

Université de Montréal

**Intérêts et attentes légitimes :
Le mandat de protection, un contrat de choix**

par
Sabrina Boisselle

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de maîtrise (L.L.M.)
en droit, option recherche

mai, 2011

© Sabrina Boisselle, 2011

Université de Montréal
Faculté de droit

Ce mémoire intitulé :

Intérêts et attentes légitimes :
Le mandat de protection, un contrat de choix

Présenté par :
Sabrina Boisselle

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Alain Roy, président-rapporteur
Marie Annik Grégoire, directrice de recherche
Brigitte Lefebvre, membre du jury

Résumé

Le législateur a introduit, à la fin des années 1980, une institution permettant à tout individu majeur et apte de confier, advenant son inaptitude, son bien-être, la gestion de ses biens et, de façon générale, sa protection à une personne en qui il a confiance. Cette institution s'appelle le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant.

Toutefois, les besoins du mandant ne peuvent être déterminés avec précision avant la survenance de son inaptitude. Cette situation a amené une certaine doctrine, en vue d'assurer la sauvegarde de l'autonomie résiduelle du mandant, à invoquer en matière de mandat de protection les principes gouvernant les régimes de protection. Malheureusement, en l'absence de disposition expresse à cet effet, il semble que cette voie ne puisse être adoptée.

En conséquence, le présent mémoire tente de démontrer que les principes énoncés à la *Charte des droits et libertés de la personne* et les fondements du régime contractuel prévu au *Code civil du Québec* permettent d'assurer la protection du mandant dans le respect de ses intérêts et de ses attentes légitimes. Cette approche concilie également le respect de l'autonomie résiduelle du mandant, de ses volontés et de son besoin de protection et assure l'efficacité de l'institution.

Mots-clés : mandat, mandant, mandataire, protection, inaptitude, incapacité, autonomie, intérêts, attentes légitimes

Abstract

In the late 1980s, the legislator introduced an institution allowing an individual of full age and able to exercise his civil rights to entrust, in the event of his inability, his well-being, the administration of his patrimony and, in general, his protection to a trusty person. This institution is called the mandate given in anticipation of the mandator's incapacity.

However, the onset of the mandator's inability is a precondition to an accurate evaluation of his needs. This situation has led a certain doctrine, in order to safeguard the residual autonomy of the mandator, to invoke the principles governing the protective supervision of a person of full age. Unfortunately, without a specific provision to that effect, it appears that this pathway cannot be adopted.

Accordingly, this text attempts to demonstrate that the principles brought up by the *Charter of human rights and freedoms* and the general provisions governing contractual agreements under the *Civil Code of Québec* allows to ensure the protection of the mandator in respect of his interests and his legitimate expectations. This approach also reconciles the respect of the mandator's residual autonomy, his wishes and his need of protection and ensures the effectiveness of the institution.

Keywords : mandate, mandator, mandatary, protection, inability, incapacity, autonomy, interests, legitimate expectations

Table des matières

	Page
Introduction.....	1
Chapitre 1 Opportunité du mandat donné en prévision de l'inaptitude.....	9
1.1 Évolution législative des mesures de protection.....	9
1.1.1 Les procédures judiciaires.....	11
1.1.2 Les procédures administratives.....	14
1.1.3 Projet de loi 20.....	16
1.1.4 Projet de loi 145.....	20
1.2 Faveur au mandat de protection.....	24
1.2.1 Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant, un contrat formaliste.....	30
1.2.1.1 Formation du contrat.....	31
1.2.1.1.1 Accord de volonté.....	31
1.2.1.1.2 Situation particulière du mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude.....	36
1.2.1.2 But du formalisme.....	44
1.2.2 Homologation du mandat donné en prévision de l'inaptitude.....	49
1.3 Nature du mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant.....	52
1.4 Finalité du mandat de protection.....	57
1.4.1 Représentation et pouvoir de représentation.....	58
1.4.2 Droit, capacité et pouvoir.....	62
Chapitre 2 Impact de la qualification du mandat de protection.....	66

2.1	Régimes de protection.....	68
2.1.1	Distinction d'avec les régimes de protection	68
2.1.2	Incapacité et inaptitude	75
2.1.3	Recours aux régimes de protection pour des situations ciblées.....	77
2.2	Droit positif.....	82
2.2.1	Dispositions d'ordre public.....	84
2.2.2	Dispositions du <i>Code civil du Québec</i>	93
2.2.3	Contenu implicite.....	98
2.2.3.1	Devoirs de bonne foi et de loyauté.....	100
2.2.3.2	Les obligations essentielles et naturelles	103
2.3	Pour un plus grand encadrement législatif du contrat de mandat de protection.....	109
2.3.1	Portée du mandat de protection.....	110
2.3.2	Contrôle de l'exercice du pouvoir de représentation	112
	Conclusion	121
	Table de la législation	126
	Table des jugements.....	128
	Bibliographie.....	133

Liste des tableaux

Page

TABLEAU I : Dispositions législatives applicables aux régimes de protection et au mandat de protection	68
--	----

Liste des abréviations

Législation et réglementation

C.c.B.C.	Code civil du Bas-Canada
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.p.c.	Code de procédure civile
G.O.	Gazette officielle du Québec
L.C.	Lois du Canada (depuis 1987)
L.Q.	Lois du Québec (depuis 1969)
L.R.C.	Lois révisées du Canada (depuis 1985)
L.R.Q.	Lois refondues du Québec (depuis 1977)
r.	règlement refondu du Québec
R.R.Q.	Règlements refondus du Québec
S.C.	Statuts du Canada (avant 1987)
S.Q.	Statuts du Québec (avant 1969)
S.P.C.	Statuts de la province du Canada / Statuts provinciaux du Canada (entre 1840 et 1867)
S.R.C.	Statuts révisés du Canada (avant 1985)
S.R.Q.	Statuts refondus du Québec (avant 1977)

Jurisprudence

C.A.	Cour d'appel du Québec ou Recueils de la –
C.S.	Cour supérieure ou Recueils de la –
C.S.C.	Cour suprême du Canada
CSC	Cour suprême du Canada (référence neutre)
D.L.Q.	Droits et libertés au Québec
EYB	Recueil électronique des Éditions Yvon Blais
QCCA	Cour d'appel du Québec (référence neutre)
QCCS	Cour supérieure du Québec (référence neutre)
QCTDP	Tribunal des droits de la personne du Québec (référence neutre)
R.	La Reine
REJB	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
T.D.P.Q.	Tribunal des droits de la personne du Québec
T.D.P.D.J.	Tribunal des droits de la personne et des droits de la jeunesse

Revue de droit et recueils de doctrine

C. de D.	Cahiers de droit
C.P. du N.	Cours de perfectionnement du notariat
R. du B.	Revue du Barreau
R.D. McGill	Revue de droit de McGill

R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
R.G.D.	Revue générale de droit
R.J.T.	Revue juridique Thémis (depuis 1966)
R. du N.	Revue du notariat
S.F.C.B.Q.	Service de la formation continue du Barreau du Québec
S.F.P.B.Q.	Service de la formation permanente du Barreau du Québec

Remerciements

Je voudrais remercier mes parents qui m'ont transmis leur passion pour les études. Ma mère qui est toujours présente pour me soutenir et m'encourager. Tout particulièrement, je tiens à souligner son rôle dans l'aventure qu'est la maîtrise. Elle a été pour moi une source de stabilité et de sécurité. Mon père qui, je le sais, aurait toujours trouvé le mot juste pour m'inciter à me dépasser. Il est ma source de motivation.

L'entreprise et l'aboutissement de ce travail n'auraient pu être possibles sans la flexibilité, la patience et le soutien de mon employeur, Michel B. Paré. Il m'a offert l'opportunité de poursuivre des études de deuxième cycle tout en travaillant à temps partiel. La possibilité de concilier le travail et les études représente pour moi une chance inouïe. Il m'a également permis de prendre le temps dont j'avais besoin pour mener à bien mon cheminement à la maîtrise. De plus, les échanges que nous avons eus ont été une source de réflexion qui m'a aidée à faire évoluer mon raisonnement juridique.

Chacun sait que pour mener à terme nos ambitions universitaires, un support financier est essentiel. À ce titre, je voudrais remercier la Chambre des notaires du Québec et souligner son initiative de mettre en place un Programme d'aide à la spécialisation. Le soutien financier offert par la Chambre des notaires a, lui aussi, joué un rôle important dans la conciliation entre le travail et les études. Il m'a permis de consacrer le temps et l'énergie nécessaires à la rédaction du présent mémoire.

Je ne pourrais passer sous silence l'importance du travail effectué par ma directrice de recherche, Marie Annik Grégoire. Elle a su me guider et m'éclairer. Ses interventions m'ont permis de me surpasser et d'aiguiser mon sens critique. L'importance des

connaissances et la rigueur requise pour bien faire un travail sont des valeurs qui, j'en suis sûre, me serviront tout au long de ma carrière. Je souhaite à tous les étudiants à la maîtrise de bénéficier des échanges, des conseils et de l'écoute dont j'ai pu profiter.

En raison des événements qui ont marqué les derniers mois de mes études, je me dois de souligner le rôle de mon conjoint, Philippe. Son soutien et sa patience m'ont donné la force d'aller jusqu'au bout.

À tous, merci.

Sabrina

Introduction

Les relations entre individus s'articulent principalement autour des échanges de biens et de services qui interviennent entre eux. Différents mécanismes ont été élaborés afin de permettre que ces échanges soient fluides et sûrs, et ce, que les parties soient ou non présentes en un même temps et un même lieu pour la conclusion de leur accord¹. À titre d'illustrations, mentionnons simplement les dispositions du *Code civil du Québec*² ayant trait à l'offre et à l'acceptation³ ou encore au contrat de mandat.⁴ Des mesures ont également été mises en place pour pallier les inévitables inégalités entre individus, lesquelles résultent de différents facteurs dont notamment les facultés physiques ou mentales qui peuvent être altérées à la suite d'un accident, une maladie ou encore en raison de l'âge⁵. Ces mesures ont pour objectifs de permettre aux personnes les plus vulnérables d'être, à la mesure de leurs facultés, socialement et économiquement actives⁶.

De la nécessaire interrelation entre individus découle un constat. Qu'une personne soit en position de force ou de faiblesse ou qu'elle soit apte ou inapte, elle sera toujours dépendante, quoiqu'à un degré variable suivant les circonstances, de ses rapports avec autrui. Cette situation de dépendance vis-à-vis des autres amène nombre d'individus à s'interroger sur les moyens mis à leur disposition pour assurer tant la protection de leur personne que celle de leurs biens. En effet, certains désirent prévoir ce qui adviendra de

¹ JEAN DOMAT, *Oeuvres complètes*, t. 1, Paris, Éditions du cours de droit français, 1835, n° 16, p. 127 et 353.

² *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, ci-après nommé *Code civil du Québec* ou C.c.Q. ; GIL RÉMILLARD, «Présentation du projet de Code civil du Québec», (1991) 22 *R.G.D.* 5, 14.

³ C.c.Q., art. 1388 et suiv.

⁴ C.c.Q., art. 2130 et suiv.

⁵ MARIE ANNIK GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, coll. «Minerve», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 62.

⁶ À titre d'illustrations, mentionnons les dispositions applicables en matière de minorité (C.c.Q., art. 155), d'absence (C.c.Q., art. 84), de régimes de protection du majeur (C.c.Q., art. 256), de mandat entre conjoints (C.c.Q., art. 444), de gestion d'affaires (C.c.Q., art. 1482), de mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant (C.c.Q., art. 2131).

leur personne et de leur patrimoine au moment où ils ne seront plus en mesure de veiller eux-mêmes à leur bien-être physique, moral et matériel. De plus, la sensibilisation de la population à la gestion et à la planification patrimoniale, ainsi que la volonté de chacun d'avoir une emprise sur son avenir sont également des sources médiate de ce questionnement.

Bien que les proches d'une personne inapte soient ceux avec qui cette dernière entretient les liens les plus étroits, ses rapports avec les tiers, dans les buts notamment de combler ses besoins et d'effectuer des opérations courantes relativement à son patrimoine⁷, doivent être envisagés. Un des mécanismes prévus par le législateur consiste pour une personne, alors qu'elle est majeure et apte, à accorder un mandat en prévision de son inaptitude⁸. Les présentes recherches ont pour objet de démontrer que le cadre législatif applicable en matière contractuelle permet, bien qu'il y ait place à amélioration, de répondre aux besoins qui ont fondé l'adoption de cette institution, entre autres assurer la protection du mandant pour n'en citer qu'une illustration.

Un mandat, quel qu'il soit, permet au mandant d'accomplir par l'intermédiaire d'un représentant, le mandataire, un acte juridique, et ce, lorsqu'il ne peut ou ne veut agir lui-même⁹. Quant au terme «procuration», il évoque à la fois le pouvoir de représentation accordé par le mandant et l'écrit qui constate tel pouvoir¹⁰. Les droits et devoirs résultant de l'exercice par le mandataire du pouvoir de représentation qui lui est dévolu sont créés dans

⁷ Par exemple, la gestion ou la vente d'une entreprise, la représentation pour l'accomplissement d'actes juridiques ou matériels ou encore en poursuite ou en défense dans une procédure judiciaire.

⁸ C.c.Q., art. 2131 et 2166 et suiv.

⁹ C.c.Q., art. 2130 ; MADELEINE CANTIN CUMYN, «Le pouvoir juridique», (2007) 52 *R.D. McGill* 215, 220 ; PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU (dir.) / CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 209 et 210.

¹⁰ La procuration est donc l'effet du contrat de mandat, sa cause étant le pouvoir de représentation. Pour une étude des termes «mandat» et «procuration», voir : CLAUDE FABIEN, «Le nouveau droit du mandat» dans *La réforme du Code civil, Obligations, contrats nommés*, vol. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881, à la page 888.

les patrimoines respectifs du mandant et du tiers, à l'exclusion de celui du mandataire¹¹. Ce sont les règles édictées aux articles 2130 et suivants du *Code civil du Québec* qui gouvernent cette institution tripartite afin d'en assurer la justice et l'utilité sociale.

Dans le cadre d'un mandat ordinaire¹², le mandant doit être apte¹³ à manifester de manière claire et consciente sa volonté tout au long de l'exécution du contrat¹⁴. En effet, puisque le mandataire est chargé de transmettre le consentement du mandant, il ne peut exprimer la volonté d'une personne inapte à consentir¹⁵. Conséquemment, le pouvoir de représentation s'éteint lorsque le mandant ne peut, en raison de son inaptitude, révoquer la procuration. Cependant, le mandat de protection est, de par sa finalité, un contrat à exécution successive sous condition suspensive et, plus précisément, un contrat dont les obligations naissent de la constatation de l'inaptitude du mandant par le tribunal¹⁶. Or, le prolongement possible dans le temps, entre le moment où le document du mandat est signé et, le cas échéant, celui où les pouvoirs consentis prennent effet, emporte un questionnement qui est absent pour d'autres espèces de contrats.

Pour que la validité d'un contrat à exécution successive soit assurée tout au long de son exécution, est-il nécessaire que les parties soient aptes tant lors de la formation qu'à tout moment lors de son exécution ? Nous avons souligné qu'une réponse affirmative

¹¹ Sauf exceptions, telles les situations prévues aux articles 2158 et 2159 du *Code civil du Québec*. Afin d'alléger le texte et d'éviter toute confusion, nous appellerons le lien entre le mandant et le mandataire relation ou rapport interne par opposition à la relation ou au rapport externe que nous utiliserons pour désigner le lien entre le mandant et le tiers.

¹² Nous utiliserons le qualificatif «ordinaire» par opposition au mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant. Le mandat ordinaire pouvant être soit général ou spécial.

¹³ Sous réserve des situations prévues aux articles 2167.1 et 2182 du *Code civil du Québec*.

¹⁴ C.c.Q., art. 1398, 2176 et 2179 al. 3.

¹⁵ MICHEL BEAUCHAMP, «Les régimes de protection du majeur (Art. 256 à 297 C.c.Q.)» dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, à la page 101 ; CHRISTINE MORIN, «Le mandat : le point sur les conséquences liées à la survenance de l'inaptitude du mandant», (2008) 110 *R. du N.* 241, 254 ; JEAN PINEAU, DANIELLE BURMAN et SERGE GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Éditions Thémis, 2001, n° 112.1, p. 239.

¹⁶ C.c.Q., art. 1383 al. 2, 1497 et 2166 al.2.

s'impose en présence d'un mandat ordinaire¹⁷. Toutefois, une des conditions de l'homologation du mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude étant l'inaptitude du mandant, on ne peut, contrairement au mandat ordinaire, exiger de ce dernier qu'il soit apte au moment de sa mise en œuvre et tout au long de son exécution. Son homologation vise à instaurer un mécanisme de représentation permettant à la personne devenue inapte d'interagir utilement avec autrui.

Le mandat, lorsqu'accordé en prévision de l'inaptitude du mandant, met différents intérêts en présence. Ceux-ci doivent être conciliés afin d'assurer la sécurité et la stabilité des relations entre les personnes, mais également la protection d'une personne majeure qui n'est plus en mesure de s'occuper d'elle-même et de veiller à la gestion de ses biens¹⁸. Tant au sein de la population en général que chez les rédacteurs d'actes, l'importance de se positionner quant aux pouvoirs confiés au mandataire, ainsi que la nécessité de mettre en place des mesures de contrôle efficaces, sont des sujets parfois, mais malheureusement trop fréquemment, escamotés¹⁹. La procuration doit traduire la volonté de son auteur pour atteindre les objectifs de justice et d'utilité sociale propres à tout contrat.

Par ailleurs, il est important que la nature juridique du mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant fasse l'objet d'un consensus afin que les conseils juridiques appropriés puissent être dispensés. Actuellement, l'absence d'un tel consensus peut, d'une part, rendre incertaine l'issue d'une demande en homologation, tout particulièrement s'il y a contestation et, d'autre part, entraîner des disparités quant à l'interprétation et à la portée de l'acte. Deux positions s'affrontent sur la question de la nature juridique de l'institution. Selon la première, le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant est un

¹⁷ C. MORIN, préc., note 15, 254.

¹⁸ C. FABIEN, préc., note 10, à la page 884.

¹⁹ À titre d'illustrations, il est pertinent de s'interroger sur l'étendue des pouvoirs accordés ou encore sur les devoirs déterminés devant être imposés au mandataire eu égard à la situation particulière du mandant.

quatrième régime de protection et, à ce titre, s'apparente aux régimes légaux²⁰. La seconde quant à elle privilégie une qualification purement contractuelle²¹.

Le problème sous-jacent lié à cette qualification concerne la place qu'il convient de donner aux principes qui sous-tendent les régimes de protection du majeur et, particulièrement, à l'application de l'article 257 du *Code civil du Québec* en matière de mandat de protection. Ce dernier a trait à la sauvegarde de l'autonomie résiduelle d'une personne majeure qui, sans être totalement inapte, n'est pas en mesure d'assurer, par elle-même et de manière adéquate, son bien-être. Les termes «sauvegarde de l'autonomie» réfèrent à la protection à laquelle a droit toute personne en regard de la préservation de ses facultés résiduelles. Ce principe de sauvegarde de l'autonomie se traduit par la possibilité accordée à une personne partiellement inapte d'exploiter pleinement ses capacités tant physiques que mentales. Afin d'éviter une superposition de régimes et de permettre l'application d'une logique unique à une institution unique, nous avançons que ce même principe peut s'induire du contenu obligationnel du mandat de protection.

Le terme «autonomie», selon le contexte dans lequel il s'inscrit, peut recevoir différentes interprétations. Il y a l'autonomie au sens de l'aptitude d'une personne, mais également l'autonomie de la volonté en matière contractuelle et la sauvegarde de l'autonomie en matière de régime de protection. Suivant la première acception énoncée ci-devant, l'autonomie est à la fois la faculté pour un individu de subvenir à ses propres besoins et l'aptitude de celui-ci à définir lui-même le cadre dans lequel il désire évoluer²².

²⁰ ÉDITH DELEURY et DOMINIQUE GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008 ; CLAUDE FABIEN, «Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant: une institution à parfaire», (2007) 1 *C.P. du N.* 405 ; DIDIER LLUELLES et BENOÎT MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006 ; MONIQUE OUELLETTE, «La loi sur le curateur public et la protection des incapables», (1989) 3 *C.P. du N.* 9.

²¹ KIM DÉSILETS, «Le mandat en cas d'inaptitude: la réconciliation des idées», (2008) 38 *R.D.U.S.* 291 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15.

