de sa personne (comme à l'article 16 C.c.Q.).

La même souplesse devrait exister quant aux décisions du mandataire. Il est possible qu'un mandataire fasse une erreur ponctuelle, qu'il prenne une décision isolée qui ne soit pas conforme à l'intérêt du mandant. Si le mandataire est par ailleurs dévoué et compétent, s'il s'agit d'une simple erreur de parcours, pourquoi enfermer le tribunal dans un dilemme cornélien où il doit choisir entre, d'une part le refus de s'immiscer dans le contrat au nom de la liberté contractuelle tout en laissant subsister la décision préjudiciable du mandataire et, d'autre part, la protection du mandant par une solution plus opportune ?

Il semble que ce soit là le dilemme qu'a vécu le tribunal de première instance, dans l'affaire *Alloi-Lussier*²³, en présence de cette vieille dame que sa

23. *Alloi Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, jugement du 29 février 1996 par j. G. Piché (C.S.).

mandataire avait placée dans un centre d'accueil où les animaux étaient interdits, alors qu'elle voulait continuer à vivre chez elle en compagnie de son chat. Le tribunal a choisi de faire prévaloir le bon sens et de corriger les excès de la décision de la mandataire. La Cour d'appel a jugé que la loi ne permettait pas la moindre intervention du tribunal dans les décisions de la mandataire, même si la mandante en souffrait²⁴. Si tel est l'état de la loi, ne faut-il pas songer à la changer ?

Si l'on permet au tribunal de réviser la décision du mandataire, il faut s'interroger sur le champ de la révision. Doit-elle couvrir tout le champ des décisions préjudiciables à la protection du mandant ? Faut-il faire prévaloir l'intérêt du mandant sur la sécurité des tiers qui ont contracté de bonne foi avec le mandataire ? N'y a-t-il pas un risque que les tiers refusent de traiter avec le mandataire agissant en vertu d'un mandat de protection, de peur de devenir victimes d'une annulation faite au nom de la protection du mandant ? Il paraît sage de concilier la sécurité des tiers et la protection du mandant inapte en restreignant le champ de l'intervention à ce qui revêt une importance prépondérante : les décisions relatives à la protection de sa personne. L'article 16 C.c.Q. autorise le tribunal à intervenir dans les cas où le mandataire ou la personne inapte elle-même refuse de consentir aux soins requis par l'état de santé de cette dernière. Dans le prolongement de cette disposition, le tribunal devrait être autorisé à réviser toute décision affectant le bien-être de la personne du mandant. Ainsi, le tribunal aurait pu permettre à la vieille dame de l'affaire *Alloi-Lussier* de reprendre la vie commune avec son chat.

B. Changer la pratique

Il n'est pas nécessaire d'attendre la révision de la loi pour faire bénéficier le mandant de ces mesures de souplesse. Elles peuvent être stipulées dans le contrat, selon les suggestions qui suivent.

- 1) stipuler que le tribunal, au stade de l'homologation du mandat, peut le modifier, dans l'intérêt du mandant, pour tenir compte du degré de son inaptitude (comme à l'article 259 C.c.Q.) et de toutes les circonstances ;
- 2) stipuler que le tribunal, en cours d'exécution du mandat, peut le modifier, dans l'intérêt du mandant, pour tenir compte de l'évolution de son inaptitude et de ses besoins (comme à l'article 277 C.c.Q.), sans qu'il soit nécessaire de le révoquer et d'ouvrir un autre régime de protection ;
- 3) stipuler que toute personne autorisée à demander la révocation du mandat de protection (art. 2177 C.c.Q.) ou le mandant lui-même peut demander au

24. *Alloi Lussier c. Centre d'hébergement Champlain* (C.A.), *supra*, note 19.

tribunal de réviser une décision du mandataire, dans l'intérêt du mandant, lorsqu'il s'agit de la protection de sa personne (comme à l'article 16 C.c.Q.) ;

- 4) inciter le mandant à réviser son mandat de protection périodiquement afin de l'adapter aux changements de circonstances et à l'évolution de ses vues sur cette dernière étape de sa vie, ou même stipuler à cette fin un délai de péremption afin de forcer la révision.

Cette dernière suggestion vise à rendre inutiles les trois premières et à éviter les frais et les inconvénients inhérents à tout recours au tribunal. Dans l'état actuel du droit, le mandat de protection est bon pour la vie du mandant. Lorsqu'on devient inapte à 85 ans, que vaut le mandat de protection que l'on a signé à 25 ans ? Veut-on encore avoir la même personne comme mandataire ? Veut-on lui donner les mêmes pouvoirs ? Veut-on lui donner les mêmes directives de fin de vie ? Voit-on alors la vie, la période d'inaptitude et la mort de la même manière ? Le mandat signé 60 ans plus tôt ne risque-t-il pas d'être alors singulièrement déphasé et inadapté aux circonstances concrètes dans lesquelles se trouvera le signataire devenu inapte ? Le tribunal devra alors choisir entre homologuer un mandat inadéquat ou l'écarter au profit d'un régime de protection, trahissant ainsi le but recherché par le mandant à l'origine. Il faudrait le dire au mandant et ne pas le laisser croire que le produit que lui vend la pratique est impérissable.

La solution se trouve dans la révision périodique du mandat de protection, afin de le tenir à jour. La pratique devrait suggérer au client une révision de mandat à intervalle régulier, selon son âge et l'imminence de son utilisation. Elle pourrait même aider le client à bien s'occuper de ses affaires en stipulant un délai précis de péremption, après cinq, sept ou dix ans. La révision de son mandat, à la lumière de son évolution personnelle et des progrès du droit, serait tout à son avantage.

6. ABUS DU MANDAT ORDINAIRE OU *TRANSITION PRUDENTE ET DILIGENTE* ?

Notre sixième question vise la situation plus complexe résultant de la coexistence d'un mandat général et d'un mandat de protection. Le cas le plus fréquent est celui de la personne âgée, fatiguée de s'occuper de ses affaires, qui donne à une personne de confiance une procuration générale qui la charge de l'administration de ses biens, assortie d'un mandat de protection destiné à prolonger le mandat initial lorsqu'elle sera devenue inapte. Cette opération se fait le plus souvent dans le même acte. Elle peut être faite dans deux actes différents, à des époques différentes, avec désignation de deux mandataires différents, avec des pouvoirs différents.

La survenance de l'inaptitude du mandant pose l'incontournable problème de la transition entre le mandat ordinaire et le mandat de protection. Si on laisse le mandat ordinaire persister indéfiniment, malgré l'inaptitude du mandant, n'y a-t-il pas là un risque d'abus et d'exploitation ? Ne serait-il pas plus sage de favoriser dans ce cas une transition prudente et diligente vers le mandat de protection ?

A. Changer la loi

Il n'y a pas que les astrophysiciens qui s'intéressent aux trous noirs. Il arrive que des juristes en trouvent. C'est du moins l'impression que nous avons eue en nous intéressant au passage du mandat ordinaire au mandat de protection dans un article²⁵ publié en 2001. Il s'agissait manifestement d'un problème auquel le législateur n'avait pas pensé.

Nous avons alors tenté de combler la lacune en exploitant, à titre supplétif, l'article 273 C.c.Q. qui vise le sort du mandat ordinaire jusqu'à l'ouverture d'un régime de protection. Outre que l'exercice d'interprétation n'était pas facile, nous avons souligné deux inconvénients de cette solution, qui valaient d'ailleurs pour l'ensemble des régimes de protection. D'une part, le législateur reconnaît des pouvoirs d'intervention à certaines personnes, durant cette période de transition : il n'impose aucune obligation à qui que ce soit. L'incapable est à la merci de la bonne volonté de son entourage. D'autre part, en décrétant que le mandat ordinaire « continue de produire ses effets durant l'instance », le législateur a donné le feu vert à tous les mandataires qui préfèrent continuer à agir comme si rien n'était changé, quel que soit l'objet du mandat et l'étendue des pouvoirs. Si le mandant lui a donné des pouvoirs de pleine administration, le mandataire pourra continuer à les exercer, même si le mandant est incapable de surveiller sa gestion. Nous avons conclu à la nécessité de réviser la loi²⁶.

Pour combler la lacune, le législateur a édicté en 2002 l'article 2167.1 C.c.Q. qui se lit comme suit :

Art. 2167.1. Le tribunal peut, au cours de l'instance d'homologation du mandat ou même avant si une demande d'homologation est imminente et qu'il y a lieu d'agir pour éviter au mandant un préjudice sérieux, rendre toute ordonnance qu'il estime nécessaire pour assurer la protection de la personne du mandant, sa représentation dans l'exercice de ses droits civils ou l'administration de ses biens.