²² É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 169, p. 186 ; FRANÇOIS DUPIN, «Droit des personnes - Protection des personnes inaptes: l'intérêt et l'autonomie du majeur protégé» dans *Revue du Barreau*, 1997,

Sous ces aspects, nonobstant le fait qu'il ne soit pas explicitement nommé dans les Chartes, le droit à l'autonomie peut être envisagé comme étant un droit fondamental²³. En effet, ce droit s'infère de d'autres qui eux sont élevés au rang de droits fondamentaux, tels le droit à la liberté, le droit à l'égalité, le droit à la dignité ou encore le droit à la vie privée²⁴. Ces derniers, en raison des valeurs qu'ils véhiculent, sont protégés par les Chartes.

Suivant la seconde définition du terme autonomie mentionnée ci-dessus, elle représente «un moyen au service de valeurs supérieures telles la justice et l'utilité sociale»²⁵. Ces valeurs supérieures sont les assises du régime contractuel et de la force obligatoire des conventions²⁶. La liberté contractuelle est l'expression de l'autonomie de la volonté²⁷. Elle emporte que la manifestation de la volonté d'une personne, laquelle s'exerce nécessairement à l'intérieur des limites fixées par l'ordre public²⁸, soit la source d'où jaillit le contrat²⁹.

Droit civil en ligne (DCL), EYB1997RDB22, p. 1 ; *Le nouveau Petit Robert de la langue française 2009*, Paris, Le Robert, 2009, p. 186.

²³ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), ci-après nommée *Charte canadienne des droits et libertés* ; *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, ci-après nommée *Charte des droits et libertés de la personne*.

²⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7 et 15 ; *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 1, 4 et 5 ; R. c. *Morgantaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 ; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 ; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 ; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1997] 3 R.C.S. 845, par. 97 ; *Gazette (The) (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.) ; F. DUPIN, préc., note 22, p. 1 et 4.

²⁵ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 154, p. 303.

²⁶ GÉRALD GOLDSTEIN et NAJLA MESTIRI, «La liberté contractuelle et ses limites - Étude à la lueur de droit civil québécois» dans BENOÎT MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 299, à la page 319.

²⁷ JEAN-LOUIS BAUDOIN et PIERRE-GABRIEL JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n° 65, p. 93.

²⁸ C.c.Q., art. 9.

²⁹ C.c.Q., art. 1385 ; Quant à la force obligatoire du contrat, celle-ci résulte plutôt de la loi qui met à la disposition des contractants des leviers pour faire exécuter le contrat en cas de défaut d'une partie. Voir à cet effet : P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 24 et 25 ; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 5, p. 64 ; BRIGITTE LEFEBVRE, «Liberté contractuelle et justice contractuelle: le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement» dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, vol. 129, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49, aux pages 53 et 54 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 154, p. 303.

L'application d'un concept telle la sauvegarde de l'autonomie, en se fondant sur l'article 257 du *Code civil du Québec*, à l'institution du mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant remet en cause l'opportunité pour le mandant d'accorder une procuration qui aura effet advenant son incapacité, et ce, même si le législateur autorise expressément tel contrat. D'une part, les besoins du majeur ne peuvent, avant la survenance de son incapacité, être déterminés avec certitude. La survenance même de l'incapacité étant incertaine, les probabilités militent à l'encontre de la justesse des prévisions du mandant. D'autre part, la qualification contractuelle du mandat de protection a pour objectif d'y appliquer un régime juridique déterminé en vue d'en assurer la prévisibilité³⁰. Le mandat donné en prévision de l'incapacité est un contrat nommé et le respect de l'autonomie à titre de liberté contractuelle est le fondement même de cette institution. Il est possible de respecter la personne et ses droits par l'application des principes propres au droit des contrats, et par extension au droit des obligations et aux principes généraux véhiculés par le *Code civil du Québec*³¹, sans avoir à assimiler l'institution du mandat de protection à un régime de protection. La modulation des obligations du mandataire, suivant le degré d'incapacité du mandant, s'infère de la nature même de l'institution. En effet, le contenu obligationnel de ce contrat comprend nécessairement, et ce, afin d'assurer pleinement la protection du mandant tel que prévu notamment à la *Charte des droits et libertés de la personne*, le respect de l'autonomie résiduelle du mandant.

Ainsi, pour arriver au constat de l'opportunité d'un mandat donné en prévision de l'incapacité dans l'ordre juridique québécois, il faut d'abord en retracer les origines et les fondements. Ceci fait, nous pourrions étayer notre position quant à la faveur qui doit être

³⁰ JACQUES GHESTIN, CHRISTOPHE JAMIN et MARC BILLIAU, «Les effets du contrat» dans JACQUES GHESTIN (dir.), 3e éd., coll. «Traité de droit civil», Paris, L.G.D.J., 2001, à la page 81.

³¹ La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* expose ce qui suit :

«Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens.

Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.»

accordée à cette institution. La qualification juridique retenue, à savoir que le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant est une institution contractuelle, influence le droit substantif y applicable et les conséquences qui en découlent. Ainsi, les conséquences emportées par le droit substantif propre au mandat donné en prévision de l'inaptitude seront différentes de ce qu'elles seraient si ce mandat était abordé sous l'angle des régimes de protection ou d'une institution hybride. Nous proposons que le recours au contenu obligationnel, tant explicite qu'implicite, du mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant permette de répondre aux besoins et aux attentes légitimes du mandant. Cependant, même si nous appuyons la position contractuelle, nous constatons qu'il existe certaines difficultés en raison de l'état actuel du droit. Celles-ci empêchent l'institution d'atteindre pleinement ses finalités. En conclusion, nous proposerons deux avenues à envisager pour que le mandat de protection accomplisse efficacement son rôle.

Chapitre 1 Opportunité du mandat donné en prévision de l'inaptitude

La faculté pour une personne de préparer un mandat en prévision de son inaptitude constitue une innovation importante. C'est à la fois un instrument de protection, de représentation et d'administration. Il diffère de toutes les autres espèces de contrats puisqu'il a vocation à gouverner tant la personne du mandant que ses biens et devient exécutoire alors que son auteur est vivant, mais dans l'impossibilité d'agir pour lui-même. Pour ces motifs, il nécessite un encadrement législatif particulier en regard de sa constitution, de sa mise en œuvre, du contrôle de son exécution et de sa révocation.

Le présent chapitre a pour objectif de situer le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant dans des perspectives historique et juridique. Pour ce faire, il est nécessaire de débiter par un exposé des différentes mesures de protection qui se sont succédé depuis l'adoption du *Code civil du Bas-Canada*³².

1.1 Évolution législative des mesures de protection

Avant que soit constatée la nécessité d'un dispositif conventionnel visant la protection, la gestion du patrimoine et l'administration générale des biens d'une personne majeure qui ne peut plus subvenir seule à ses besoins, divers mécanismes ont été élaborés³³.

³² *Acte concernant le Code civil du Bas-Canada*, S.P.C., 1865, c. 41, ci-après nommé *Code civil du Bas-Canada* ou C.c.B.C.

³³ Ceux-ci avaient principalement pour but la protection du patrimoine de la personne vulnérable.

Malheureusement, l'application de ceux-ci faisait fi du respect des droits fondamentaux dont chacun doit bénéficier. L'inadéquation de ces mesures a entraîné différentes réformes dont la dernière en date est celle ayant introduit, entre autres, l'institution faisant l'objet de notre étude.

Entre 1866 et la fin de la décennie 1980, une personne aliénée ou interdite pouvait se voir retirer le droit d'exercer elle-même ses droits civils³⁴, et ce, suivant l'une des deux voies procédurales possibles, soit judiciaire ou administrative. Celles-ci menaient à la constitution d'un curateur, privé ou public, d'un conseil judiciaire ou d'un administrateur provisoire. Ces intervenants avaient pour rôle de prendre en charge un majeur considéré inapte à s'occuper de lui-même ou de ses affaires pour cause de maladie mentale³⁵.

Les procédures judiciaires étaient circonscrites par les règles édictées au *Code civil du Bas-Canada*³⁶, au *Code de procédure civile du Bas-Canada*³⁷ et à l'*Acte relatif aux asiles d'aliénés*³⁸. Elles visaient la nomination d'un curateur privé ou d'un conseil judiciaire. Les procédures administratives furent quant à elles régies au fil du temps suivant différentes lois. Tout d'abord, le législateur avait amendé les *Statuts refondus*,

³⁴ COMITÉ DIRECTEUR SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA CURATELLE PUBLIQUE, *La protection des personnes majeures au Québec - Propositions de régimes*, Rapport, 1988, p. 8.

³⁵ Ce n'est que lors des réformes amorcées à la fin des années 1980 que les facultés physiques de la personne à exprimer ses volontés ont été élevées au rang de critère pertinent à l'établissement d'un régime de protection. À cet effet, un auteur écrivait : «[l]'affaiblissement mental, sans qu'il y ait folie ou démence, la diminution des facultés au point de rendre celui qui en est atteint, incapable de se conduire lui-même et de conduire ses affaires, est une cause d'interdiction.» dans LOUIS-PHILIPPE SIROIS, *Tutelles et Curatelles*, Québec, Imprimerie de l'Action Sociale Limitée, 1911, p. 392.

³⁶ C.c.B.C., art. 325 et suiv. et 349 et suiv.

³⁷ *Code de procédure civile du Bas-Canada*, 29-30 Vict., ch. 25, ci-après nommé *Code de procédure civile du Bas-Canada* ou C.p.c.B.C., art. 1256 et suiv. et 1262 dans LÉON LORRAIN, *Code de procédure civile*, Montréal, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1886.

³⁸ *Acte relatif aux asiles d'aliénés dans la province de Québec*, 48 Vict., c. 34, ci-après nommé *Acte relatif aux asiles d'aliénés*.

1909³⁹ puis la *Loi concernant les hôpitaux pour le traitement des maladies mentales*⁴⁰ et enfin la *Loi instituant une curatelle publique*⁴¹ ainsi que les règlements pris en application de cette dernière. Les procédures administratives visaient la constitution du surintendant médical d'un asile, et par la suite du curateur public, ou d'un administrateur provisoire pour prendre en charge un majeur mentalement inapte qui n'était pas autrement pourvu d'une forme de représentation⁴². Nous examinerons plus en détail ces deux procédures dans les prochaines sections.

1.1.1 Les procédures judiciaires

Aux termes des dispositions du *Code civil du Bas-Canada* de 1866, la voie judiciaire était incontournable pour retirer à une personne l'exercice de ses droits civils et mettre en place des mesures pour assurer sa protection et celle de ses biens. Elle menait tantôt à la constitution d'un curateur privé tantôt à celle d'un conseil judiciaire.

Si la preuve démontrait que l'individu pour qui les démarches étaient entreprises se trouvait dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur⁴³, s'il était prodigue⁴⁴, ivrogne⁴⁵ ou faisait usage de narcotiques⁴⁶ de façon habituelle, le tribunal prononçait son

³⁹ *Loi amendant les Statuts refondus, 1909, relativement à l'administration provisoire des biens des personnes aliénées non interdites placées dans les asiles*, 9 Geo. V, c. 53.

⁴⁰ *Loi concernant les hôpitaux pour le traitement des maladies mentales*, 14 Geo. VI, c. 31, ci-après nommée *Loi des institutions pour malades mentaux*.

⁴¹ *Loi instituant une curatelle publique*, 9 Geo. VI, c. 62, ci-après nommée *Loi de la curatelle publique*.

⁴² COMITÉ DIRECTEUR SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA CURATELLE PUBLIQUE, préc., note 34, p. 8.

⁴³ C.c.B.C., art. 325.

⁴⁴ C.c.B.C., art. 326 ; Soulignons que, dans ce cas, l'excès de générosité de la personne devait mettre en péril le bien-être de sa famille.

⁴⁵ C.c.B.C., art. 336 a.

⁴⁶ C.c.B.C., art. 336 r.

interdiction⁴⁷ et lui nommait un curateur⁴⁸. Ce dernier était chargé de la protection de la personne de l'interdit ou de la gestion de ses affaires⁴⁹. L'interdiction rendait la personne concernée incapable d'exercer ses droits civils⁵⁰.

Si la preuve tendait plutôt à démontrer que la personne, «sans être complètement insensée ou prodigue, [était] cependant faible d'esprit ou enclin[e] à la prodigalité, de manière à faire craindre qu'[elle] ne dissipe ses biens et ne compromette gravement sa fortune», le tribunal lui nommait un conseil judiciaire⁵¹. Il s'agissait d'une mesure mitoyenne entre le degré d'inaptitude qui menait à l'interdiction et la situation d'une personne apte⁵². Le conseil judiciaire avait, à l'instar du conseiller au majeur du *Code civil du Québec*, un rôle d'assistance⁵³. Ainsi, contrairement à l'interdit qui se voyait déclarer incapable aux termes du jugement prononçant son interdiction, le majeur pourvu d'un conseil judiciaire était quant à lui généralement capable, sauf pour les actes requérant l'assistance de son conseil⁵⁴. À défaut de précisions dans le jugement nommant le conseil judiciaire, l'article 351 du *Code civil du Bas-Canada* énumérait les actes que le majeur ne pouvait poser sans assistance. Cette mesure concernait essentiellement la protection des biens d'une personne partiellement inapte.

Tant dans l'intérêt de l'individu concerné que dans celui des tiers, notamment pour

⁴⁷ Il y avait une controverse à savoir si l'interdiction s'appliquait uniquement aux actes pécuniaires ou si elle couvrait également les actes moraux tels le mariage ou la reconnaissance de paternité. À ce sujet, voir : L.-P. SIROIS, préc., note 35, p. 409.

⁴⁸ C.c.B.C., art. 341.

⁴⁹ La procédure d'interdiction visait essentiellement la prise en charge des biens du majeur inapte et le bien-être de la société. Le but recherché pouvait également être la protection des proches de la personne inapte, notamment dans les situations d'interdiction pour prodigalité, ivrognerie ou abus de narcotiques.

⁵⁰ *Warren c. Béland*, [1964] C.S. 129, p. 142 ; L.-P. SIROIS, préc., note 35, p. 388.

⁵¹ C.c.B.C., art. 349 et suiv.

⁵² GÉRARD TRUDEL, *Les effets de la séparation de corps, la filiation, l'adoption, la puissance paternelle, la minorité, la tutelle, l'émancipation, la majorité, la curatelle, les corporations*, t. 2, coll. «Traité de droit civil du Québec», Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 446.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*, p. 445.

savoir si une personne était habile à contracter, un registre des personnes interdites ou soumises à un conseil judiciaire était tenu⁵⁵. Il pouvait être consulté par toute personne intéressée «au greffe de chacune des cours ayant, dans [un] district, le droit d'interdire et de nommer des conseils judiciaires»⁵⁶ ainsi qu'à l'étude de chaque notaire dudit district⁵⁷.

Dès 1885, le législateur a permis la constitution d'un administrateur provisoire⁵⁸. Celui-ci était nommé par un juge sur avis du conseil de famille. Le rôle de l'administrateur provisoire visait l'administration des biens d'une personne hébergée dans un asile, mais qui n'était pas interdite. Il possédait, pour remplir ses fonctions, les pouvoirs d'un curateur ordinaire.

Les conséquences de ces procédures judiciaires étaient, pour la personne visée, la perte de l'exercice de ses droits civils⁵⁹ et sa stigmatisation. Elle était affublée notamment des titres de «folle» ou de «furieuse». Bien qu'elle avait le droit d'être entendue⁶⁰, le sentiment de devoir protéger la société pouvait occulter les besoins de la personne inapte. Ces procédures et le traitement dégradant qu'elles entraînaient pour les personnes concernées, sans oublier la responsabilité potentielle du curateur⁶¹, pouvaient mener les familles à passer sous silence le besoin de protection ou de représentation de l'un des siens.

⁵⁵ C.c.B.C., art. 333 ; C.p.c., art. 1261 ; L.-P. SIROIS, préc., note 35, p. 389, 409 et 410 ; G. TRUDEL, préc., note 52, p. 399.

⁵⁶ C.c.B.C., art. 333 et 341.

⁵⁷ *Loi concernant le notariat 1941*, S.R.Q., c. 263 (cité sous *Code du notariat*), art. 21, lequel se lit comme suit : «Les notaires doivent tenir dans leur étude, à la disposition du public, après la notification qu'est obligé de leur faire, sans délai et gratuitement, le greffier ou le protonotaire du district où ils tiennent leur étude, un tableau des personnes interdites ou assistées d'un conseil judiciaire.»

⁵⁸ *Acte relatif aux asiles d'aliénés*, préc., note 38, art. 51 à 53 ; COMITÉ DIRECTEUR SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA CURATELLE PUBLIQUE, préc., note 34, p. 9.

⁵⁹ Aucune mesure n'était en place pour assurer la sauvegarde de l'autonomie de l'interdit.

⁶⁰ C.c.B.C., art. 330 et 330 a) ; G. TRUDEL, préc., note 52, p. 392 à 394.

⁶¹ C.c.B.C., art. 1054.

Avant de mettre le bien-être de la personne au premier plan quant aux décisions qui la concernaient, ce sont plutôt des considérations d'efficacité et de protection de la société qui ont été prioritaires. Ainsi, en parallèle des procédures judiciaires, le législateur a instauré des procédures administratives. Celles-ci visaient à accorder au surintendant médical d'un asile des pouvoirs sur les personnes qui étaient hébergées dans son institution et sur leurs biens.

1.1.2 Les procédures administratives

En 1919, en sus des procédures judiciaires, une procédure administrative est introduite suivant les amendements aux *Statuts refondus, 1909*⁶². En vertu de celles-ci, une personne qui n'était pas interdite et pour qui aucun administrateur provisoire n'était désigné se voyait soumise d'office à l'autorité du surintendant médical de l'asile où elle était hébergée. Le surintendant médical possédait, sur toute personne admise dans son institution qui n'était pas autrement représentée, les pouvoirs d'un curateur aux biens et à la personne.

L'adoption, en 1945, de la *Loi de la curatelle publique* opéra un transfert des pouvoirs jusqu'alors exercés par le surintendant médical à une nouvelle institution, celle du curateur public. Ce dernier était nommé par le lieutenant-gouverneur en conseil et pouvait agir dans toute la province⁶³. Il était commis d'office à la réception d'un certificat médical émis par un directeur d'hôpital et attestant l'incapacité d'une personne à administrer ses biens. Le curateur public se voyait dès lors investi des pouvoirs d'un curateur à l'interdit⁶⁴.

⁶² *Loi amendant les Statuts refondus, 1909, relativement à l'administration provisoire des biens des personnes aliénées non interdites placées dans les asiles*, préc., note 39, art. 2 ; COMITÉ DIRECTEUR SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA CURATELLE PUBLIQUE, préc., note 34, p. 9 et 10.

⁶³ *Loi de la curatelle publique*, préc., note 41, art. 2.

⁶⁴ *Loi de la curatelle publique*, préc., note 41, art. 6 ; ROBERT LAMARCHE, «La nouvelle loi sur le curateur public», (1989) 3 *C.P. du N.* 45, n° 18, p. 56 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 122, p.

À ce titre, il exerçait ses pouvoirs tant sur les biens que sur la personne de tout majeur placé dans un asile pour personnes aliénées ou dans un hôpital psychiatrique qui n'était ni interdit ni autrement représenté⁶⁵.

En 1963, une partie des prérogatives dont jouissait le curateur public relativement à toute personne soumise à sa compétence lui ont été retirées. Il ne conserva que l'administration des biens des majeurs inaptes à gérer leurs affaires qui, sans être représentés, étaient gardés en institution⁶⁶. Ce n'est qu'en 1971 que le curateur public devait récupérer ses pouvoirs sur la personne de l'aliéné. À cette époque, il se vit également confier la surveillance des tutelles aux mineurs et des curatelles privées⁶⁷.

La principale conséquence des procédures administratives était qu'un majeur pouvait se retrouver sous la coupe du curateur public, et ce, tant à son insu qu'à l'insu des membres de sa famille, tous étant gardés dans l'ignorance et d'aucun ne pouvant être entendu. Alors que les procédures judiciaires étaient instituées à la demande d'un proche⁶⁸ et nécessitaient la présentation d'une preuve devant le tribunal quant à l'inaptitude de la personne visée⁶⁹, l'interdiction résultant d'une démarche administrative ne requérait qu'un simple certificat médical⁷⁰.

262 ; ALAIN ROY et MICHEL BEAUCHAMP, «Les régimes de protection du majeur inapte» dans *Chambre des notaires du Québec, Répertoire de droit*, «Procédures non contentieuses», Doctrine - Document 5, Montréal, 2007, à la page 3, par. 12.