L'acte par lequel le mandant a déjà chargé une autre personne de l'administration de ses biens continue de produire ses effets malgré l'instance, à moins que, pour un motif sérieux, cet acte ne soit révoqué par le tribunal.

25. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », *supra*, note 3.

26. *Ibid.*, p. 988, n° 41.

Ce nouvel article est un amalgame des articles 272 et 273 C.c.Q. édictés en matière d'ouverture des autres régimes de protection. Il est certes réjouissant de voir le législateur réagir si promptement aux suggestions constructives de la doctrine. Même s'il s'agit là d'un pas dans la bonne direction, il en reste d'autres à faire. Nous en signalons quatre.

En premier lieu, le choix de la technique législative n'est pas idéal. Il aurait été préférable que le législateur établisse un lien organique fort entre les règles générales des régimes de protection et le mandat de protection ou, mieux encore, qu'il rapatrie ce dernier au chapitre des régimes de protection du majeur. En choisissant de recopier au chapitre du mandat certaines des règles du chapitre des régimes de protection pour leur donner effet sur le mandat de protection, le législateur accentue l'impression que ce sont des institutions distinctes et que les règles des régimes de protection n'ont pas de vocation supplétive auprès du mandat de protection. Le législateur aurait pu mettre au point un régime intégré de transition applicable à l'ensemble des régimes de protection. Il aurait aussi pu procéder par référence explicite ou implicite, comme à l'article 2168 C.c.Q. Peut-être a-t-il craint que le curateur public, par voie de conséquence, n'hérite de la charge de surveiller la gestion des mandataires, charge dont la Cour d'appel²⁷ l'a d'ailleurs exempté en se faisant l'interprète de l'état actuel de la loi ? Peut-être encore le législateur nous réserve-t-il pour l'avenir un projet plus ambitieux de rapatriement du mandat de protection au livre *Des personnes* et d'harmonisation complète des régimes de protection ?

En deuxième lieu, le législateur persiste à n'édicter d'obligations pour personne. Le mandataire qui agit en vertu du mandat ordinaire n'a pas l'obligation de demander l'homologation du mandat de protection. Si une autre personne est désignée comme mandataire dans le mandat de protection, elle n'a pas l'obligation de demander l'homologation pour faire cesser l'implication du mandataire ordinaire. Tout se passe comme si, après avoir distribué des pouvoirs, on peut se fier à la générosité spontanée des uns et des autres pour assurer la protection de l'inapte au cours de cette difficile période de transition.

En troisième lieu, le législateur n'a pas retenu notre suggestion la plus pressante²⁸ : limiter aux pouvoirs de la simple administration les actes que le mandataire peut valablement accomplir entre la survenance de l'inaptitude et l'homologation de mandat. Il s'agit d'une période où l'inapte est particulièrement vulnérable. Le mandataire ordinaire a entre les mains un instrument dont il peut abuser en faisant des actes irrémédiables. Il peut se traîner les pieds et faire durer longtemps le temps qui s'écoule entre la survenance de l'inaptitude et

27. *Curateur public du Québec c. D.S. (C.A.)*, *supra*, note 4.

28. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », *supra*, note 3, p. 989.

l'homologation du mandat. Pire encore, il peut décider de ne pas faire de demande d'homologation et de faire durer indéfiniment le mandat ordinaire. La loi ne lui impose nulle part l'obligation de demander avec diligence l'ouverture d'un régime de protection.

En quatrième lieu, les règles générales applicables aux régimes de protection imposent des mesures conservatoires au mandataire, pendant l'instance, relativement au logement de la personne inapte, à ses meubles, à ses souvenirs et autres objets à caractère personnel, tel que prescrit par l'article 275 C.c.Q.

Art. 275. Pendant l'instance et par la suite, si le régime de protection est la tutelle, le logement du majeur protégé et les meubles dont il est garni doivent être conservés à sa disposition. Le pouvoir d'administrer ces biens ne permet que des conventions de jouissance précaire, lesquelles cessent d'avoir effet de plein droit dès le retour du majeur protégé.

S'il devient nécessaire ou s'il est de l'intérêt du majeur protégé qu'il soit disposé des meubles ou des droits relatifs au logement, l'acte doit être autorisé par le conseil de tutelle. Même en ce cas, il ne peut être disposé des souvenirs et autres objets à caractère personnel, à moins d'un motif impérieux ; ils doivent, dans la mesure du possible, être gardés à la disposition du majeur par l'établissement de santé ou de services sociaux.

Il est difficile de savoir si cette règle s'applique de plein droit au mandat de protection. Comme on l'a vu, par le choix de la méthode de modification du Code employée pour l'article 2167.1 C.c.Q., le législateur a malheureusement rendu encore plus étanche la cloison entre le mandat de protection et les autres régimes de protection. L'article 2168 C.c.Q. prévoit que « lorsque la portée du mandat est douteuse, le mandataire l'interprète selon les règles relatives à la tutelle du majeur ». Encore que le texte de cette disposition ne soit pas des plus limpides, on peut difficilement l'appliquer au mandataire ordinaire agissant en vertu du prolongement des effets du mandat ordinaire par l'article 2167.1 C.c.Q. Après l'homologation du mandat, on pourrait penser que le mandataire serait lié par l'article 275, par la filière de l'article 2168 C.c.Q. Mais si le mandat en est un de pleine administration, il risque d'être assimilé à la curatelle et d'échapper ainsi aux mesures conservatoires que l'article 275 C.c.Q. réserve, à tort ou à raison, aux majeurs sous tutelle.

Quoi qu'il en soit, si la règle de l'article 275 C.c.Q. est bonne pour l'inapte sous tutelle, pourquoi ne serait-elle pas aussi bonne pour l'inapte en attente d'homologation de son mandat de protection, et même pour la suite de l'exécution du mandat ? Si le législateur a cru que la pratique y pourvoirait par des stipulations équivalentes dans le mandat de protection, il a péché par excès d'optimisme. Cette préoccupation est absente de la plupart des formules de mandat de protection qui ont été utilisées depuis l'avènement de l'institution.

Malgré l'intervention récente du législateur pour combler la lacune entre le mandat ordinaire et le mandat de protection, le régime de transition n'est pas parfaitement satisfaisant. Nous suggérons les modifications suivantes :

- 1) en cas de persistance du mandat ordinaire, limiter les pouvoirs du mandataire aux actes de simple administration à compter de l'inaptitude du mandant, malgré toute stipulation contraire (art. 2167.1 C.c.Q.) ;
- 2) prévoir que le mandataire qui continue ainsi d'agir après la survenance de l'inaptitude du mandant a l'obligation de demander avec diligence l'homologation du mandat de protection et de faire en cas d'urgence les actes nécessaires à la conservation du patrimoine du mandant (art. 273 C.c.Q.) ;
- 3) prévoir que ce même mandataire a l'obligation de conserver à la disposition du mandant son logement, les meubles dont il est garni, ses souvenirs et autres objets à caractère personnel et que le pouvoir d'administrer ces biens ne lui permet que les conventions de jouissance précaire, lesquelles cessent d'avoir effet de plein droit dès le retour du mandant (art. 275 C.c.Q.).

B. Changer la pratique

Sans attendre que la loi améliore la protection du mandant entre la survenance de son inaptitude et l'homologation du mandat, la pratique peut y pourvoir par des stipulations adéquates. Voici quelques suggestions :

- 1) stipuler dans le mandat ordinaire que lorsque le mandant devient inapte, les pouvoirs du mandataire sont limités aux actes de simple administration, comme ci-dessus (A-1) ;
- 2) stipuler que le mandataire a alors l'obligation de demander avec diligence l'homologation du mandat de protection et de faire en cas d'urgence les actes nécessaires à la conservation du patrimoine du mandant, comme ci-dessus (A-2) ;
- 3) stipuler des dispositions visant à protéger le logement du mandant, ses meubles, ses souvenirs et autres objets à caractère personnel, comme ci-dessus (A-3) ;
- 4) stipuler un délai de péremption dans le mandat ordinaire de manière à obliger le mandataire à rendre compte et à obtenir du mandant le renouvellement de ses pouvoirs.

Cette dernière suggestion vise à éviter que le mandataire, porteur d'une procuration générale, continue à agir indéfiniment après la survenance de l'inaptitude du mandant. Même si le mandataire demeure la même personne, il est possible que le mandat de protection comporte des mesures de contrôle visant à pallier le fait que le mandant ne peut plus surveiller sa gestion. Il n'est pas sain que le mandataire puisse y faire indéfiniment échec. Si le mandant a choisi un autre mandataire, en prévision de son inaptitude, à plus forte raison doit-il y avoir un changement de la garde. Si le nouveau mandataire ignore tout du mandat, rien n'empêche le premier mandataire de continuer à agir indéfiniment en vertu de la procuration générale, faisant ainsi échec à la volonté du mandant.