⁶⁵ COMITÉ DIRECTEUR SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA CURATELLE PUBLIQUE, préc., note 34, p. 10 et 11 ; JEAN-PIERRE MÉNARD, «L'exercice des droits par les personnes inaptes» dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, *Le droit des personnes inaptes (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 61, aux pages 80 et 81.

⁶⁶ COMITÉ DIRECTEUR SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA CURATELLE PUBLIQUE, préc., note 34, p. 11.

⁶⁷ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2^e sess., 33^e légis., 31 mai 1989, «Projet de loi 145 – Adoption du principe», p. 6131 (M. Rémillard) ; COMITÉ DIRECTEUR SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA CURATELLE PUBLIQUE, préc., note 34, p. 11.

⁶⁸ C.c.B.C., art. 327 et 350.

⁶⁹ C.c.B.C., art. 328, 330 et 331.

⁷⁰ *Loi de la curatelle publique*, préc., note 41, art. 6.

Dans les années 1980, ces dernières procédures ont été appelées à disparaître. Elles ont laissé place aux Projets de loi 20⁷¹ et 145⁷². Suivant ces derniers, seule l'option judiciaire subsiste que ce soit pour mettre en place un régime de protection légal ou encore pour rendre exécutoire un mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude⁷³. L'introduction successive de ces deux projets de loi⁷⁴ s'inscrit dans un courant de société où le respect de la personne est élevé au rang de droit fondamental reconnu et protégé par les Chartes. Nous traiterons maintenant plus en détail de ces projets de loi.

1.1.3 Projet de loi 20

Afin d'obvier les désagréments liés aux procédures d'interdiction, notamment la stigmatisation de la personne interdite, la lourdeur de la mise en place d'un régime de protection, la responsabilité potentielle du curateur et l'ingérence du curateur public⁷⁵ dans les affaires privées, il était de pratique courante de poursuivre, sur la foi d'un mandat ordinaire préalablement consenti, la gestion et l'administration des affaires d'une personne devenue inapte⁷⁶. Précisons que deux écoles de pensée s'affrontaient en regard de la

⁷¹ *Loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c. 18, ci-après nommée *Projet de loi 20* ; Le *Projet de loi 20* a été sanctionné le 15 avril 1987, mais n'est jamais entré en vigueur.

⁷² *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54, ci-après nommée *Projet de loi 145*, lequel remplace la *Loi de la curatelle publique*, préc., note 41 et modifie le *Code civil du Bas-Canada* ainsi que le *Code de procédure civile*, L.R.Q. 1977, c. C-25, ci-après nommé *Code de procédure civile* ou C.p.c.

⁷³ Précisons que cette dernière option, soit la préparation d'un mandat en prévision de l'inaptitude du mandant, n'est mise de l'avant qu'aux termes du *Projet de loi 145*.

⁷⁴ L'adoption et l'entrée en vigueur du *Projet de loi 145* ayant éclipsé le *Projet de loi 20*.

⁷⁵ Aujourd'hui, le rôle du curateur public est supplétif. Il doit être nommé par le tribunal, sauf dans la situation énoncée à l'article 261 du *Code civil du Québec* où il peut agir d'office ou, suivant le troisième paragraphe de l'article 12 de la *Loi sur le curateur public*, L.R.Q., c. C-81, lorsque le majeur protégé n'est plus pourvu d'un représentant. Ces situations d'exceptions visent la protection du majeur en ne le laissant pas dépourvu de représentation.

⁷⁶ MICHEL BEAUCHAMP, «Le mandat en cas d'inaptitude: crise d'identité ?», (2005) *C.P. du N.* 335, 343 ; LUCIE LAFLAMME, «Variations sur des thèmes connus: le mandat en prévision de l'inaptitude et la procuration générale», (2002) 2 *C.P. du N.* 103, 109 ; MONIQUE OUELLETTE, «*Livre premier: Des personnes*» dans *La*

validité des actes posés par un mandataire sur la base d'un mandat ordinaire accordé par le mandant avant la survenance de son inaptitude. Des intérêts opposés étaient en jeu, soit d'un côté la protection de la personne devenue inapte et de l'autre la pérennité et la sécurité des échanges de biens et de services.

Les tenants de la première position soutenaient que seule l'incapacité, prononcée par le tribunal, était susceptible de mettre fin au mandat ordinaire, et ce, nonobstant l'inaptitude de fait du mandant⁷⁷. Au soutien de leur opinion, ils bénéficiaient de l'appui du législateur⁷⁸. C'était donc la nomination d'un curateur qui opérerait la révocation des pouvoirs antérieurement accordés par le mandant, alors interdit, au mandataire⁷⁹. Ne concevant d'imposer aux tiers qui contractaient par l'entremise d'un mandataire l'obligation de vérifier la capacité du mandant, les fervents de cette position invoquaient que le mandat ordinaire se devait d'être valide jusqu'à ce que la personne soit déclarée incapable, donc que son inaptitude soit judiciairement constatée et qu'un représentant lui soit assigné.

Le second courant était à l'effet que les pouvoirs conférés dans un mandat ordinaire ne pouvaient plus être exercés dès le moment où survenait l'inaptitude du mandant. Les tenants de cette position invoquaient au soutien de leur opinion qu'un mandant inapte n'étant en mesure ni de surveiller les actes posés par son mandataire ni de révoquer la délégation de pouvoirs, cette dernière ne pouvait survivre en raison d'un défaut de fond, soit l'absence de consentement du mandant⁸⁰. Par ailleurs, la poursuite des activités du

réforme du Code civil, Personnes, succession, biens, vol. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 11, à la page 126.

⁷⁷ Voir à ce sujet les commentaires du professeur Comtois dans : ROGER COMTOIS, «Deux aspects de la procuration: révocation pour cause d'incapacité ; l'irrévocabilité du mandat», (1985) 87 *R. du N.* 236, 237.

⁷⁸ C.c.B.C., art. 1755 (8) : «Le mandat se termine : [...] 8. Par l'ouverture d'un régime de protection à l'égard de l'une ou l'autre des parties, mais il ne prend pas fin du seul fait que le mandant devient inapte à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens.»

⁷⁹ R. COMTOIS, préc., note 77, 241.

⁸⁰ C. MORIN, préc., note 15, 244 à 246.

mandataire sur la base d'un mandat ordinaire risquait d'engendrer diverses situations d'abus ou d'exploitation⁸¹. Par la même occasion, la situation risquait de fragiliser la sécurité et la stabilité recherchées dans les échanges de biens ou de services, lesquels échanges constituent le fondement de toute économie⁸². Les facultés de surveillance et de révocation participant des fondements de la responsabilité civile du mandant pour les actes posés, en son nom, par son représentant, comment alors, vu l'absence de consentement de l'auteur, des devoirs pouvaient-ils être engendrés à la charge de son patrimoine ?

Suivant les conseils d'intervenants de différents milieux, le législateur s'est vu contraint d'intervenir, ce qu'il fit en mettant de l'avant le Projet de loi 20. Celui-ci proposait tout d'abord de mettre un terme aux deux modes de nomination d'un curateur, privé ou public et de remplacer le conseil judiciaire⁸³. La réforme entreprise avec ce projet de loi avait également pour objet d'assurer à chacun le respect de ses droits fondamentaux⁸⁴. Dès lors, tous les régimes de protection devaient être établis par le tribunal. Ce dernier avait l'obligation, dans le choix du régime, de considérer à la fois le besoin de protection de la personne et son aptitude résiduelle⁸⁵. En conséquence, tout régime de protection mis en place devait être proportionnel aux besoins du majeur, et ce, dans le but de lui permettre de jouir, en tout temps, de ses facultés résiduelles⁸⁶.

Les régimes légaux proposés étaient, suivant la gradation dans le degré d'inaptitude

⁸¹ C. FABIEN, préc., note 20, 433.

⁸² *Id.*

⁸³ COMITÉ DIRECTEUR SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA CURATELLE PUBLIQUE, préc., note 34, p. 12, 13 et 29.

⁸⁴ Lesquels comprennent notamment le respect des garanties procédurales et des droits à la dignité et à la protection de la personne.

⁸⁵ M. OUELLETTE, préc., note 76, à la page 123 : «L'exercice des droits est limité par la stricte nécessité de veiller sur l'intégrité physique et sur la sécurité économique.»

⁸⁶ COMITÉ DIRECTEUR SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA CURATELLE PUBLIQUE, préc., note 34, p. 30 et 31.

du majeur, le conseiller, la tutelle et la curatelle⁸⁷. Le rôle du conseiller au majeur s'inscrivait dans l'optique d'un régime d'assistance tandis que les rôles de tuteur et de curateur s'articulaient autour de régimes de représentation⁸⁸. Ces derniers retiraient au majeur sa capacité d'exercer seul ses droits civils, de façon totale si le régime approprié à son état était la curatelle ou encore dans la mesure prévue au jugement⁸⁹ lorsque le régime retenu était la tutelle.

La possibilité d'adapter un régime légal de protection en fonction des besoins et du niveau d'autonomie de la personne concernée, au lieu de recourir sans distinction à la curatelle, constituait une innovation importante en droit des personnes⁹⁰. Toutefois, avant que le Projet de loi 20 n'entre en vigueur, des propositions et des débats se sont succédé et le Projet de loi 145 a vu le jour. Ce dernier est venu bonifier son prédécesseur en reconnaissant notamment la validité juridique du mandat «par [lequel] une personne, au moment où elle est pleinement capable d'exercer ses droits civils, confie à un tiers, conditionnellement à la survenance de son inaptitude, le soin de prendre soin de sa personne et d'administrer ses biens.»⁹¹ Ce mandat s'avère plus souple et, conséquemment, moins contraignant que les régimes de protection prévus par le législateur et mis en place, le cas échéant, par le tribunal. Il permet à la personne d'exprimer ses désirs, donc d'une certaine façon son autonomie et participe de son respect en reconnaissant ses volontés et ses valeurs. Nous traiterons de ce dernier projet de loi dans la prochaine section.

⁸⁷ Cette catégorisation suivant le niveau d'aptitude résiduelle du majeur a été conservée dans le Projet de loi 145 et est celle en vigueur actuellement.

⁸⁸ Projet de loi 20, art. 282.

⁸⁹ Projet de loi 20, art. 310 et 311 ; Dans l'éventualité où rien n'était prévu au jugement, la personne jouissait des mêmes droits qu'un mineur simplement émancipé.

⁹⁰ F. DUPIN, préc., note 22, p. 10.

⁹¹ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 67, à la page 6134 (M. Rémillard).

1.1.4 Projet de loi 145

À la suite de l'adoption et de l'entrée en vigueur du Projet de loi 145, il y a aujourd'hui en droit québécois deux voies permettant de veiller à la protection d'une personne majeure inapte et à la gestion de ses affaires. D'un côté, le législateur établit des régimes de protection. De l'autre, il permet à toute personne majeure et capable d'élaborer elle-même un régime de représentation adapté à ses volontés, si besoin il y avait.

Le Projet de loi 145 avait comme lignes directrices les principes éthiques devant guider tout intervenant appelé à évoluer dans le giron d'une personne majeure inapte⁹². Ces principes étaient, et sont toujours, l'intérêt de la personne et le respect de ses droits, entre autres ceux à l'autodétermination et à l'autonomie⁹³. La réforme relative aux régimes légaux de protection et l'adoption de dispositions régissant le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant ont permis au législateur de sensibiliser chaque citoyen à l'importance de se prendre en charge et les familles à l'importance de veiller sur leurs membres les plus vulnérables⁹⁴. Le législateur a ainsi proposé aux citoyens un outil facilitant une telle prise en charge⁹⁵.

L'introduction, en droit québécois, de dispositions permettant à une personne de confier, en prévision de son inaptitude, sa protection tant physique, morale que matérielle à un tiers, tire son origine officielle d'une proposition de Me Jean Lambert, agissant alors à

⁹² FRANÇOIS DUPIN, «État de la jurisprudence en matière de mandats en prévision de l'inaptitude» dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude: une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 1, à la page 4.

⁹³ BRIGITTE LEFEBVRE, «L'étrange «mandat» qu'est celui donné en prévision de l'inaptitude: lorsque la volonté occulte la finalité» dans GÉNÉROSA BRAS MIRANDA et BENOÎT MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici: Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 75, à la page 82.

⁹⁴ M. OUELLETTE, préc., note 76, aux pages 123 et 124.

⁹⁵ *Id.*

titre de président de la Chambre des notaires du Québec. Cette proposition fut avancée en 1988, lors du dépôt du mémoire de la Chambre des notaires, dans le cadre des discussions qui ont entouré la réforme du droit des obligations et des contrats nommés⁹⁶. Elle consistait en la faculté pour une personne majeure et apte, aux termes d'un acte notarié, d'énoncer ses volontés quant au bien-être de sa personne ou l'administration de ses biens, lesquelles prendraient effet advenant son inaptitude. Il devait être possible, au moment où survenait l'inaptitude d'une personne ayant accordé un mandat en prévision de cette éventualité, de produire une déclaration d'inaptitude. Une fois la preuve de l'inaptitude du mandant établie, cette déclaration notariée en minute devait entraîner la prise d'effet du mandat et, par le fait même, rendre exécutoire la procuration préalablement consentie. Elle ne requérait donc ni l'intervention du tribunal ni le retrait de l'exercice de ses droits civils au mandant inapte⁹⁷.

Tel qu'énoncé ci-dessus, la proposition de 1988 faisait suite à une longue controverse quant au sort d'un mandat ordinaire advenant l'inaptitude du mandant. Elle visait, entre autres, la déjudiciarisation et la simplification des mesures de protection pouvant être mises en place au bénéfice d'un majeur inapte. Tout en encourageant la prise en charge par les familles, la proposition répondait à des besoins présents dans la société, notamment la faculté pour chacun de mettre en place un cadre de protection répondant à ses valeurs et d'éviter l'ingérence du curateur public dans ses affaires.

La proposition aboutit, non sans avoir subi quelques transformations, à la sanction le 22 juin 1989, de dispositions⁹⁸ régissant une nouvelle institution, soit celle du mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant. Les modifications que l'on constate, entre

⁹⁶ L. LAFLAMME, préc., note 76, 121 ; JEAN LAMBERT, «La genèse du mandat de protection et quelques considérations» dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, vol. 46, *Les mandats en cas d'inaptitude: une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 83, à la page 87.

⁹⁷ J. LAMBERT, préc., note 96, à la page 88.

⁹⁸ Introduites dans le *Code civil du Bas-Canada* aux articles 1731.1 et suiv. par le Projet de loi 145.

la proposition telle que soumise et les dispositions adoptées, concernent principalement la forme de l'acte⁹⁹ ainsi que sa procédure d'exécution¹⁰⁰. Néanmoins, la reconnaissance du mandat donné par une personne dans l'éventualité de son inaptitude pallie au moins deux préoccupations¹⁰¹.

Cette institution permet tout d'abord à chacun de décider qui assurera sa protection, la gestion de son patrimoine et le bien-être de sa personne advenant qu'il ne puisse y pourvoir, et ce, dans le respect de ses volontés et de ses attentes légitimes. De plus, elle simplifie les formalités nécessaires pour la mise en œuvre de mesures de protection par rapport à celles prescrites lors de l'ouverture d'un régime de protection. En effet, ces dernières imposent, entre autres, la mobilisation de plusieurs personnes¹⁰² dans une société où la cellule familiale comporte de moins en moins de membres et où les familles, au sens large, semblent de moins en moins interpellées¹⁰³.

Les bienfaits de cette institution sont incontestables, mais sa judiciarisation est à déplorer. Elle traduit une méconnaissance du rôle du notaire, officier public¹⁰⁴ devant agir avec probité et impartialité¹⁰⁵. La possibilité que le mandat soit exécuté devant témoins est également malheureuse puisque le non-respect des règles qui y sont applicables ou l'impossibilité de les satisfaire tant lors de la rédaction¹⁰⁶ que de l'homologation¹⁰⁷ peut

⁹⁹ Lequel peut être notarié en minute ou fait devant deux témoins, alors que la proposition préconisait le respect de la forme authentique portant minute.

¹⁰⁰ Laquelle requiert nécessairement l'intervention du tribunal.

¹⁰¹ *M. (L.) c. M. (J.)*, EYB 1996-30557, par. 38 (C.S.).

¹⁰² Pour réunir l'assemblée de parents, d'alliés et d'amis et constituer le conseil de tutelle.

¹⁰³ É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 732, p. 639.

¹⁰⁴ *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-2, ci-après nommée *Loi sur le notariat*, N-2, art. 2 (1) ; *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3, ci-après nommée *Loi sur le notariat*, N-3, art. 10 ; PAUL-YVAN MARQUIS, *La responsabilité civile du notaire*, coll. «Traité de droit civil», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 177, p. 109.

¹⁰⁵ *Loi sur le notariat*, N-2, préc., note 104, art. 15 b) ; *Loi sur le notariat*, N-3, préc., note 104, art. 11 ; J. LAMBERT, préc., note 96, à la page 89.

¹⁰⁶ L'article 2167 du *Code civil du Québec* requiert l'absence d'intérêt des témoins et la nécessité que ceux-ci constatent l'aptitude du mandant au moment de la signature du mandat.

entraver le respect des volontés du mandant.

L'idéal visé par les dispositions relatives au mandat consenti en prévision de l'inaptitude du mandant est un équilibre entre, d'une part, le besoin de représentation d'une personne inapte, le respect de ses volontés et de son autonomie et, d'autre part, la sécurité des transactions¹⁰⁸. La reconnaissance juridique de la validité de l'expression des volontés d'une personne quant à son avenir advenant son inaptitude démontre l'importance attachée à la primauté de la personne et aux droits à l'autonomie et à l'autodétermination¹⁰⁹. Cette reconnaissance participe du respect des droits fondamentaux de la personne et poursuit, avec l'assouplissement des devoirs légaux imposés aux personnes qui assument la garde d'un majeur non doué de raison¹¹⁰, un objectif social d'implication des proches au détriment d'un rôle accru de l'État par le biais du curateur public¹¹¹.

Nous avons maintenant esquissé le contexte dans lequel s'est inscrite l'adoption des règles du mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant. En vue de traiter de l'impact de la qualification juridique de ce mandat, nous énoncerons notre plaidoyer en faveur de cette institution lorsque ses conditions d'applications sont satisfaites. Pour ce

¹⁰⁷ À savoir la nécessité d'une déclaration assermentée d'un des témoins, que l'on doit, le cas échéant, être en mesure de retracer lorsque vient le moment de rendre l'acte exécutoire, ainsi que les exigences de preuve quant à la validité de l'acte, notamment l'importance de pouvoir retracer l'original de la procuration.

¹⁰⁸ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 70, p. 151.

¹⁰⁹ FRANCE ALLARD, «La capacité juridique» dans Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 43, à la page 53 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 663, p. 572 ; L. LAFLAMME, préc., note 76, 113.

¹¹⁰ L'article 1461 du *Code civil du Québec* stipule que «[l]a personne qui, agissant comme tuteur, curateur ou autrement, assume la garde d'un majeur non doué de raison n'est pas tenue de réparer le préjudice causé par le fait de ce majeur, à moins qu'elle n'ait elle-même commis une faute intentionnelle ou lourde dans l'exercice de la garde.» Alors que l'article 1054 du *Code civil du Bas-Canada*, avant l'adoption du Projet de loi 145, prévoyait que toute personne capable de discerner le bien du mal «est responsable non seulement du dommage qu'elle cause par sa propre faute, mais encore de celui causé par la faute de ceux dont elle a le contrôle [...] Les curateurs ou autres ayant légalement la garde des insensés, pour le dommage causé par ces derniers [...] La responsabilité ci-dessus a lieu seulement lorsque la personne qui y est assujettie ne peut prouver qu'elle n'a pu empêcher le fait qui a causé le dommage [...]»

¹¹¹ QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 67, à la page 6134 (M. Rémillard).

faire, nous verrons successivement la faveur qui doit être accordée à un contrat formaliste, la nature du mandat de protection et sa finalité.

1.2 Faveur au mandat de protection

Le mandat est un contrat nommé régi par les articles 2130 et suivants du *Code civil du Québec*. Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant est une espèce particulière de mandat. Il est introduit par l'article 2131 du *Code civil du Québec* et est caractérisé par les articles de la section IV du chapitre du mandat du *Code civil du Québec*. Il a «pour objet les actes¹¹² destinés à assurer, en prévision de l'inaptitude du mandant à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, la protection de sa personne, l'administration, en tout ou en partie, de son patrimoine et, en général, son bien-être moral et matériel.»¹¹³ Comme son nom l'indique, il permet à une personne majeure et apte d'énoncer ses volontés advenant son inaptitude¹¹⁴.

Il est aujourd'hui reconnu que l'utilisation d'un mandat ordinaire cesse avec la survenance de l'inaptitude du mandant puisque ce dernier n'est plus en mesure d'en surveiller l'exécution par le mandataire ni de révoquer la procuration¹¹⁵. En somme, l'inaptitude empêche le mandant de consentir de façon libre et éclairée à la délégation de pouvoirs. Conséquemment, le mandataire n'a plus l'autorité requise pour exercer les pouvoirs qui lui ont été délégués par le mandant. Celui qui agit sur la base d'un mandat

¹¹² Le mandat de protection peut avoir pour objet la passation d'actes tant matériels que juridiques, contrairement au mandat ordinaire pour lequel l'article 2130 du *Code civil du Québec* précise qu'il vise l'accomplissement d'un acte juridique.

¹¹³ C.c.Q., art. 2131.

¹¹⁴ C.c.Q., art. 2166 ; *F.H. c. L.P.*, 2008 QCCS 3548, par. 124 (C.S.).

¹¹⁵ *S. (D.) c. D. (A.)*, EYB 2004-53869, par. 46 (C.S.) ; DANIEL GARDNER, «Obligations», (2008) 110 *R. du N.* 97, 112 ; C. MORIN, préc., note 15, 252 et 253.

ordinaire, alors que le mandant est inapte, le fait sans droit, et ce, dès la survenance de l'inaptitude et risque de voir sa responsabilité engagée¹¹⁶. Toutefois, comme tout principe, celui-ci souffre d'exceptions. Elles sont, en l'espèce, au nombre de deux. Elles visent à éviter qu'un préjudice soit causé au patrimoine du mandant.

La première de ces exceptions se trouve à l'article 2182 du *Code civil du Québec*. Elle met à la charge du mandataire le devoir d'effectuer ce qui constitue «la suite nécessaire de ses actes ou de ce qui ne peut être différé sans risque de perte» lorsque son mandat prend fin. Dans le cadre y stipulé, cette disposition a vocation à s'appliquer notamment entre la survenance de l'inaptitude et l'introduction d'une instance en homologation. La seconde exception se trouve au deuxième alinéa de l'article 2167.1 du *Code civil du Québec*¹¹⁷. Celui-ci précise que «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». Ainsi, le mandat n'est susceptible de conserver ces effets que dans un contexte bien défini. En effet, pour que la prévision de cette dernière disposition puisse être mise en œuvre, une instance en homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant doit être en cours.

Revenons maintenant à quelques généralités concernant cette institution, notamment

¹¹⁶ Sous réserve de certains principes d'opposabilité que nous exposerons plus loin. Voir à cet effet : CLAUDE FABIEN, «Le passage du mandat ordinaire au mandat de protection» dans S.F.P.B.Q., *Barreau du Québec*, vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude: une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 105, à la page 129.

¹¹⁷ Cet alinéa reprend la règle énoncée au premier alinéa de l'article 273 du *Code civil du Québec*, lequel se trouve au chapitre des régimes de protection du majeur et démontre, suivant le principe de l'effet utile, l'intention du législateur d'opérer un cloisonnement entre le mandat de protection et les régimes de protection. ; *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41.1 ; PIERRE-ANDRÉ CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 350 ; FRANÇOIS DUPIN, «Le mandat de protection: des origines à nos jours», dans S.F.C.B.Q., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2008)*, Centre d'accès à l'information juridique, *Juribistro*, en ligne : http://www.caij.qc.ca/doctrine/congres_du_barreau/2008/450/450.pdf (consulté le 7 avril 2011), aux pages 7 et 8.

son appellation et ses possibles qualifications. La section du *Code civil du Québec* traitant du mandat objet des présentes s'intitule «des règles particulières au mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant». Pour autant qu'elle soit utilisée dans sa forme longue, cette terminologie traduit, avant l'homologation, la réalité de l'institution¹¹⁸. Toutefois, lorsque l'acte est exécutoire, les contractions «mandat d'incapacité» ou «mandat en cas d'incapacité» constituent une antinomie. À la fois pour éviter la contradiction de ces contractions lorsque le mandat est homologué et afin, selon certains, de révéler la nature hybride de cette institution, des auteurs ont proposé l'appellation «mandat de protection»¹¹⁹. Ainsi, lorsque le mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant est homologué, il s'agit d'un mandat de protection. Nous souscrivons au premier argument en faveur de l'appellation «mandat de protection» lorsque l'acte est exécutoire, mais, quant au second, nous soutenons que ce mandat est de nature contractuelle plutôt qu'hybride.

La qualification juridique du mandat de protection, en tant qu'institution contractuelle ou hybride, repose à la fois sur les principes d'interprétation préconisés et sur les valeurs que chaque auteur conçoit comme étant les valeurs que la société entend véhiculer¹²⁰. D'une part, il y a le respect de l'autonomie résiduelle d'un majeur inapte qui tend à imposer les principes gouvernant les régimes de protection¹²¹. De l'autre, le contenu du mandat ne saurait être contraire aux principes sous-jacents à la logique contractuelle que sont l'autonomie de la volonté et la stabilité contractuelle et qui participent de la force

¹¹⁸ C. FABIEN, préc., note 20, 413.

¹¹⁹ Cette proposition a été bien accueillie et est désormais d'utilisation courante. Nous employons dans le présent texte la terminologie «mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant», ou une déclinaison de cette appellation, lorsqu'il est question du mandat avant son homologation et celle «mandat de protection» lorsque l'acte est exécutoire suite à une décision judiciaire. ; C. FABIEN, préc., note 10, à la page 935 ; C. FABIEN, préc., note 116, à la page 113 ; J. LAMBERT, préc., note 96, à la page 96.

¹²⁰ K. DÉSILETS, préc., note 21, 296.

¹²¹ Notamment celui de la sauvegarde de l'autonomie, lequel est énoncé à l'article 257 du *Code civil du Québec*. Toutefois, il est possible, par le recours au contenu obligationnel du mandat de protection, d'imposer le respect du mandant sans avoir recours aux dispositions propres aux régimes de protection et, ainsi, éviter toute confusion quant à la nature du mandat de protection.

obligatoire de toute convention¹²². La position adoptée sur cette question de qualification revêt toute son importance lorsque vient le temps de déterminer quelles sont les dispositions, tant impératives que supplétives, énoncées au *Code civil du Québec* qui ont vocation à régir l'institution¹²³.

Dire que le mandat de protection est une institution hybride amène l'idée d'une double qualification. Suivant cette école de pensée, cette espèce de mandat aurait, d'une part, en regard de ses caractéristiques de formation, de la liberté de stipuler, des pouvoirs du mandataire et des obligations des parties, une nature contractuelle et, d'autre part, une nature légale quant à son application, sa finalité, au contrôle judiciaire et à l'intervention de tiers¹²⁴. Les tenants de cette position voient dans le mandat de protection un régime de protection privé¹²⁵.

Suivant une seconde école de pensée¹²⁶, à laquelle nous souscrivons, le mandat de protection relève essentiellement des règles et principes applicables au droit des contrats et, plus généralement, au droit des obligations. Conséquemment, à défaut de disposition impérative à l'effet contraire, la volonté des parties exprimée librement et de façon éclairée

¹²² Cette dernière impose notamment le respect du contrat librement consenti sans toutefois écarter les règles fondamentales énoncées aux différents titres du *Code civil du Québec* ou à d'autres textes législatifs, notamment quant aux questions de relatives à l'état d'une personne et à celles qui intéressent l'ordre public. ; *R.L. et Re. S.*, 2008 QCCS 1383, par. 121 (C.S.) ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1493, p. 775.

¹²³ C. FABIEN, préc., note 20, 415.

¹²⁴ M. BEAUCHAMP, préc., note 76, 350 ; NATHALIE A. BLAIS, «Le mandat d'incapacité en droit québécois» dans JACQUES BEAULNE ET MICHEL VERWILGHEN (dir.), *Points de droit familial / Rencontres universitaires notariales belgo-québécoises*, coll. «Bleue», Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 47, à la page 52 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 733, p. 640 ; C. FABIEN, préc., note 10, à la page 935 ; LUCIE LAFLAMME, ROBERT P. KOURI et SUZANNE PHILIPS-NOOTENS, *Le mandat donné en prévision de l'incapacité, De l'expression de la volonté à sa mise en oeuvre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 7.

¹²⁵ CLAUDE FABIEN, «Mandat de protection: dilemme du juge, dilemme du législateur», (2009) 111 *R. du N.* 255 ; M. OUELLETTE, préc., note 20.

¹²⁶ K. DÉSILETS, préc., note 21, 304 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 112.1, p. 235 à 240.

est, parce que le droit objectif le prévoit, source autonome d'obligations¹²⁷. Tout contrat ainsi formé comprend à la fois un contenu obligationnel explicite et un contenu obligationnel implicite qui en façonnent l'interprétation et l'application¹²⁸.

Une qualification hybride renvoie, sur le plan de l'exécution du mandat de protection, tant aux principes applicables suivant le chapitre relatif aux régimes de protection du majeur du *Code civil du Québec*, entre autres celui de la sauvegarde de l'autonomie, qu'aux principes contractuels ayant traits notamment à la liberté de stipuler et à la force obligatoire du contrat. Inévitablement, ces différents principes qui supposent des logiques distinctes tendent à se heurter lorsqu'ils sont appliqués à une même institution. Au contraire, une qualification uniquement contractuelle ne prend en compte que les lignes directrices du droit des contrats et les règles d'interprétation qui s'y rapportent et, subsidiairement ou de façon complémentaire, celles du droit des obligations. Bien que le résultat puisse être, en certaines circonstances, le même, cette position qui privilégie un seul régime juridique permet de conserver la cohérence de l'institution¹²⁹. Ce sont donc les dispositions, leurs sources d'interprétation et les conséquences juridiques qui découlent de leur application qui diffèrent suivant la qualification attribuée au mandat de protection.

Par ailleurs, que l'on soit favorable à une qualification contractuelle du mandat de protection ou que l'on soutienne qu'il s'agit d'un quatrième régime de protection, ce qui est le cas lorsque l'on préconise le statut hybride, force est de constater que le législateur a quant à lui, dès le départ, abordé cette institution sous l'angle d'un contrat. Au lieu d'insérer les dispositions relatives à cette espèce de mandat au Livre des personnes du *Code civil du Québec* comme le sont celles qui traitent des régimes de protection, le législateur les a introduites au Livre des obligations. Dès lors, il soumettait le mandat donné en

¹²⁷ C.c.Q., art. 1372.

¹²⁸ C.c.Q., art. 1434 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, chapitres 21 et 22.

¹²⁹ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 81.

prévision de l'inaptitude du mandant aux règles et principes sous-jacents à ce livre. Il a également réitéré sa position selon laquelle le mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude est contractuel. En effet, si au départ le situs des règles gouvernant le mandat de protection dans le *Code civil du Québec* pouvait s'apparenter à une erreur¹³⁰, aucun doute ne peut subsister depuis 2002, soit lors de l'adoption de l'article 2167.1 du *Code civil du Québec*. À cette époque, le législateur s'est chargé d'enrayer les incertitudes relatives à sa position.

L'article 2167.1 du *Code civil du Québec* est le pendant du premier alinéa de l'article 273 du *Code civil du Québec* qui, édicté au chapitre des régimes de protection du majeur, servait jusque-là de fondement à l'utilisation d'un mandat ordinaire pendant l'instance en homologation d'un mandat donné par le mandant en prévision de son inaptitude. Alors que le législateur aurait pu, par renvoi, importer *mutatis mutandis* la règle énoncée au chapitre des régimes de protection, il a plutôt opté pour renforcer l'étanchéité entre le mandat de protection et les régimes de protection¹³¹.

Néanmoins et nonobstant notre position favorable à la reconnaissance de la nature contractuelle du mandat de protection, nous constatons que cette institution comporte certaines défaillances et, en conséquence, qu'une intervention législative serait opportune. Les dispositions actuelles du *Code civil du Québec* et l'interprétation qui en découle n'offrent pas au mandant la protection et les garanties auxquelles il est en droit de s'attendre. L'intervention législative souhaitée permettrait de combler les lacunes des règles actuelles qui gouvernent le mandat de protection et d'éviter le piège de son assimilation aux

¹³⁰ Laquelle découlerait peut-être du moment où la proposition d'introduire l'institution a été présentée, soit lors des débats concernant le droit des obligations et des contrats et serait favorable au soutien de la position à l'effet que le mandat de protection est une institution hybride.

¹³¹ K. DÉSILETS, préc., note 21, 307 ; F. DUPIN, préc., note 117, à la page 7 et 8.

régimes de protection¹³². Toutefois, avant de passer à l'étude du contenu obligationnel du mandat de protection, des distinctions résultant de la qualification retenue et des fronts à bonifier, nous exposerons ce qui en fait un contrat particulier. De cet exposé, nous tirerons les motifs justifiant la primauté de l'institution.

1.2.1 Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant, un contrat formaliste

Quels sont les éléments permettant de qualifier un acte de contrat¹³³? Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant se qualifie-t-il à titre de contrat ? En raison des particularités propres au mandat qui fait l'objet des présentes, notamment la condition principale à laquelle la naissance des obligations qu'il comporte est soumise, c'est-à-dire l'inaptitude du mandant, il est nécessaire de poser ces questions. Les réponses nous permettront de renforcer notre argumentation quant à la nature contractuelle du mandat de protection.

¹³² K. DÉSILETS, préc., note 21, 325.

¹³³ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 123, p. 54 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 28, p. 83.

1.2.1.1 Formation du contrat

Le premier alinéa de l'article 1378 du *Code civil du Québec* énumère quatre éléments essentiels à la formation d'un contrat. Il doit y avoir un accord de volonté, la présence d'au moins deux parties, la contrainte d'au moins l'une d'entre elles au bénéfice de l'autre et l'exécution d'au moins une prestation. Les parties au mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant sont le mandant et le mandataire. Ce dernier s'engage, suivant les termes de la procuration, envers le premier à assurer la protection de sa personne, la gestion de ses biens et de manière générale son bien-être¹³⁴.

Ainsi, le mandat donné par une personne en prévision de son incapacité comporte chacun des éléments de l'article 1378 du *Code civil du Québec* et peut, en conséquence, être qualifié de contrat. Les trois derniers éléments n'appellent pas de commentaire particulier. Nous nous attarderons donc uniquement sur le premier, soit l'accord de volonté. Pour ce faire, nous examinerons les qualités requises tant chez le mandant que chez le mandataire au moment où le contrat intervient entre eux. Par la suite, nous verrons les formes que peut prendre tel mandat.

1.2.1.1.1 *Accord de volonté*

Le contrat émerge d'un désir commun des parties d'atteindre une fin donnée, nonobstant les motifs personnels de chacun. La rencontre des volontés entre les parties sous-tend une attitude psychologique, soit celle permettant la formulation d'une intention

¹³⁴ C.c.Q., art. 2130 et 2131.

chez chaque contractant et requiert la manifestation de telle intention¹³⁵. De façon générale, les parties à un contrat doivent être aptes à s'obliger et capables de le faire¹³⁶. Elles doivent acquiescer aux conditions essentielles de l'acte projeté¹³⁷. Les contractants doivent également avoir l'intention de former l'acte et rechercher les conséquences qui en découlent¹³⁸.

Toute relation contractuelle suppose qu'il y ait eu une offre de contracter ou une offre de promesse de contracter dont les termes fixent les éléments essentiels du contrat envisagé¹³⁹. L'offre est une volonté de contracter portée à la connaissance de tiers, soit la manifestation de l'intention de l'offrant d'être lié en cas d'acceptation¹⁴⁰. L'offre et l'acceptation constituent des actes juridiques unilatéraux¹⁴¹. Elles sont la manifestation d'une volonté destinée à produire un effet de droit¹⁴². Alors que la première est la manifestation du consentement du pollicitant, la seconde est la manifestation du consentement du destinataire de l'offre. Sauf stipulation contraire, l'acceptation par le destinataire parfait le contrat dès le moment où elle est reçue par l'offrant et en ce lieu¹⁴³. C'est donc par une action du destinataire que des obligations sont créées et que le contrat prend vie. Ainsi, tant que le destinataire ne manifeste pas son acceptation, le contrat n'est

¹³⁵ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 4, 70 et 71 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 184, p. 82 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 37, p. 94.

¹³⁶ C.c.Q., art. 1385 al. 2 et 1398.

¹³⁷ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 70 et 71 ; HUBERT REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001, p. 120.

¹³⁸ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 20, p. 53 ; A. POPOVICI, préc., note 142, p. 24.

¹³⁹ C.c.Q., art. 1386 et 1388 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 239 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 275, p. 133 et n° 277, p. 135.

¹⁴⁰ C.c.Q., art. 1388 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 239 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 276, p. 135.

¹⁴¹ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 327, p. 155 et n° 330, p. 158.

¹⁴² P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 10 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 20, p. 53 ; ADRIAN POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 23 ; H. REID, préc., note 137, p. 12 et 17.

¹⁴³ C.c.Q., art. 1387 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 239 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 330, p. 158, n° 366 à 368, p. 170 et 171 et n° 376, p. 173.

pas formé¹⁴⁴.

Dans une relation interne traditionnelle, c'est-à-dire celle qui se tient entre le mandant et le mandataire dans le cadre d'un mandat ordinaire, ce sont les règles habituelles de capacité et d'aptitude à consentir qui gouvernent leurs rapports¹⁴⁵. Toutefois, le mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant est un cas particulier. En effet, en cette matière le législateur reste coi quant à savoir si le mandant doit ou non être apte au moment où le mandataire accepte d'exercer cette fonction, donc au moment où il y a formation du contrat.

Le premier alinéa de l'article 1385 du *Code civil du Québec* stipule qu'«un contrat se forme par le seul échange de consentement entre personnes capables de contracter, à moins que la loi n'exige, en outre, le respect d'une forme particulière comme condition nécessaire à sa formation [...]». Suivant cette disposition, il faut tout d'abord que les parties entre lesquelles intervient l'échange de consentement soient capables de contracter. C'est au Livre des personnes que nous devons nous reporter pour connaître les règles relatives à la capacité¹⁴⁶.

À l'atteinte de la majorité, la personne devient «capable d'exercer pleinement ses droits civils.»¹⁴⁷ Dès ce moment, à défaut d'une «disposition expresse de la loi ou [d'un] jugement prononçant l'ouverture d'un régime de protection», le majeur acquiert, en sus de

¹⁴⁴ C.c.Q., art. 1390 et 1391 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 48, p. 111.

¹⁴⁵ DENYS-CLAUDE LAMONTAGNE, «Le mandat» dans DENYS-CLAUDE LAMONTAGNE et BERNARD LAROCHELLE (dir.), *Droit spécialisé des contrats - Les principaux contrats: la vente, le louage, la société et le mandat*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 595, à la page 604 ; A. POPOVICI, préc., note 142, p. 351.

¹⁴⁶ C.c.Q., art. 1409.

¹⁴⁷ C.c.Q., art. 153 al. 2.

sa capacité de jouissance, la capacité d'exercer les droits dont il jouit¹⁴⁸. La capacité se présume chez toute personne majeure. Une présomption étant «la conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu»¹⁴⁹, l'atteinte de la majorité fait ainsi présumer tant la capacité que l'aptitude. Alors que la première ne peut être repoussée que par une disposition expresse de la loi ou par un jugement, la seconde peut l'être par une preuve contraire, tel un état notoire d'inaptitude¹⁵⁰. Le fardeau de prouver l'inaptitude du mandant au moment où il a exprimé son consentement à l'effet d'accorder un mandat en prévision de son inaptitude repose donc, le cas échéant, sur la personne qui contesterait l'aptitude du mandant¹⁵¹. Pour déplacer le fardeau de preuve, le contestataire doit mettre en doute, de façon sérieuse, l'aptitude du mandant à un moment concomitant à celui de la signature de l'acte attaqué¹⁵².

Pour qu'un contrat puisse se former, en plus d'être capable, la personne doit, dans les faits, être apte à s'obliger.¹⁵³ De surcroît, le consentement qu'elle exprime doit être donné de façon libre et éclairée afin de produire un effet juridique¹⁵⁴. On parle alors des qualités du consentement manifesté par les contractants. Pour émettre un consentement éclairé, son auteur a notamment le devoir de se renseigner et le droit d'être renseigné, ce qui nécessite que la personne soit en mesure de traiter l'information dont elle dispose¹⁵⁵. L'aptitude d'une personne majeure repose sur la cohérence de son raisonnement, sa

¹⁴⁸ C.c.Q., art. 1, 4 et 154.

¹⁴⁹ C.c.Q., art. 2846 et 2847.

¹⁵⁰ À titre d'illustrations : C.c.Q., art. 284, 290, 2170.