Il n'y a pas de moyen magique pour empêcher ce type de comportement. Les stipulations précédentes peuvent aider, mais elles ne sont pas incontournables. Il existe un moyen plus efficace qui consiste à stipuler un délai de péremption dans le mandat ordinaire. Ainsi, les pouvoirs du mandataire s'éteignent après deux, cinq ou sept ans, selon le délai stipulé. Le mandataire doit alors demander au mandant le renouvellement du mandat : ce peut être l'occasion d'une salutaire mise au point ou l'occasion de constater que le temps est venu de demander l'homologation du mandat de protection. Si le mandataire a abusé de son mandat ordinaire, le fait que le délai de péremption le force à rendre compte et à céder sa place permet de limiter le préjudice que souffrirait autrement le mandant, si le mandat ordinaire était prolongé indéfiniment.

CONCLUSION

La conclusion est tout entière dans le titre de notre texte : le mandat de protection est une institution inachevée qu'il importe de parfaire. À plusieurs égards, il ne protège pas adéquatement le mandant inapte. Nous avons signalé six questions qui appellent des changements à la loi et à la pratique contractuelle.

Le législateur doit notamment corriger l'erreur de départ qui a permis que le mandat de protection s'égaré dans le contrat de mandat, avec lequel il a peu de rapport. L'intégration du mandat de protection dans les régimes de protection devrait permettre de mieux lui fournir les moyens de sa mission. Elle devrait introduire un plus grand degré de souplesse dans cette institution qui est présente-ment trop rigide. En permettant au tribunal d'adapter le contrat aux besoins de la personne inapte, que ce soit au stade de l'homologation ou en cours d'exécution, le législateur favoriserait à la fois l'essentiel de la volonté contractuelle du mandant et son besoin de protection. Le tribunal ne serait plus contraint d'abolir le mandat pour sauver la finalité de protection voulue par le mandant.

Dans l'affaire *Curateur public c. D.S.*, la Cour d'appel a eu l'occasion de se frotter aux limites de l'interprétation des textes en recherchant la solution opti-

male pour protéger la personne inapte, tout en respectant sa volonté dans le choix de son mandataire. À la fin du jugement, on lit ceci²⁹ :

Cela dit, il serait souhaitable que le législateur se penche sur la question des conditions dont un tribunal peut assortir l'homologation d'un mandat de protection, notamment au chapitre de la reddition de compte, pour permettre d'assurer au mieux l'intérêt et la protection des mandants inaptes.

Notre conclusion va dans le même sens. Le législateur devrait réviser l'aménagement du mandat de protection.

Par ailleurs, la pratique doit aussi assumer ses propres responsabilités. Elle fait à la fois partie du problème et de la solution. Cette institution laissait au départ une grande latitude à la pratique pour faire preuve de créativité et pour élaborer des régimes de protection efficaces et bien adaptés aux besoins variables des personnes inaptes. Cet espoir ne s'est pas matérialisé. La pratique s'est plutôt montrée paresseuse. Dans trop de cas, elle a recopié sans discernement des formules simplistes qui exposent le mandant à l'exploitation et le mettent à la merci du bon vouloir ou de la malice du mandataire. Le parapluie de protection juridique est bien fragile. Devant les chiffres qui témoignent de l'étonnante prolifération des mandats de protection, faut-il se réjouir ou s'alarmer ? Toutes ces personnes seront-elles adéquatement protégées ? En auront-elles pour leur argent ? Leur a-t-on vendu un bon produit ?

Heureusement, la pratique possède aussi une grande partie des outils de la solution. Comme nous l'avons vu, il n'est pas nécessaire d'attendre le législateur. Il est possible, dès maintenant, de créer par voie de stipulations bien pensées un régime de défense raisonnablement efficace contre les risques d'exploitation, dont la clé passe par l'obligation de rendre compte périodiquement et l'interaction de deux mandataires dans l'organisation du mandat.

De toute manière, nous avons tous intérêt à nous livrer à cet exercice de rédaction créative. Car même si nous sommes indifférents au sort des autres lorsqu'ils seront devenus inaptes, nous risquons tous d'être un jour plongés dans la même situation. Nous ne voulons pas regretter alors de n'avoir pas mieux fait nos petits devoirs de rédaction.

29. *Curateur public du Québec c. D.S. (C.A.)*, supra, note 4, par. 38.