¹⁵¹ *Barroso c. Da Silva Alves*, 2010 QCCS 1118, par. 38 (C.S.) ; ROBERT P. KOURI et SUZANNE PHILIPS-NOOTENS, «Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé: un concept pour le moins ambigu», dans *Revue du Barreau*, 2003, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2003RDB66, p. 3.

¹⁵² *Leblond c. Leblond*, 1978 C.A. 506, 508 ; *T. (M.) c. T. (L.-G.)*, REJB 1997-00766, par. 68 (C.S.) ; *N. (J.) c. N. (M.H.)*, REJB 1999-13054, par. 100 (C.S.) ; *B. (C.) c. D. (F.)*, EYB 2005-96618, par. 27 (C.S.) ; *M.A. c. P.M.*, 2008 QCCS 1381, par. 31.

¹⁵³ C.c.Q., art. 1398.

¹⁵⁴ C.c.Q., art. 1399 al. 1 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 72 ; H. REID, préc., note 137, p. 120.

¹⁵⁵ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 249.2, p. 111 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 70, p. 148.

compréhension et son appréciation d'un acte ou d'un fait et l'expression de son choix¹⁵⁶. Elle peut être altérée par différents facteurs, tels l'âge et les facultés physiques ou mentales, qui font en sorte que le consentement d'une personne peut ne pas être qualifié d'éclairé¹⁵⁷.

Ainsi, l'aptitude des contractants est un élément déterminant à la validité des conventions qui interviennent entre eux. En effet, si une des parties ne peut donner un consentement juridiquement utile, il importe peu que les autres éléments essentiels à la formation du contrat soient ou non présents.

En somme, l'article 1385 du *Code civil du Québec* traite de la qualité de la personne dont émane le consentement alors que l'article 1398 du *Code civil du Québec* concerne la qualité du consentement que cette personne exprime¹⁵⁸. Cette dernière qualité doit s'apprécier au moment où la personne manifeste son accord¹⁵⁹. En conséquence, la capacité du mandant s'apprécie au moment où il manifeste, suivant les formalités prescrites, son intention d'accorder un mandat en prévision de son inaptitude, et ce, indépendamment du moment de la réalisation de la condition suspensive intrinsèque à un tel acte, c'est-à-dire l'inaptitude du mandant¹⁶⁰.

À la lumière de ce qui précède, l'inaptitude n'est donc pas à proprement parler un

¹⁵⁶ *G.D. c. R.D.*, 2006 QCCS 1862, par. 38 (C.S.) ; LAURENT FRÉCHETTE, «Règles de consentement et présomption d'aptitude et l'expression des volontés de fin de vie: le mythe du modèle idéal», (2008) 2 *C.P. du N.* 221, 235.

¹⁵⁷ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 112, p. 234.

¹⁵⁸ *Id.*, n° 111, p. 232.

¹⁵⁹ C.c.Q., art. 1398 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 111, p. 232.

¹⁶⁰ La capacité du mandant s'évalue en regard des mêmes critères que celle du testateur, voir à cet effet : C.c.Q., art. 707, 1385 et 1398 ; C.p.c., art. 884.1 et suiv. ; F. ALLARD, préc., note 109, à la page 53 ; C. FABIEN, préc., note 20, 418 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 2490, p. 1412 ; *F.K. c. P.H.*, REJB 2002-32500, par. 115 et 117 (C.S.) ; *R.Z. et D.U.*, 2007 QCCS 5616, par. 13 (C.S.) ; *J.M. c. M.M.*, 2007 QCCS 3348, par. 13 et 16 ; *R.L. et Re. S.*, préc., note 122, par. 91 ; *Barroso c. Da Silva Alves*, préc., note 151, par. 52.

vice du consentement. Il s'agit plutôt un état qui empêche la personne de manifester un consentement susceptible de produire des effets juridiques valables¹⁶¹. L'inaptitude est donc un fait juridique. C'est une situation factuelle qui emporte des effets de droits, soit des conséquences juridiques prévues par le législateur, indépendamment de toute volonté consciente ou exprimée de l'intéressé quant à ses conséquences¹⁶². L'inaptitude peut donc, suivant son degré, entraîner une absence de consentement.

Ainsi, sous réserve des règles de preuve, de publicité et d'opposabilité et à moins d'une disposition expresse édictée par le législateur ou l'assujettissement, par les parties elles-mêmes, au respect d'une forme particulière, la rencontre des volontés entre parties capables et aptes est suffisante pour les lier contractuellement¹⁶³. Le contrat peut donc être verbal ou écrit ou encore se déduire du comportement des parties¹⁶⁴. C'est le principe du consensualisme.

1.2.1.1.2 Situation particulière du mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude

Reprenons succinctement les éléments constitutifs d'un contrat en les appliquant à la situation particulière du mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude. Le mandataire s'oblige, advenant l'inaptitude du mandant, à accomplir l'objet dudit mandat, soit assurer la protection de la personne du mandant, la gestion de ses biens ou, de manière générale, son bien-être, le tout suivant les dispositions de la procuration. Cependant, ni l'article 2130 du *Code civil du Québec* qui définit le contrat de mandat, ni

¹⁶¹ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 70, p. 151.

¹⁶² C.c.Q., art. 1372 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 150 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 52, p. 27 ; A. POPOVICI, préc., note 142, p. 23 et 259.

¹⁶³ C.c.Q., art. 1385 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 173, p. 77.

¹⁶⁴ J. DOMAT, préc., note 1, n° 10 et 11, p. 126 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 175, p. 77.

l'article 2131 du *Code civil du Québec*, qui prévoit qu'une personne peut confier à une autre un mandat advenant la survenance de son inaptitude, ne précisent le moment où l'accord de volonté doit intervenir. Au chapitre du mandat, seul l'article 2132 du *Code civil du Québec* traite de l'acceptation du mandat par le mandataire. Il énonce que telle acceptation peut être expresse ou tacite. Quant à l'article 1386 du *Code civil du Québec*, applicable à tout contrat en l'absence de disposition particulière, il enseigne simplement que l'échange de consentement «se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne».

D'une part, le législateur impose le respect d'une forme particulière, c'est-à-dire l'acte notarié en minute ou devant témoins, pour qu'un acte soit considéré être un mandat donné en prévision de l'inaptitude¹⁶⁵. Le mandant doit y exprimer, de façon expresse et par écrit, sa volonté d'accorder à un tiers une procuration quant à la gestion de son patrimoine ou la protection de sa personne et qui a vocation à prendre effet uniquement advenant la survenance et la constatation de son inaptitude¹⁶⁶. La procuration étant l'écrit qui constate la délégation de pouvoir, elle concrétise la manifestation de la volonté du mandant de se faire représenter par une personne en qui il a confiance, et ce, afin d'engendrer un effet de droit¹⁶⁷.

D'autre part, le législateur reste muet sur la manifestation de la volonté de la personne pressentie à la fonction de mandataire. Ainsi, bien que le mandant ait manifesté sa volonté suivant l'une des formes prescrites par le législateur et que son aptitude au moment où il l'a fait ne soit pas contestée, le contrat n'est pas pour autant conclu. Il manque un

¹⁶⁵ C.c.Q., art. 2166.

¹⁶⁶ C. FABIEN, préc., note 10, aux pages 932 et 936.

¹⁶⁷ C.c.Q., art. 2130 al. 1 ; C. FABIEN, préc., note 10, à la page 887 ; CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Projet de loi 125 - Code civil du Québec*, t. 1, Mémoire présenté au Ministre de la justice du Québec, Montréal, Juillet 1991, p. 163.

élément essentiel, soit le consentement du mandataire¹⁶⁸. Ce sont donc les règles générales énoncées aux articles 1386 et suivants et 2132 du *Code civil du Québec* qui gouvernent en cette matière.

Avant son acceptation par le mandataire, le mandat est, s'il comporte tous les éléments essentiels à la formation du contrat envisagé, une offre de mandat¹⁶⁹. Cette offre est nécessairement faite à une personne déterminée, soit le mandataire pressenti¹⁷⁰. Si ce dernier manifeste son intention de prendre la proposition en considération et d'y répondre dans le délai dont elle est assortie, le cas échéant, ou dans un délai raisonnable, il y a alors promesse bilatérale de mandat¹⁷¹. Le mandataire a, à ce moment, le devoir de faire connaître son acceptation ou son refus au mandant.

Puisque le contrat se forme au moment et au lieu où le mandant reçoit l'acceptation, une question se pose¹⁷². Faute pour le mandant d'imposer au mandataire un délai pour faire connaître son acceptation, à quel moment l'acceptation doit-elle lui parvenir? Nous constatons que rien n'oblige le mandataire à exprimer son accord ou son refus avant la survenance de l'inaptitude du mandant. Conséquemment, à défaut pour le mandant d'imposer au mandataire un délai pour répondre à l'offre, le délai raisonnable doit s'entendre du moment où survient l'inaptitude du mandant. À ce moment, l'acceptation pourra s'induire de la demande en homologation du mandat puisque seul le mandataire désigné peut procéder à cette demande¹⁷³. De la même façon, l'inaction du mandataire pourra faire présumer son refus et, n'ayant jamais consenti au contrat, il n'encourra aucune

¹⁶⁸ C.c.Q., art. 1378 et 2130 ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 157, p. 177 ; J. DOMAT, préc., note 1, p. 355.

¹⁶⁹ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 277, p. 135.

¹⁷⁰ C.c.Q., art. 1390 al. 1.

¹⁷¹ C.c.Q., art. 1396 al. 1.

¹⁷² C.c.Q., art. 1387 ; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 145, à la page 603.

¹⁷³ C.c.Q., art. 2166 al. 2 et 2132 ; J. DOMAT, préc., note 1, p.355.

responsabilité¹⁷⁴. Suivant cette dernière éventualité, le mandat restera sans effet et, vraisemblablement, un régime de protection devra être mis en place.

À défaut de règle établie par le législateur¹⁷⁵, il serait opportun, afin que soit servi l'intérêt du mandant, que ce dernier impose à la personne qu'il pressent à titre de mandataire un délai déterminé pour exprimer son acceptation ou son refus. En effet, tant que le mandataire n'a pas accepté l'offre qui lui est faite par le mandant, il n'a pas à assumer à son égard l'exécution d'une quelconque prestation. De plus, si le mandataire pressenti ne désire pas accepter la fonction, il en va de la protection du mandant de le savoir, et ce, afin de confier le pouvoir de le représenter à une personne prête à l'exercer. Dans tous les cas, le mandant serait avisé de se ménager une preuve de l'acceptation du mandataire. En effet, même si dans l'état actuel du droit rien ne contraint le mandataire ayant intervenu à l'acte à en demander l'homologation¹⁷⁶, ce dernier, en raison de son acceptation, se voit tout de même imposer de procéder à son «remplacement si le mandat y pourvoit, ou [à] demander l'ouverture d'un régime de protection à l'égard du mandant»¹⁷⁷. Cette mesure s'applique même si, au moment où le mandant devient inapte, le mandataire ne désire plus exercer la fonction. Elle évite au mandant de se retrouver sans représentation adéquate¹⁷⁸. Puisque la personne pressentit dans le rôle de mandataire ou, à son défaut, le mandataire remplaçant n'a pas le devoir de demander l'homologation lorsque survient l'inaptitude du mandant¹⁷⁹, seul son concours à l'acte, qui fait de lui une partie, est susceptible d'emporter tel devoir¹⁸⁰.

¹⁷⁴ N. A. BLAIS, préc., note 124, à la page 63.

¹⁷⁵ B. LEFEBVRE, préc., note 93, à la page 91.

¹⁷⁶ F. DUPIN, préc., note 117, à la page 13.

¹⁷⁷ C.c.Q., art. 2174.

¹⁷⁸ MARIE-ANDRÉE MIQUELON, *Pourquoi préparer un mandat ? : Tout ce que vous devez savoir sur le mandat en prévision de l'inaptitude et les régimes de protection*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 13.

¹⁷⁹ A. c. B., EYB 2006-113774, par. 20 (C.S.).

¹⁸⁰ C.c.Q., art. 2166 al. 1. Pour plus de sécurité, une disposition expresse insérée au mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant pourrait imposer un pareil devoir au mandataire.

Par ailleurs, l'intervention à l'acte par le mandataire ainsi que, le cas échéant, par celui à qui doivent être présentés l'inventaire et les redditions de compte, fait de ces personnes des parties à l'acte. Cette intervention permet de susciter une discussion entre les contractants et favorise ainsi une exécution plus fidèle des volontés du mandant¹⁸¹.

Soulignons que la distinction entre une offre et une promesse de contrat est ici importante puisque les conséquences de ces actes juridiques seront différentes s'il y a nécessité d'ouvrir un régime de protection¹⁸². Le second alinéa de l'article 1392 du *Code civil du Québec* précise que l'ouverture, à l'égard de l'offrant ou du destinataire, d'un régime de protection emporte la caducité de l'offre si elle survient avant que l'acceptation du destinataire ne soit reçue par l'offrant¹⁸³. L'article 1393 du *Code civil du Québec* ajoute que l'acceptation, reçue par l'offrant alors que l'offre est caduque, ne vaut acceptation. Ainsi, la qualification juridique du mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant permet de déterminer si l'homologation est assimilée à une ouverture d'un régime de protection et est visée par l'article 1392 du *Code civil du Québec*, donc si l'homologation entraîne la caducité des offres faites à ou par le mandant. Suivant notre opinion quant à la nature contractuelle du mandat de protection et puisque le législateur traite spécifiquement de l'ouverture d'un régime de protection, mais reste silencieux en regard de l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant, nous avançons que l'offre de tel mandat n'est pas caduque par la survenance de l'incapacité du mandant et que l'acceptation du mandataire, manifesté par la demande d'homologation, est constitutive du contrat envisagé.

En poussant notre analyse, force est de constater qu'une offre qui aurait été

¹⁸¹ C. FABIEN, préc., note 125, 273.

¹⁸² Il s'agit d'une autre illustration de l'intention du législateur de bien distinguer le mandat de protection et les régimes de protection.

¹⁸³ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 325, p. 154 et 155.

présentée au mandant ou par lui ne serait pas caduque par l'effet de l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité. De ce constat en découle un second, celui que l'homologation ne peut entraîner l'incapacité du mandant parce qu'alors lesdites offres seraient caduques. En effet, le Ministre de la Justice précise, dans ses commentaires¹⁸⁴ à l'égard de l'article 1392 du *Code civil du Québec*, que c'est un changement dans la capacité de la personne qui emporte la caducité de l'offre et non un changement dans son aptitude.

Par ailleurs, ces articles¹⁸⁵ ne s'appliquent pas à la promesse de contrat. Ainsi, la promesse étant un contrat, elle entraîne, dès la levée de l'option par le bénéficiaire-mandataire, un droit dans le patrimoine du mandant et un devoir dans celui du mandataire¹⁸⁶. En conséquence, si une promesse de mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant était découverte après l'ouverture d'un régime de protection, elle ne serait pas caduque et l'acte pourrait être homologué. Il y aurait donc en l'espèce préséance des volontés que le mandant aurait exprimées alors qu'il était apte.

Le raisonnement inverse ne peut cependant pas être effectué. En raison du libellé de cet article 1392, si un régime de protection était ouvert et, qu'*a posteriori*, une offre de mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant était découverte, le mandataire serait forclos d'en demander l'homologation. À cet effet, nous ne pouvons que reconnaître l'importance qu'il n'y ait pas simplement une offre de mandat, mais bien une promesse et qu'à défaut de telle promesse, l'inscription de ces mandats aux registres¹⁸⁷ tenus par la Chambre des notaires du Québec et le Barreau du Québec s'avère indispensable. En effet, le devoir d'obtenir des certificats de recherche de ces registres avant d'entreprendre

¹⁸⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993.

¹⁸⁵ C.c.Q., art. 1392 et 1393.

¹⁸⁶ C.c.Q., art. 1396 al. 2 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 447, p. 202 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 50, p. 117 et n° 60, p. 133.

¹⁸⁷ *Règlement sur les registres de la Chambre des notaires du Québec*, c. N-3, r. 13 ; *Règlement sur les registres des dispositions testamentaires et des mandats donnés en prévision de l'incapacité*, c. B-1, r. 18.

quelque démarche en ouverture d'un régime de protection assure de repérage d'un mandat que le mandant aurait donné dans l'éventualité de son inaptitude.¹⁸⁸

Ainsi, lorsque le mandataire a accepté l'offre du mandant, donc lorsque le mandat est formé, ce dernier pourra, à la survenance de son inaptitude, exiger l'exécution des obligations légales et contractuelles qui découlent de ce contrat. Se pose alors la question du «comment». D'une part, le mandant sera, au moment où telle exécution sera susceptible d'être exigée, inapte. Qui aura la qualité requise pour, le cas échéant, forcer l'exécution ? Il est fort malheureux de constater que, dans l'état actuel du droit, aucun mécanisme ne soit prévu pour pallier telle éventualité. D'autre part, la charge de mandataire étant de celle qui s'exécute en nature, serait-il possible de contraindre le mandataire à respecter ses obligations ? L'article 1601 du *Code civil du Québec* permet au créancier, ici le mandant, d'exiger, à certaines conditions, l'exécution en nature d'une obligation de faire. Cependant, la charge de mandataire aux termes d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude est personnelle. En conséquence, elle n'est susceptible d'exécution forcée que dans le respect de conditions bien précises, lesquelles sont exposées dans l'affaire *Aubrais*¹⁸⁹. Nous pouvons les résumer en mentionnant que telle ordonnance d'exécution d'un acte positif par une personne physique en faveur d'autrui devra respecter les principes de liberté et d'autonomie¹⁹⁰. Ainsi, il est pratiquement impossible qu'une telle demande d'injonction soit accordée.

En résumé, le consentement du mandataire est essentiel à la formation du contrat projeté puisque celui-ci engendre des devoirs à sa charge et, fort possiblement, une prestation personnelle. Suivant que le contrat de mandat revêt ou non un caractère *intuitu personae*, ce qui ne laisse aucun doute en présence d'un mandat donné en prévision de

¹⁸⁸ C.c.Q., art. 2166 et C.p.c., art. 884.3 et 884.8.

¹⁸⁹ *Aubrais c. Laval (Ville de)*, [1996] R.J.Q. 2239 (C.S.).

¹⁹⁰ *Id.*, 2254.

l'inaptitude du mandant, l'exécution de la prestation n'a d'intérêt pour le mandant que si elle est effectuée par le mandataire¹⁹¹. Toutefois, même une fois l'offre acceptée par le mandataire, si une prestation personnelle est requise, l'exécution forcée en nature s'avérera difficile, voire impossible, en raison du caractère non contraignable de l'être humain¹⁹². En conséquence, l'inaction du mandataire, si elle cause un préjudice au mandant, ne pourra entraîner que sa responsabilité contractuelle. Toutefois, pour que telle faute soit sanctionnée un recours devra être exercé par le mandant, ou plutôt en son nom, ce qui peut s'avérer, en raison de l'inaptitude du mandant, problématique dans l'état actuel du droit.

Il est également pertinent de s'interroger sur les conséquences de l'acceptation du mandataire avant que survienne l'inaptitude du mandant si, par exemple, ce dernier souhaite confier la charge de mandataire à une autre personne ou encore s'il entend modifier le contenu de son mandat. Quant à la première situation, soulignons que la naissance des obligations que le mandataire a accepté d'exécuter au bénéfice du mandant est suspendue jusqu'à la survenance de l'inaptitude de ce dernier¹⁹³. Ainsi, l'acte n'est toujours pas exécutoire et une telle révocation ne pourrait pas causer de préjudice au mandataire¹⁹⁴. Donc, dans cette hypothèse, sauf circonstances particulières, la responsabilité contractuelle du mandant ne pourrait pas être engagée. Quant à la modification du contenu du mandat donné en prévision de l'inaptitude, le mandant qui entend y apporter des changements, afin que l'acte réponde à ses besoins, devra observer l'une des formes prescrites à l'article 2166 du *Code civil du Québec* de la même façon que s'il s'agissait d'un premier mandat¹⁹⁵. Il devra de plus obtenir de nouveau l'accord du mandataire, lequel ne peut se voir imposer par le mandant plus d'obligations que celles

¹⁹¹ *Id.*, 2252.

¹⁹² C.c.Q., art. 1601 ; *Aubrais c. Laval (Ville de)*, préc., note 189, 2254.

¹⁹³ C.c.Q., art. 1497.

¹⁹⁴ C.c.Q., art. 2181.

¹⁹⁵ C.c.Q., art. 1414.

auxquelles il a consenti¹⁹⁶.

Nous avons maintenant posé les motifs qui nous permettent de soutenir que le mandat donné en prévision de l'inaptitude est un contrat formaliste. Avant d'en arriver à traiter de son homologation, voyons le but du formalisme imposé par le législateur à l'article 2166 du *Code civil du Québec*.

1.2.1.2 But du formalisme

Le *Code civil du Québec* reconnaît, au premier alinéa de son article 1385, le principe du consensualisme. Toutefois, il précise aussitôt que la loi ou les parties peuvent soumettre la conclusion de leur contrat à une forme particulière¹⁹⁷. C'est notamment en raison de la nature d'un acte, de son importance pour le patrimoine d'une des parties ou encore en raison des conséquences qu'il produit ou est susceptible d'entraîner que le législateur s'écarte parfois du principe du consensualisme et impose un formalisme particulier pour qu'il y ait conclusion du contrat. Ces formes peuvent être l'exigence d'un écrit¹⁹⁸ ou la tradition du bien¹⁹⁹. Elles permettent aux parties de mesurer l'ampleur de la transaction à intervenir et leur imposent un temps de réflexion. Une fois la formalité accomplie, donc l'acte conclu, son observance participe de la preuve de l'accord intervenu. De plus, lorsqu'il considère certains actes suffisamment importants, le législateur prévoit non seulement l'exigence d'un écrit, mais bien d'un écrit solennel, soit l'acte notarié. Dans ces situations, le notaire se doit de remplir ses devoirs d'impartialité et de conseil et

¹⁹⁶ C.c.Q., art. 1434, 1439 et 1590 ; J. DOMAT, préc., note 1, n° 21, p. 133 : «Toutes les clauses de convention ont leur sens borné au sujet dont on y traite et ne doivent pas être étendues à des choses auxquelles on n'a pas pensé.»

¹⁹⁷ C.c.Q., art. 1385 al. 1 et 1414 ; J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 169, p. 184.

¹⁹⁸ À titre d'illustrations : C.c.Q., art. 712, 1327, 1655, 1824 al. 1 et 2166.

¹⁹⁹ À titre d'illustrations : C.c.Q., art. 1824 al. 2, 2313 et 2314.

d'exercer son rôle d'officier public²⁰⁰. À titre d'illustrations de contrats pour lesquels la forme notariée est exigée, mentionnons le contrat de mariage²⁰¹, la déclaration de copropriété²⁰², la renonciation à une fiducie²⁰³, la donation²⁰⁴, l'hypothèque immobilière²⁰⁵, l'hypothèque qui garantit des obligations ou autres titres d'emprunt²⁰⁶ et la déclaration de transmission immobilière²⁰⁷.

Relativement à l'acte objet des présentes, le consensualisme est écarté pour faire place au formalisme, et ce, pour des raisons tant de preuve que de protection du mandant. Celui qui entend accorder un mandat en prévision de son inaptitude peut opter pour l'une des deux formes prescrites par le législateur, soit l'acte notarié en minute ou devant témoins²⁰⁸. Celui qui revêt la première forme est rédigé par le notaire instrumentant suivant les volontés du mandant. Toutefois, avant telle rédaction, le notaire fournit à son client l'information pertinente quant aux tenants et aboutissants de l'acte à intervenir. Il exerce ainsi son devoir de conseil, notamment en regard des pouvoirs dévolus au mandataire et des mesures de contrôle possibles quant à l'exercice de ces pouvoirs par ce dernier²⁰⁹. Le notaire est également tenu de faire un rapport des mandats qu'il reçoit afin que ceux-ci soient inscrits au registre des mandats de la Chambre des notaires du Québec²¹⁰. Quant à

²⁰⁰ *Loi sur le notariat*, N-3, préc., note 104, art. 10 et 11.

²⁰¹ C.c.Q., art. 440.

²⁰² C.c.Q., art. 1059 al. 1.

²⁰³ C.c.Q., art. 1285 al. 2.

²⁰⁴ C.c.Q., art. 1824.

²⁰⁵ C.c.Q., art. 2693.

²⁰⁶ C.c.Q., art. 2692.

²⁰⁷ C.c.Q., art. 2998.

²⁰⁸ C.c.Q., art. 2166 al. 1.

²⁰⁹ *Loi sur le notariat*, N-3, préc., note 104, art. 11 ; *Code de déontologie des notaires*, R.R.Q., 1981, c. N-3, r. 0.2, art. 7 ; *Dans l'affaire de P. (L.)*, EYB 2004-81257, par. 21 (C.S.) ; F. DUPIN, préc., note 117, à la page 29 ; P.-Y. MARQUIS, préc., note 104, n° 177, p. 109.

²¹⁰ *Règlement sur les registres des dispositions testamentaires et des mandats donnés en prévision de l'inaptitude*, préc., note 187, art. 1 ; Le Barreau du Québec tient également un registre où les avocats doivent inscrire les mandats sous seing privé de leurs clients. Voir à cet effet : *Règlement sur les registres des dispositions testamentaires et des mandats donnés en prévision de l'inaptitude*, préc., note 187, art. 5 ; Ces registres assurent la publicité des mandats.

l'acte fait devant témoins, il peut être rédigé par le mandant ou par un tiers²¹¹. Dans ce dernier cas, le législateur impose le respect de certaines exigences supplémentaires qui sont énoncées au deuxième alinéa de l'article 2167 du *Code civil du Québec*. Il est à déplorer qu'aucune de ces exigences n'ait trait à la consultation d'un juriste. Celles-ci visent à assurer le respect des intérêts du mandant et à prévenir quelques manœuvres du mandataire²¹². Néanmoins, nous croyons que le mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant est un acte suffisamment important, tant en regard du patrimoine du mandant que de sa personne, pour que l'imposition de la forme notariée portant minute soit justifiée et qu'elle soit la seule admise. La nature toute particulière de cet acte, soit sa vocation à régir la vie du mandant, milite également en faveur de l'imposition de cette forme.

Le mandat donné par une personne en prévision de son incapacité, accepté par le mandataire, est un contrat sous condition suspensive en ce sens que la naissance des obligations qu'il contient est tributaire de la survenance d'un fait, soit l'incapacité du mandant²¹³. Bien que le second alinéa de l'article 2166 du *Code civil du Québec* exige le cumul de l'incapacité du mandant et de l'homologation de l'acte par le tribunal, seul le premier élément est une condition au sens de modalité d'une obligation. Il s'agit d'un événement futur, incertain et autonome. Il est extrinsèque au rapport d'obligations. L'incapacité est une modalité de l'obligation puisque sa présence est indifférente à la formation du contrat, lequel est créé lorsque les exigences prévues aux articles 2166 et 2167, le cas échéant, du *Code civil du Québec* sont satisfaites et que le mandataire a

²¹¹ C.c.Q., art. 2167 ; Ce qui comprend les formulaires disponibles en librairie ou sur internet.

²¹² Le mandant doit notamment faire connaître la nature de l'acte aux témoins, mais n'a pas à leur en divulguer le contenu. Soulignons que l'original du mandat fait devant témoins devra, au moment d'en demander l'homologation, être retracé et l'un des témoins devra, le cas échéant, signer un affidavit. Cet affidavit sert à prouver le mandat fait devant témoins puisque celui-ci est un écrit sous seing privé (C.c.Q., art. 2828 al. 1). Par ailleurs, nous sommes d'opinion que la consultation d'un juriste est une exigence qui devrait être impérative si l'on désire que les intérêts du mandant prévalent.

²¹³ C.c.Q., art. 1497, 1507 al. 1 et 2166 al. 2 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 360, p. 633 ; D. LUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 2475, p. 1402 ; L. LAFLAMME, R. P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 124, p. 15.

manifesté son accord²¹⁴. L'inaptitude influe plutôt sur le moment où l'accomplissement de la prestation due par le mandataire prend naissance et détermine le moment où il pourra être contraint de s'exécuter²¹⁵ ou de réparer le dommage causé en raison de son inaction ou d'un manquement.

En effet, alors que l'inaptitude est une condition suspensive, l'homologation ne saurait en être une. Lorsque l'inaptitude est démontrée, l'homologation ne doit pas, pour la protection du mandant, être un événement futur et incertain. Elle se doit plutôt d'être automatique lorsque les critères énoncés au *Code civil du Québec* et au *Code de procédure civile* sont respectés. C'est à ce moment que les formalités entourant la préparation par une personne d'un mandat en prévision de son inaptitude prennent toute leur signification. En effet, la nécessité d'un écrit est une règle matérielle permettant d'établir l'aptitude du mandant au moment où il donne son consentement à l'acte²¹⁶. De plus, cette espèce de mandat ne pourrait être consentie de manière olographe puisque personne ne serait alors en mesure d'attester de l'aptitude du mandant au moment où il y a manifesté ses intentions. D'une part, la procuration qui respecte les prévisions des articles 2166 et 2167 du *Code civil du Québec* contient la preuve des pouvoirs et des devoirs du mandataire. D'autre part, elle permet de démontrer, devant le tribunal appelé à se prononcer sur l'homologation, l'existence du mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant ainsi que l'aptitude de ce dernier au moment où il y a donné son accord.

Ainsi, nous croyons que le formalisme entourant la confection de tel mandat et sa procédure d'homologation militent tant en faveur de sa reconnaissance au moment de sa

²¹⁴ C.c.Q., art. 1497 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 369, p. 643 et 644 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 2466 et 2467, p. 1396 et n° 2474, p. 1401.

²¹⁵ Sous réserve de ce que nous avons mentionné ci-devant en regard de l'incontraignabilité de l'être humain. Voir *supra*, p. 43.

²¹⁶ N. A. BLAIS, préc., note 124, à la page 53.

mise en œuvre que de son maintien par la suite²¹⁷. Lors de l'homologation, l'existence et la validité du mandat doivent être vérifiées par le tribunal. S'il a valablement été consenti, s'il est complet au sens de l'article 2169 du *Code civil du Québec* et que le contexte familial et social dans lequel évolue le mandant le permet, l'homologation doit, de préférence à l'ouverture d'un régime de protection, recevoir la faveur du tribunal²¹⁸. Les régimes de protection deviennent alors des mécanismes de protection subsidiaires²¹⁹.

Dire que l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant doit avoir préséance sur l'ouverture d'un régime de protection n'emporte pas que dès la validité formelle de l'acte constatée, il faille faire fi de tous les autres éléments. Cela signifie plutôt que s'il est dans l'intérêt du mandant inapte que son mandat soit exécutoire, notamment en regard de ses besoins, de sa situation familiale et sociale et de l'habileté du mandataire, le tribunal doit faire droit à la demande qui lui est soumise²²⁰. Il n'a pas à s'interroger quant à savoir si l'homologation satisfait les critères de l'ouverture d'un régime de protection²²¹. Les seuls éléments pertinents pour statuer sur une demande d'homologation sont explicités à la section suivante.

²¹⁷ *J.A. c. G.L.*, 2008 QCCS 3018, par. 22 (C.S.).

²¹⁸ *T. (M.) c. T. (L.-G.)*, préc., note 152, par. 17 et 78 ; *B. (A.) c. B. (J.)*, REJB 1997-07022, par. 12 (C.S.).

²¹⁹ É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 672, p. 581.

²²⁰ K. DÉSILETS, préc., note 21, 320.

²²¹ Ainsi, l'acte devrait pouvoir être homologué même en l'absence de corrélation entre les pouvoirs qui y sont contenus et le degré d'inaptitude du mandant. Voir notamment : *A. et C.*, 2007 QCCS 124, par. 23 (C.S.) ; *P.L. c. N. G.P.*, EYB 2009-167141 (C.S.). Soulignons que cette position diffère de celle retenue par la Cour d'appel dans l'affaire *L.P. c. F.H.*, 2009 QCCA 984. Avec égard pour la position contraire, nous croyons que la Cour d'appel a fait fausse route en émettant un postulat tel que celui qu'elle a mis de l'avant dans cette cause. Comme nous tenterons de le démontrer ci-après, la Cour d'appel n'a pu conclure ainsi qu'en basant son analyse sur une conception étroite des obligations implicites au mandat de protection en tant qu'institution contractuelle et intrinsèquement liée aux faits particuliers de l'affaire. La Cour supérieure, dans l'affaire *P.L. c. N. G.P.* précédemment citée, a d'ailleurs souligné que ce sont des circonstances particulières qui ont conduit la Cour d'appel à rendre un jugement prônant la proportionnalité entre les pouvoirs contenus au mandat et le degré d'inaptitude du mandant.

1.2.2 Homologation du mandat donné en prévision de l'inaptitude

La procédure d'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant étant d'ordre public, celle-ci doit être observée afin d'assurer la protection du mandant et le respect de ses intérêts et de ses attentes légitimes²²². Elle vise également, dans une certaine mesure, la protection des tiers²²³. Toutefois et tel que mentionné auparavant, cette procédure n'est pas une condition à la naissance des obligations contenues à la procuration, mais simplement une formalité d'exécution. Elle sanctionne l'accord des parties, vérifie sa légalité et en contrôle l'opportunité. Ainsi, elle permet au tribunal d'examiner la pertinence de confier au mandataire désigné à l'acte, la gestion des biens et la protection de la personne du mandant²²⁴. À défaut d'être scrupuleusement observées, les conditions de l'homologation étant impératives, elles conduisent le tribunal à refuser la demande présentée²²⁵.

Le *Code civil du Québec* impose deux conditions pour qu'une demande d'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant soit accueillie²²⁶. Son exécution est subordonnée à la survenance de l'inaptitude du mandant²²⁷ et à la présentation d'une demande d'homologation par le mandataire désigné à l'acte²²⁸. Dans le cadre de ses fonctions, le tribunal est appelé à s'assurer de l'aptitude du mandant au

²²² C.c.Q., art. 2166 ; C.p.c., art. 884.1 et suiv. ; *G.D. c. R.D.*, préc., note 156, par. 9 ; M. BEAUCHAMP, préc., note 15, à la page 122 ; F. DUPIN, préc., note 92, à la page 7 ; GÉRARD GUAY, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude*, coll. «Bleue», Série répertoire de droit», Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 3 ; L. LAFLAMME, R. P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 124, p. 101.

²²³ L. LAFLAMME, préc., note 76, 122 et 123.

²²⁴ D. GARDNER, préc., note 115, 112.

²²⁵ *Fiducie Desjardins et A.P.*, [2004] R.J.Q. 461, par. 27 (C.S.) ; *S. (D.) c. D. (A.)*, préc., note 115, par. 45.

²²⁶ N. A. BLAIS, préc., note 124, à la page 62.

²²⁷ *Id.*, à la page 60.

²²⁸ C.c.Q., art. 2166 al. 2 ; *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, [1996] R.J.Q. 311, 320 (C.S.) ; *M. (L.) c. M. (J.)*, préc., note 101, par. 12 ; L. FRÉCHETTE, préc., note 156, 226 ; G. GUAY, préc., note 222, p. 33 ; L. LAFLAMME, préc., note 76, 122.

moment de la confection de l'acte²²⁹ ainsi que l'existence et la validité formelle du mandat. Une fois ces éléments constatés, le tribunal jouit d'un pouvoir d'appréciation quant à l'homologation du mandat²³⁰. D'une part, il s'assure que ce dernier est complet, c'est-à-dire qu'il permet de répondre aux besoins du mandant. D'autre part, il s'enquiert de l'aptitude du mandataire à exercer la charge²³¹. Finalement, il vérifie que le contexte familial et social dans lequel le mandant inapte est appelé à évoluer est adéquat pour permettre au mandataire de remplir sa fonction²³².

Advenant que la procuration ne contienne pas les dispositions nécessaires pour permettre pas au mandataire de veiller adéquatement à la protection du mandant, le tribunal ne pourra accorder à ce dernier plus de pouvoirs que ceux prévus au mandat ni assortir l'homologation de conditions destinées à en favoriser l'exécution²³³. Toutefois, afin d'assurer l'utilité de l'institution et lorsque les intérêts et les attentes légitimes du mandant le justifient, nous proposons que le juge devrait avoir compétence pour autoriser le

²²⁹ Dans son appréciation, le tribunal peut tenir compte de l'âge, de l'état de santé et de la condition sociale du mandant lors de la rédaction de l'acte pour déterminer s'il y a eu captation ou autres manœuvres du même acabit. Voir à cet effet : *R.Z. et D.U.*, préc., note 160, par. 22 ; *Barroso c. Da Silva Alves*, préc., note 151, par. 44.

²³⁰ C.p.c., art. 884.1 et suiv. ; PIERRE CIMON, «Le mandat» dans *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 6, 2009, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2009CDD111, à la page 12 ; G. GUAY, préc., note 222, p. 18 ; ANNE-MARIE LACHAPPELLE, «Commentaire sur la décision Québec (Curateur public) c. S. (D.) - L'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude et l'ingérence du tribunal dans les obligations du mandataire» dans *Repères*, Avril 2006, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2006REP455, à la page 2.

²³¹ L'aptitude du mandataire est évaluée lors de l'homologation et doit être présente tout au long de l'exécution du mandat. De plus, il doit avoir la capacité de contracter et être apte, dans les faits, à représenter un tiers. En somme, il doit être en mesure d'assurer la protection du mandant, la gestion de ses biens et le respect de ses intérêts et de ses attentes légitimes. Voir à cet effet : *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, [1997] R.J.Q. 807, 816 (C.A.) ; *P.-J. T. c. Y.D.*, REJB 2002-32803, par. 41, 42 et 43 (C.S.) ; *B. et Québec (Curateur public)*, 2007 QCCS 1596, par. 27 et 28 (C.S.) ; *R.A. et Y.G.*, 2009 QCCS 2728, par. 92 ; F. ALLARD, préc., note 109, aux pages 53 et 57 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 748, p. 653 ; C. FABIEN, préc., note 125, 262.

²³² *Québec (Curateur public) c. D.S.*, [2006] R.J.Q. 466, 471 (C.A.) ; *T. (M.) c. T. (L.-G.)*, préc., note 152, par. 83 ; *A. c. B.*, préc., note 179, par. 18 ; *J.M. c. M.M.*, préc., note 160, par. 19 (C.S.) ; *R.L. et Re. S.*, préc., note 122, par. 91 ; L. LAFLAMME, R. P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 124, p. 99 et 100.

²³³ *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, par. 34 et 35 ; F. DUPIN, préc., note 117, à la page 24 ; J. LAMBERT, préc., note 96, aux pages 100 et 102.

mandataire à poser certains actes²³⁴. Pour les mêmes motifs, le tribunal devrait s'autoriser à réviser une décision du mandataire, laquelle, sans être prise de mauvaise foi ou avec l'intention de nuire, serait contraire aux intérêts du mandant²³⁵. Telle discrétion participerait à la fois de la survie du mandat et du respect et de la protection du mandant. En effet, lorsque requis, le tribunal devrait utiliser son pouvoir discrétionnaire pour rendre toute ordonnance appropriée afin de protéger les intérêts et les attentes légitimes du mandant, la sauvegarde de ses droits, de son intégrité et de son autonomie²³⁶.

C'est par le biais de l'article 2177 du *Code civil du Québec*, et du pouvoir discrétionnaire qu'il confère au tribunal que ce dernier se prononce sur l'aptitude du mandataire à exercer cette fonction et sur l'opportunité de l'homologation. Cette disposition permet au tribunal, à la demande de toute personne intéressée, y compris le curateur public, de révoquer un mandat de protection, d'ordonner la reddition de compte du mandataire et d'ouvrir un régime de protection au bénéfice du mandant si le mandat n'est pas fidèlement exécuté ou pour un autre motif sérieux²³⁷. Les motifs sérieux auxquels il est fait référence à cet article peuvent relever tant de la personne du mandataire²³⁸ que du contexte social et familial dans lequel évolue le mandant²³⁹. En somme, tout motif ayant trait à la protection des intérêts tant physiques, moraux que pécuniaires du mandant sont susceptibles d'être pris en considération par le tribunal²⁴⁰. Ce sont donc les circonstances propres à chaque

²³⁴ C.c.Q., art. 2168 ; C.p.c., art. 885 a). À titre d'illustrations, le mandant qui n'aurait confié que des pouvoirs de simple administration pourrait avoir avantage à ce que son mandataire soit autorisé à aliéner un de ses biens si le marché est favorable et, de surcroît, si tel bien ne lui est pas essentiel. Le tribunal pourrait également autoriser le mandataire à conserver un placement effectué du temps où le mandant était apte, même si ce placement n'est pas compris dans ceux présumés sûrs par le *Code civil du Québec*.

²³⁵ C. FABIEN, préc., note 125, 264 et 270.

²³⁶ C.p.c., art. 46.

²³⁷ C.c.Q., art. 2177 ; P.-J. T. c. Y.D., préc., note 231, par. 50.

²³⁸ La négligence, l'incompétence ou la malhonnêteté du mandataire constituent notamment tels motifs sérieux. Voir notamment : J.A. c. G.L., préc., note 217, par. 14.

²³⁹ Voir à cet effet : *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 471 ; T. (M.) c. T. (L.-G.), préc., note 152, par. 83 ; J.M. c. M.M., préc., note 160, par. 19 ; R.L. et Re. S., préc., note 122, par. 91 ; A. c. B., préc., note 179, par. 18 ; L. LAFLAMME, R. P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 124, p. 99 et 100.

²⁴⁰ B. et *Québec (Curateur public)*, préc., note 231, par. 30 et 66.

affaire qui doivent guider le tribunal. Conséquemment, pour les mêmes circonstances que celles qui l'autorisent à révoquer un mandat de protection, le tribunal est justifié de refuser l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude²⁴¹, soit lorsque l'intérêt du mandant et sa protection militent objectivement en faveur de l'ouverture d'un régime de protection²⁴².

Soulignons cependant que le seul fait que les pouvoirs contenus au contrat de mandat ne soient pas en corrélation avec le degré d'inaptitude du mandant au moment de la demande d'homologation ne saurait constituer un motif sérieux, au sens de l'article 2177 du *Code civil du Québec*, pour fonder le tribunal à refuser la demande²⁴³. En effet, tel que nous tenterons de le démontrer au chapitre suivant, le mandat de protection est une institution dont le contenu obligationnel est susceptible de varier en fonction de l'état d'inaptitude du mandant. En raison de la nature du mandat donné en prévision de l'inaptitude, les pouvoirs du mandataire sont nécessairement proportionnels aux besoins du mandant et en relation avec les attentes légitimes de ce dernier.

1.3 Nature du mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant

²⁴¹ À titre d'illustrations, telles raisons s'entendent de l'inhabilité du mandataire à accomplir la charge ou des tensions familiales faisant en sorte que tout acte posé par le mandataire sera contesté sans que l'intérêt du mandant le justifie. Voir à ce sujet : F. DUPIN, préc., note 117, à la page 19.

²⁴² C.p.c., art. 863.6 ; *Dans l'affaire de P. (L.)*, préc., note 209, par. 27 ; *J.A. c. G.L.*, préc., note 217, par. 100 ; K. DÉSILETS, préc., note 21, 310.

²⁴³ Pour une opinion contraire où l'on soutient que la présence de pouvoirs trop étendus, compte tenu de la situation du mandant, peut être préjudiciable au majeur et, qu'en conséquence, le mandat ne doit pas être homologué, voir notamment : *L.P. c. F.H.*, préc., note 221, par. 39 ; *G. (J.) c. G. (G.)*, REJB 1998-10744, par. 45 (C.S.) ; *M. D. c. Ma V.*, EYB 2005-90609, par. 63 (C.S.).

Le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant est un contrat dit synallagmatique ou bilatéral puisque chaque contractant est à la fois créancier et débiteur²⁴⁴. Ces termes rendent compte du caractère corrélatif des droits et des devoirs qui interviennent entre le mandant et le mandataire, en ce sens que l'institution fait naître, à la charge des cocontractants, des obligations réciproques et interdépendantes²⁴⁵. Ces caractères de l'obligation, soit la réciprocité et l'interdépendance, ne signifient cependant pas qu'il doive y avoir parfaite adéquation entre la valeur des charges assumées par chacun²⁴⁶. Dans la situation particulière du mandat objet de la présente étude, le contrat conserve son caractère synallagmatique bien que le mandataire soit, en raison de l'inaptitude du mandant, autorisé à accomplir lui-même certains des devoirs que le mandant a à son égard²⁴⁷.

Comme tout contrat, le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant a une cause et un objet, lesquels ne doivent être ni prohibés par la loi ni contraires à l'ordre public, sous peine nullité du contrat²⁴⁸. Sa cause est la raison subjective, c'est-à-dire le motif intrinsèque qui détermine tant le mandant à faire une offre que le mandataire à l'accepter et ainsi former le contrat de mandat²⁴⁹. Ces motifs sont propres à chacun. Ainsi, le mandant peut désirer prévoir ce qui adviendra de son entreprise s'il devenait inapte et le mandataire assurer, dans la même situation, tant le bien-être du mandant que la pérennité de l'entreprise familiale. Une multitude de facteurs influencent la décision de chaque partie. Nous pourrions même avancer qu'il y a autant de causes que de gens qui offrent ou

²⁴⁴ C.c.Q., art. 1380 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 28, p. 83.

²⁴⁵ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 76 et 89 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 210, p. 97.

²⁴⁶ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 211, p. 98.

²⁴⁷ C.c.Q., art. 2171 ; Nous reviendrons ultérieurement sur le conflit d'intérêts que peut engendrer cette situation.

²⁴⁸ C.c.Q., art. 1385 al. 2, 1411 et 1413 ; C. FABIEN, préc., note 10, à la page 938 ; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 145, à la page 604 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 66, p. 31.

²⁴⁹ C.c.Q., art. 1410 ; La cause du contrat est dite subjective par opposition à la cause de l'obligation, laquelle est qualifiée d'objective en ce sens qu'elle réfère à la justification juridique de la prestation due. Voir à cet égard : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1061 à 1061.2, p. 533 et 534.

acceptent un mandat.

Revenons sur le dernier élément permettant, suivant le premier alinéa de l'article 1378 du *Code civil du Québec*, de qualifier un acte de contrat, c'est-à-dire l'exécution d'une prestation. Cette prestation est l'objet de l'obligation, c'est-à-dire ce à quoi est tenu le débiteur, ici le mandataire, pour le compte du créancier, soit le mandant et qui consiste à faire ou à ne pas faire quelque chose²⁵⁰. Alors que l'objet d'un mandat ordinaire est l'accomplissement, par le mandataire, d'un acte juridique au nom et pour le compte du mandant, l'objet du mandat donné en prévision de l'inaptitude peut viser tant les actes destinés à assurer la protection du mandant que l'administration de son patrimoine et, généralement, son bien-être moral et matériel²⁵¹. L'objet du mandat est donc l'opération juridique que le mandant et le mandataire entendent accomplir, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et devoirs créés par la formation du contrat²⁵². C'est le fondement objectif sur lequel porte le consentement des parties qui cherchent, par la passation de leur accord, les effets juridiques susceptibles d'être engendrés par le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant²⁵³.

Les effets juridiques d'un contrat visent la création, la modification ou l'extinction d'obligations²⁵⁴. Ils peuvent également concerner la constitution, le transfert, la modification ou l'extinction de droits réels²⁵⁵. En ce qui concerne le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant, les effets juridiques qui en découlent sont de deux

²⁵⁰ C.c.Q., art. 1373 al. 1 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 264 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 76, p. 35.

²⁵¹ C.c.Q., art. 2131 ; Chaque procuration peut également avoir un objet propre ou plus spécifiquement énoncé suivant les volontés et les besoins du mandant, mais ils ont tous un tronc commun, lequel est établi à l'article 2131 du *Code civil du Québec*.

²⁵² C.c.Q., art. 1412 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 128, p. 272.

²⁵³ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1059, p. 529.

²⁵⁴ C.c.Q., art. 1433 al. 1 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 20, p. 51 et n° 221, p. 399.

²⁵⁵ C.c.Q., art. 1433 al. 2.

ordres. Il y a les effets relatifs à la relation entre le mandant et son mandataire, soit les effets de leurs rapports internes et ceux qui regardent le mandant et le tiers, soit les effets du rapport externe. Ces derniers sont tributaires, d'une part, des pouvoirs que le mandant a confiés et, d'autre part, de l'exercice de ces pouvoirs par le mandataire. Nous reviendrons sur les limites à l'intérieur desquelles il est possible pour une personne de déléguer l'exercice de pouvoirs lorsque nous traiterons du pouvoir de représentation. Celui-ci est la pierre angulaire de tout contrat de mandat. Soulignons cependant qu'il est de l'intérêt du mandant que les pouvoirs qu'il accorde soient suffisamment étendus pour que son mandat de protection réponde à ses besoins et ses attentes légitimes et permette ainsi d'éviter l'ouverture d'un régime de protection²⁵⁶. Par ailleurs, il est également pertinent que des mécanismes soient prévus pour s'assurer que le mandataire remplisse adéquatement sa charge²⁵⁷.

L'obligation qui naît du contrat de mandat crée donc entre les parties un lien de nature patrimoniale²⁵⁸. Celui-ci oblige le mandataire à accomplir, au profit du mandant, la prestation à laquelle il s'est assujéti, notamment assurer sa protection et la gestion de ses affaires²⁵⁹. En l'espèce, le contrat de mandat crée, dès sa conclusion, un tel lien entre le mandant et le mandataire. Cependant, la possibilité d'en exiger l'exécution est subordonnée à la survenance de l'inaptitude du mandant et à l'homologation du mandat par le tribunal²⁶⁰. Par ailleurs, le lien susceptible d'unir le mandant et le tiers n'est, de son côté, engendré que lors de l'exercice par le mandataire du pouvoir de représentation²⁶¹.

²⁵⁶ C.c.Q., art. 2169.

²⁵⁷ À cet égard, les conseils d'un juriste ont incontestablement une grande valeur.

²⁵⁸ C.c.Q., art. 1371 et 1372 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 4 ; MARIE ANNIK GRÉGOIRE, *Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice*, coll. «Minerve», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 9 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 7, p. 10 et n°32, p. 30 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 20, p. 55.

²⁵⁹ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 224 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 23, p. 17.

²⁶⁰ C.c.Q., art. 2166.

²⁶¹ A. POPOVICI, préc., note 142, p. 50. Nous reviendrons sur le pouvoir de représentation à la section 1.4.1.

L'effet principal de l'obligation est de permettre au créancier de contraindre son débiteur en défaut à exécuter la prestation à laquelle il s'est assujéti, et ce, en nature ou par équivalent²⁶². La force obligatoire de tout contrat est tributaire des sanctions que le droit objectif met en place au bénéfice du créancier advenant l'inexécution de ses devoirs par son débiteur²⁶³. C'est donc le droit objectif qui, par les moyens de contrainte qu'il met à la disposition des contractants et, plus spécifiquement ici au mandant, donne effet aux volontés exprimées et permet au contenu obligationnel du contrat de s'imposer aux parties.

En l'espèce, le mandat donné par le mandant en prévision de son inaptitude lui donne l'opportunité d'imposer à la charge du mandataire certains devoirs et, plus généralement, de lui dicter une ligne de conduite à respecter. C'est par le biais de l'édition de ces devoirs ou de ces lignes de conduite que le mandant exprime son autonomie. Le mandataire qui accepte d'agir suivant les termes d'un tel mandat s'engage donc à respecter la lettre et l'esprit de la procuration qui traduisent les volontés du mandant. De plus, le droit objectif impose au tribunal, en cas de défaut contractuel du mandataire, de faire respecter, suivant les fondements du mandat et des principes d'interprétation y applicables, l'autonomie du mandant et de faire prévaloir tant ses intérêts que ses attentes légitimes. La voie contractuelle permet donc d'assujéti le mandataire à des obligations auxquelles il ne serait pas autrement tenu aux termes d'un régime de protection²⁶⁴. Conséquemment, un même comportement peut entraîner ou exonérer de responsabilité un mandataire ou un représentant légal, et ce, en vertu de la source de ses pouvoirs et de ses devoirs. Ainsi, une

²⁶² C.c.Q., art. 1590 et suiv. ; *Aubrais c. Laval (Ville de)*, préc., note 189, 2239 ; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 9 ; HANS KELSEN, «La théorie juridique de la convention» dans *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, Recueil Sirey, vol. n° 1 - 4, Paris, Imprimerie Brière, 1940, n° 13, à la page 33 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 4, p. 9 et n° 8, p. 10 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, p. 495.

²⁶³ BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 82, p. 103 ; MICHELLE CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée*, coll. «Minerve», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, n° 173, p. 127 ; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 5, p. 66 ; J.-L. J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 18 ; B. LEFEBVRE, préc., note 29, à la page 53 et 54 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1061, p. 1970.

²⁶⁴ *C.R. c. J.B.*, [2005] R.J.Q. 1391, 1396 (C.A.).

fois le contrat conclu, le mandant acquiert le droit de voir les termes de son mandat respectés et ses attentes légitimes et ses intérêts protégés²⁶⁵.

À titre d'illustration, un homme d'affaires peut, dans le mandat qu'il accorde en prévision de son inaptitude, dicter à son mandataire une ligne de conduite quant aux décisions à être prises dans son entreprise. De la même façon, un mandant dont le patrimoine est substantiel pourrait exiger que sa résidence soit aménagée de manière à répondre à ses besoins. Un autre pourrait prévoir que certaines sommes devront être remises en son nom aux personnes ou organismes qu'il détermine à l'occasion de fêtes ou d'événements significatifs. Faute pour le mandataire de respecter tels devoirs, il pourrait soit y être contraint par le tribunal ou, suivant les prévisions du mandat, être démis de ses fonctions pour laisser place à un mandataire remplaçant. Toutefois, la question de savoir comment pourront être assurés le respect des volontés du mandant et, le cas échéant, la mise en œuvre des sanctions du non-respect de ces devoirs par le mandataire se pose encore une fois. Il s'agit d'une autre situation qui démontre l'importance du rôle du juriste dans l'élaboration d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant. De par ses connaissances, le juriste est la personne la mieux placée pour conseiller son client et faire conjuguer les finalités du mandat de protection avec ses volontés particulières, ses attentes et ses besoins.

1.4 Finalité du mandat de protection

La finalité du mandat de protection est triple, soit l'administration des biens, la protection et le respect du mandant inapte²⁶⁶. Toutes mesures de protection, qu'elles soient

²⁶⁵ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 171.

²⁶⁶ C.c.Q., art. 2131 ; N. A. BLAIS, préc., note 124, aux pages 49 et 52 ; C. FABIEN, préc., note 10, à la page

légales ou conventionnelles, visent à établir un équilibre entre la protection d'une personne majeure vulnérable et le respect de ses droits et de son autonomie²⁶⁷. Puisqu'il reflète les volontés du mandant et qu'il participe de l'expression de son autonomie, le mandat de protection est un outil tout indiqué pour parvenir à cet équilibre. Cette institution donne en effet à chacun l'opportunité de mettre en place des mesures de protection qui conviennent à ses valeurs et de s'exprimer quant à l'étendue de la représentation dont il souhaite bénéficier²⁶⁸. Le législateur reconnaît, par cette faculté accordée à toute personne majeure et apte, le droit de chacun à l'autodétermination²⁶⁹.

Le concept juridique par lequel une personne, en vue d'assurer la protection de ses intérêts, confie des pouvoirs à un intermédiaire est la représentation conventionnelle. Cette dernière se distingue des autres types de représentation, soient légale ou judiciaire, en ce sens qu'elle émane du titulaire du patrimoine sur lequel les pouvoirs accordés seront exercés. Les prochaines sections nous permettront d'explicitier les concepts juridiques fondamentaux qui sont en interrelations dans un mandat de protection.

1.4.1 Représentation et pouvoir de représentation

La représentation permet à une personne d'exercer certaines prérogatives sur un patrimoine qui n'est pas le sien, donc sur lequel elle ne détient aucun droit. L'exercice d'un pouvoir de représentation crée un lien de droit entre deux patrimoines dont les titulaires ne sont pas en présence, soit le représenté et la tierce partie avec qui le représentant entre en

935.

²⁶⁷ GEORGES AUBÉ, «Collaborations interprofessionnelles en contexte de détermination de l'inaptitude», (2008) 2 *C.P. du N.* 211, 214 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, p. 1.

²⁶⁸ F. ALLARD, préc., note 109, à la page 52 ; N. A. BLAIS, préc., note 124, aux pages 50 et 51.

²⁶⁹ *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 472, note infrapaginale 10 ; *T. (M.) c. T. (L.-G.)*, préc., note 152, par. 17 ; *D.G. et T.B.*, EYB 2005-91200, par. 17 (C.S.).

relation²⁷⁰. Ce lien, générateur d'obligations, a vocation à engendrer des effets de droits²⁷¹.

Le contrat de mandat est une application du concept de représentation, comme le sont notamment la tutelle et la curatelle²⁷². Toutefois, la première manifestation du concept de représentation tire sa source de la volonté manifestée par le mandant²⁷³, alors que les secondes résultent de prévisions du droit objectif²⁷⁴. Ainsi, «[l]a restriction de l'autonomie [en matière contractuelle] est moindre que dans le cas de la représentation légale [puisqu'elle est créée elle-même par contrat, c'est-à-dire d'après le principe de l'autonomie.]»²⁷⁵ En conséquence, la représentation conventionnelle, dont celle résultant d'un mandat de protection, permet l'expression, par le biais du mandataire, d'une volonté dictée par le mandant.

La représentation conventionnelle est dite volontaire puisque c'est le représenté qui délègue, de façon expresse ou tacite, certains pouvoirs au représentant²⁷⁶. D'une part, elle rend le mandant créancier du mandataire en regard des obligations que ce dernier a assumées aux termes du contrat de mandat. Ces obligations comprennent notamment tous les devoirs qui découlent implicitement de cette espèce de mandat, soit tout ce qui touche la protection, au sens large, du mandant. D'autre part, son exercice crée, dès la formation d'un contrat entre le mandataire et le tiers, des droits et des devoirs tant dans le patrimoine du tiers que dans celui du représenté, et ce, à l'exclusion de celui du représentant²⁷⁷.

²⁷⁰ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 286 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 495, p. 429 ; A. POPOVICI, préc., note 142, p. 182 ; H. REID, préc., note 137, p. 483.

²⁷¹ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 145, à la page 614.

²⁷² C.c.Q., art. 258 et 2130 al. 1 ; M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 220 et 226. ; CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, préc., note 167, p. 161 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 286 ; A. POPOVICI, préc., note 142, p. 33.

²⁷³ C.c.Q., art. 2131.

²⁷⁴ C.c.Q., art. 256 et 258.

²⁷⁵ H. KELSEN, préc., note 262, n° 26, à la page 68.

²⁷⁶ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 286 ; H. KELSEN, préc., note 262, n° 26, à la page 68.

²⁷⁷ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 286 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 65 à 67, p. 144 à 146.

La représentation dite parfaite réunit, en matière contractuelle, trois conditions. Tout d'abord, il doit y avoir délégation d'un pouvoir de représenter²⁷⁸. Ensuite, le représentant doit conclure l'acte pour lequel ses services sont retenus ou, à tout le moins, avoir la volonté de le faire, et ce, dans les limites du pouvoir qui lui a été accordé²⁷⁹. Finalement, le représentant doit avoir l'intention d'agir dans l'intérêt du représenté. L'absence de l'intention d'agir pour le compte et dans l'intérêt d'autrui, si telle intention n'est pas dévoilée ou encore si le représentant agit en son nom personnel sont des situations qui empêchent le mécanisme de la représentation d'être pleinement efficace et sont également susceptibles d'engager la responsabilité du représentant²⁸⁰. Ainsi, la représentation ne joue à l'égard des tiers que si et quand elle est divulguée²⁸¹. Le législateur tente de cette façon de conjuguer la protection du mandant et celle du tiers.

Aux conditions énoncées au paragraphe précédent vient s'ajouter un élément fondamental, à savoir qu'il revient au mandant de déterminer la nature et l'étendue des pouvoirs qu'il entend confier à son représentant²⁸². En effet, le mandant ne peut être engagé que dans la mesure du pouvoir de représentation qu'il a accordé²⁸³. Cette faveur accordée à la volonté du mandant permet l'exercice du pouvoir de représentation sans que sa personnalité juridique soit niée²⁸⁴.

Le mandant, pour être en mesure de déléguer un pouvoir de représentation, doit

²⁷⁸ *Supra*, section 1.4.1.

²⁷⁹ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 1008.

²⁸⁰ C.c.Q., art. 2157 al. 2 et 2159 al. 2.

²⁸¹ C.c.Q., art. 2165 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 286 ; A. POPOVICI, préc., note 142, p. 239.

²⁸² J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 1008 ; H. KELSEN, préc., note 262, n° 26, à la page 68.

²⁸³ Sous réserve d'une ratification, par le mandant, des actes du mandataire, laquelle n'est pas possible tant que dure l'incapacité. ; C.c.Q., art. 2152 al. 2, 2157, 2158 et 2160 al. 2 *a contrario* ; Voir à cet effet : J. DOMAT, préc., note 1, n° 4 et 5, p. 129 et 130.

²⁸⁴ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 1008.

avoir tant la capacité de jouissance que celle d'exercice, c'est-à-dire une capacité juridique entière²⁸⁵. En somme, c'est la capacité juridique du mandant, titulaire d'un patrimoine, qui lui permet, par l'attribution d'un pouvoir, d'agir par personne interposée²⁸⁶. À cet égard, un mandant s'apparente au bénéficiaire d'une administration du bien d'autrui et le mandataire à un administrateur, tels le curateur ou le tuteur, le gérant d'affaires, le liquidateur d'une succession ou encore le fiduciaire²⁸⁷. Toutes ces illustrations, à l'exception de la fiducie où par une fiction juridique un patrimoine se retrouve sans titulaire²⁸⁸, ont un point en commun. Le titulaire des biens administrés est empêché, légalement ou physiquement, d'exercer seul ses droits dans ces biens. Par ailleurs, alors qu'en matière d'administration du bien d'autrui, c'est la volonté de l'administrateur, apte à consentir, qui lie le bénéficiaire²⁸⁹, en matière de mandat, c'est la volonté du mandant qui le lie.

En situation d'inaptitude, le mandant ne conserve que sa capacité de jouissance. En raison de son état, il n'a plus la possibilité d'exercer lui-même ses droits ou ne peut les exercer que dans les limites de son aptitude résiduelle. Aux termes du mandat qu'il a accordé en prévision de son inaptitude, le mandant a confié l'exercice de ses droits à une personne de confiance, son mandataire. Ce dernier doit agir dans l'intérêt du mandant et dans le respect de ses attentes légitimes. Le propre du mandat de protection est de refléter les intérêts et les attentes légitimes du mandant et, en conséquence, les devoirs assumés par le mandataire sont fonction de ces paramètres. L'opportunité offerte au mandant d'accorder le pouvoir de le représenter à un tiers, mandataire, est possible par l'interaction de trois concepts. Ceux-ci, quoiqu'étant distincts, sont ici interdépendants. Il s'agit des concepts de droit, de capacité et de pouvoir.

²⁸⁵ M. OUELLETTE, préc., note 76, à la page 90.

²⁸⁶ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 938, p. 452.

²⁸⁷ C.c.Q., art. 208, 282, 286, 802, 1278 et 1482.

²⁸⁸ C.c.Q., art. 1260 et 1261 ; Son fonctionnement requiert la présence d'un tiers, le fiduciaire, qui détient et administre le patrimoine d'affectation dans l'objectif de réaliser la fin particulière pour laquelle le constituant a créé la fiducie.

²⁸⁹ A. POPOVICI, préc., note 142, p. 351.

1.4.2 Droit, capacité et pouvoir

Le législateur a accordé aux individus la possibilité de stipuler, notamment par le biais d'un contrat, des obligations entre eux, et ce, afin d'aménager leurs relations juridiques de nature privées²⁹⁰. Ce sont les règles du droit objectif qui confèrent à l'accord librement consenti sa force obligatoire²⁹¹. C'est donc par une habilitation du droit objectif qu'une personne peut donner un mandat, donc conférer des pouvoirs, dont les effets seront suspendus jusqu'à la survenance de son inaptitude.

Ce sont également les prescriptions du droit objectif qui posent les conditions de capacité d'une personne. La capacité juridique réfère tant à l'état et qu'à la qualité d'une personne physique. À l'atteinte de la majorité, cette dernière joint la capacité d'exercice à la capacité de jouissance possédée en tant qu'être ayant la personnalité juridique²⁹². Chacun a, en principe, la capacité d'agir pour lui-même et de détenir et d'exercer les droits dont il jouit²⁹³. Ces droits sont dits subjectifs en ce sens qu'ils constituent une prérogative juridique reconnue à tout individu par le droit objectif²⁹⁴. Leur titulaire peut en jouir et les exercer, dans les limites de sa capacité, dans son propre intérêt, et ce, toujours conformément aux exigences de la bonne foi²⁹⁵. Les droits subjectifs, dont la finalité est de satisfaire des impératifs sociaux et des besoins économiques, confèrent à leur titulaire une inégalité que l'on peut qualifier de protectrice en ce sens qu'elle met au premier plan ses

²⁹⁰ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 56.

²⁹¹ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 123 ; H. KELSEN, préc., note 262, n° 2, à la page 36 ; H. REID, préc., note 137, p. 193.

²⁹² C.c.Q., art. 153 al. 2.

²⁹³ D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 938, p. 452 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 108, p. 230.

²⁹⁴ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 119 et 144 ; H. KELSEN, préc., note 262, n° 13, à la page 47.

²⁹⁵ C.c.Q., art. 6 et 7 ; *Ciment du Saint-Laurent c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 25 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 123 et 255 ; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 133 ; H. REID, préc., note 137, p. 197.

intérêts et impose leur respect à autrui²⁹⁶. Le droit subjectif dont il est question aux présentes est celui de toute personne majeure et apte d'accorder un mandat en prévision de son inaptitude²⁹⁷. C'est un outil mis en place par le législateur pour permettre au mandant de veiller à ses intérêts par l'entremise de la délégation d'un pouvoir²⁹⁸.

Le pouvoir est une prérogative juridique qui s'exerce pour le compte et dans l'intérêt d'autrui²⁹⁹. Il est, par définition, l'aptitude à exprimer un intérêt distinct du sien³⁰⁰. Une habilitation légale, judiciaire ou conventionnelle est nécessaire à l'existence d'une telle prérogative. Cette habilitation permet aux actes réalisés par le détenteur du pouvoir d'être valables juridiquement. Cela implique qu'ils engagent le patrimoine du titulaire des droits et qu'ils sont susceptibles de sanctions en cas de contravention³⁰¹. Dans le contexte du mandat donné en prévision de l'inaptitude, les pouvoirs du mandataire s'étendent, suivant les termes de la procuration, aux actes destinés à assurer la protection, tant physique, morale que matérielle, du mandant, mais également à tout ce qui découle d'un tel mandat³⁰². De plus, ces pouvoirs devraient, selon nous, être en corrélation avec les devoirs assumés par le mandataire.

Ainsi, en vue d'assurer une certaine stabilité aux relations contractuelles, tout contrat d'une même nature qui intervient entre deux ou plusieurs personnes comporte à la fois des engagements essentiels et des engagements naturels qui en composent le contenu obligationnel. En sus des conditions posées par le droit objectif, le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant contient en son sein et en raison de la vulnérabilité

²⁹⁶ M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 225 ; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 131.

²⁹⁷ C.c.Q., art. 2131.

²⁹⁸ H. KELSEN, préc., note 262, n° 13, à la page 48.

²⁹⁹ M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 219 et 225 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 255.

³⁰⁰ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 1008.

³⁰¹ MADELEINE CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 75 et 76 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 255 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 940, p. 454.

³⁰² C.c.Q., art. 2131 et 2136 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 108, p. 230.

accrue du mandant qui ne peut veiller seul à ses intérêts, des devoirs que le mandataire doit observer sous peine de voir son comportement sanctionné. N'étant titulaire que d'un pouvoir dont l'étendue est susceptible de fluctuer suivant l'état du mandant, le mandataire doit mettre les intérêts et les attentes légitimes du mandant au premier plan dans l'exercice desdits pouvoirs.

En somme, ce qui distingue le droit du pouvoir est leur finalité respective³⁰³. Le droit est une faculté, une potentialité accordée à son titulaire qui choisit ou non, suivant son seul intérêt, de s'en prévaloir. Le titulaire d'un droit peut le mettre en oeuvre, mais rien ne l'y contraint³⁰⁴. À l'inverse, le pouvoir doit quant à lui être exercé par son détenteur³⁰⁵. De surcroît, cet exercice doit être fait dans l'intérêt d'autrui, soit en regard de l'objet des présentes celui du mandant³⁰⁶.

La nature de l'institution encourage le mandant à y énoncer des dispositions favorisant ses intérêts. Par ailleurs, si la procuration ne définit pas spécifiquement l'étendue des pouvoirs accordés, tel que le permet l'article 2135 du *Code civil du Québec*, le mandataire est autorisé et légitimé d'y donner l'étendue qu'une personne raisonnable peut présumer conforme à la volonté du mandant, et ce, tant en regard de l'objet du mandat que de la façon de l'exécuter³⁰⁷. Les pouvoirs doivent toutefois, en tout temps, être exercés dans le respect des intérêts et des attentes légitimes du mandant. Toute décision contraire à tels intérêts ou attentes est susceptible de contrôle par les tribunaux³⁰⁸.

³⁰³ M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 225 : «La finalité du pouvoir est le principe qui dicte le régime juridique propre à son exercice.» ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 123 ; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 133.

³⁰⁴ M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 222.

³⁰⁵ M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 223 ; Pour les nuances entre droit et pouvoir, voir : M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 132.

³⁰⁶ M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 223 ; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 132.

³⁰⁷ J. DOMAT, préc., note 1, n° 3, p. 363.

³⁰⁸ M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 233.

En l'espèce, le mandant est titulaire de droits, lesquels composent son patrimoine³⁰⁹. Il prévoit contractuellement en déléguer l'exercice, advenant son inaptitude, à un mandataire. Ce dernier a le devoir, lorsque le mandat est homologué, d'exercer les pouvoirs contenus à la procuration dans l'intérêt du mandant et de manière à favoriser l'accomplissement des attentes de ce dernier³¹⁰. La procuration homologuée opère un transfert de l'exercice des droits du mandant, ou de certains de ceux-ci, au mandataire. De plus, et contrairement aux régimes de protection où le représentant du majeur protégé tient son habilitation du jugement le nommant, l'exercice des pouvoirs accordés aux termes d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant est susceptible de «faire l'objet d'un contrôle judiciaire si la finalité édictée [par le mandant] n'est pas respectée.»³¹¹

Maintenant que les portraits historique et juridique du mandat de protection sont esquissés, nous verrons dans le prochain chapitre l'importance attachée à la qualification contractuelle de l'institution. Même s'il y a place à amélioration, ce choix législatif permet une flexibilité à l'avantage du mandant. C'est d'ailleurs ce que nous tenterons de démontrer dans cette seconde partie de notre étude.

³⁰⁹ M. CANTIN CUMYN, préc., note 301, n° 43, p. 32 et 33 et n° 74, p. 65.

³¹⁰ C.c.Q., art. 2138.

³¹¹ M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 233. Voi également : M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 133 ; H. KELSEN, préc., note 262, n° 26, à la page 68.

Chapitre 2 Impact de la qualification du mandat de protection

«Le fait d’agir sur la qualification, afin d’obtenir par l’application du régime correspondant un résultat jugé opportun, peut conduire à une dénaturation dangereuse des concepts.»³¹²

La détermination de la nature juridique de l’institution par laquelle un individu confie à un ou plusieurs autres le pouvoir d’exercer, pour lui et en son nom, ses droits et d’accomplir, le cas échéant, ses devoirs advenant la survenance de son inaptitude à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, a fait et fait toujours couler beaucoup d’encre. À l’appui de notre position quant à la nature contractuelle du mandat de protection, rappelons tout d’abord que les dispositions y relatives sont formulées au chapitre des contrats nommés du *Code civil du Québec*. Partant de là et afin d’assurer tant la protection du mandant que la cohérence de l’institution, nous soutenons qu’il est possible de satisfaire les droits fondamentaux du mandant par le recours aux normes applicables au mandat de protection, à l’exclusion des dispositions du *Code civil du Québec* relatives aux régimes légaux de protection³¹³. En effet, en l’absence de renvoi exprès, rien n’autorise l’imposition, en matière de mandat de protection, des règles gouvernant les régimes de protection du majeur³¹⁴. Le tableau ci-dessous fait ressortir les distinctions quant au droit applicable suivant l’approche préconisée.

³¹² J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 81.

³¹³ C.R. c. J.B., préc., note 264, 1397.

³¹⁴ L. LAFLAMME, R. P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 124, p. 16, note infrapaginale 517.

TABLEAU I
DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES AUX RÉGIMES DE
PROTECTION ET AU MANDAT DE PROTECTION

RÉGIMES DE PROTECTION	MANDAT DE PROTECTION (institution hybride)	MANDAT DE PROTECTION (contrat)
Régimes de protection du majeur	Mandat donné en prévision de l'inaptitude	Mandat donné en prévision de l'inaptitude
Tutelle au mineur	Mandat	Mandat
Administration du bien d'autrui	Régimes de protection du majeur	Administration du bien d'autrui
	Tutelle au mineur	
	Administration du bien d'autrui	

Avant d'aborder le droit positif en la matière et les obligations qui découlent nécessairement de l'institution objet des présentes, nous croyons opportun de distinguer le mandat de protection et les régimes de protection, lesquels ont des fondements juridiques propres. En effet, alors que le premier résulte de la manifestation de la volonté de son auteur, les seconds sont imposés à la personne concernée³¹⁵.

³¹⁵ *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 470 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, préc., note 184, p. 1339.

2.1 Régimes de protection³¹⁶

Tant le mandat de protection que les régimes de protection ont pour objet d'assurer la protection, tant physique que morale ou matérielle, d'une personne majeure vulnérable³¹⁷. Néanmoins, les fondements juridiques et certaines caractéristiques propres à chacune de ces institutions opèrent un cloisonnement entre elles et en font des mesures de protection distinctes. Par ailleurs, ce cloisonnement n'exclut pas qu'elles puissent parfois être complémentaires³¹⁸. Dans un premier temps, nous exposerons les principales différences entre ces deux institutions. Celles-ci emportent, selon nous, qu'en l'absence de renvoi exprès à cet effet en matière de mandat donné en prévision de l'incapacité, les règles énoncées en regard des régimes de protection ne peuvent y être appliquées en bloc³¹⁹. Par la suite, nous circonscribons les termes incapacité et inaptitude, lesquels renvoient tantôt à une situation juridique, tantôt à une situation de fait. Finalement, nous verrons qu'en certaines circonstances, exceptionnelles et balisées, le législateur autorise le recours, en présence d'un mandat de protection, à certaines règles énoncées en matière de régimes de protection.

2.1.1 Distinction d'avec les régimes de protection

La prétention que l'institution du mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant est contractuelle quant à sa nature, mais relèverait des régimes de protection en

³¹⁶ En aucun temps cette section n'a la prétention de présenter de façon exhaustive les régimes de protection. Elle ne vise qu'à étayer notre position quant au cloisonnement qui existe entre ces derniers et le mandat de protection.

³¹⁷ C.c.Q., art. 256 et 2131.

³¹⁸ C.c.Q., art. 2169.

³¹⁹ Pour un énoncé des arguments en faveur et contre l'assimilation du mandat de protection aux régimes de protection, nous renvoyons le lecteur aux textes suivants : L. LAFLAMME, R. P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 124, p. 8, 16 et 101 ; J. LAMBERT, préc., note 96, à la page 91.

regard de sa finalité³²⁰, illustre les propos du professeur Ghestin lorsqu'il nous met en garde contre la tentation de qualifier une situation juridique en vue d'obtenir un résultat que l'on considère, subjectivement, approprié³²¹. Suivant cette position, l'objectif des dispositions du mandat donné en prévision de l'inaptitude serait de faire une place à l'autonomie de la personne, notamment en lui permettant de décider de son avenir par la mise en place d'un régime de protection privé advenant son inaptitude³²². Bien que le mandat donné en prévision de l'inaptitude vise assurément la protection de la personne et le respect de l'exercice de son autonomie, dire qu'il s'agit d'un régime de protection privé peut entraîner une confusion. Cette qualification ouvre en effet la porte à l'application de dispositions supplétives qui ne sauraient autrement être invoquées, à savoir celles énoncées par le législateur au chapitre des régimes de protection du majeur et qui, en cette matière, sont impératives.

Les principales distinctions dont nous traiterons sont de deux ordres. La première résulte de la manifestation de la volonté du mandant par rapport à l'imposition, par le tribunal, d'un représentant à une personne inapte. La seconde a trait à la portée du jugement rendu à l'issue d'une demande en ouverture de régime de protection ou en homologation de mandat. En regard de ce dernier point, soulignons d'ores et déjà que les régimes de protection engendrent une situation d'inaptitude légale, donc d'incapacité³²³, alors l'homologation ne fait que constater un état de fait, c'est-à-dire une inaptitude de fait³²⁴.

Le premier alinéa de l'article 256 du *Code civil du Québec* énonce que les régimes

³²⁰ M. BEAUCHAMP, préc., note 76, 350 ; N. A. BLAIS, préc., note 124, à la page 52 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 733, p. 640 ; C. FABIEN, préc., note 10, à la page 935 ; L. LAFLAMME, R. P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 124, p. 7 ; B. LEFEBVRE, préc., note 93, à la page 79.

³²¹ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 81.

³²² B. LEFEBVRE, préc., note 93, à la page 83.

³²³ C.c.Q., art. 154.

³²⁴ K. DÉSILETS, préc., note 21, 314 à 316 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 112.1, p. 245.

de protection sont établis dans l'intérêt du majeur concerné et sont destinés «à assurer la protection de sa personne, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils». Le mandat de protection permet quant à lui au mandataire choisi par le mandant, de disposer des pouvoirs nécessaires pour passer «des actes destinés à assurer, en prévision de l'incapacité de ce dernier à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, la protection de sa personne, l'administration, en tout ou en partie, de son patrimoine et, en général, son bien-être moral et matériel»³²⁵. Contrairement à la disposition qui introduit les régimes de protection, l'article qui présente le mandat de protection ne traite pas de l'exercice des droits civils du mandant par le mandataire. Ni l'article 2131 du *Code civil du Québec* ni ceux énoncés spécifiquement en regard de mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant³²⁶ n'établissent expressément qu'un mandat de protection emporte l'incapacité du mandant à exercer ses droits civils. La faculté accordée au mandataire d'exercer les droits civils du mandant lui est dévolue par celui-ci et non par un texte législatif. Ainsi, la constatation judiciaire de l'incapacité du mandant n'emporte pas, de ce seul fait, la privation de sa capacité légale³²⁷.

Bien que tant l'ouverture d'un régime de protection que l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité soient prononcées par le tribunal³²⁸, le majeur visé par l'ouverture d'un régime de protection ne décide pas de l'identité de son représentant ni de l'étendue des pouvoirs qui lui sont dévolus. Ces discrétions sont laissées à l'appréciation du tribunal³²⁹. À l'inverse, le choix du mandataire et l'étendue de ses

³²⁵ C.c.Q., art. 2131.

³²⁶ C.c.Q., art. 2166 et suiv.

³²⁷ R. P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 151, p. 2 ; Si l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité devait priver totalement la personne de sa capacité d'exercice, il faudrait s'interroger sur la possibilité pour une personne de renoncer à l'exercice de ses droits, totalement et de façon permanente. Si l'on en venait alors à la conclusion qu'une personne ne peut ainsi renoncer à l'exercice de ses droits, il faudrait alors se questionner sur le type de nullité dont serait entaché l'acte (C.c.Q., art. 9 *in fine*).

³²⁸ C.c.Q., art. 268 al. 1 et 2166 al. 2.

³²⁹ C.c.Q., art. 268 et 288.

pouvoirs tirent leur origine de la volonté du principal intéressé, le mandant³³⁰. Dans la première situation, il s'agit de mettre en place une structure visant la protection d'une personne majeure, mais dans laquelle cette dernière n'a aucun un pouvoir décisif. Dans le second cas, le tribunal se contente de donner effet aux volontés du principal intéressé lorsque les prescriptions en la matière sont satisfaites.

Une autre distinction importante relève du qualificatif attribué à la personne pour qui un régime de protection est ouvert par rapport au mandant dont le mandat de protection est exécutoire. La première est une personne que le législateur désigne sous le vocable de «majeur protégé». En cette qualité, le majeur protégé bénéficie de certaines dispositions protectrices³³¹. Toutefois, aucune définition du majeur protégé n'est énoncée par le législateur. Pour certains, le mandant se qualifie à titre de majeur protégé³³². Pour d'autres, seuls les individus sous un régime de protection profiteraient des avantages prévus par le législateur en faveur des majeurs protégés³³³.

Les tenants de la première position s'appuient sur l'argument selon lequel l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant ouvre un régime de protection privé. D'aucun n'est contre l'idée d'offrir à une personne vulnérable une protection à l'encontre de ceux qui seraient tentés de profiter d'elle en raison de son état. Cependant, le mandat de protection étant un véritable contrat qui a pour but d'assurer la protection du mandant et non un quatrième régime de protection comme entendu au sens du *Code civil du Québec*, deux possibilités s'offrent à nous. La première suppose une intervention législative afin de faire bénéficier le mandant inapte des règles édictées au

³³⁰ *F.K. c. P.H.*, préc., note 160, par. 146 : «Le choix d'un mandataire porte sur une personne que le mandant sait disposée à agir dans son meilleur intérêt et à respecter son identité.»

³³¹ Une énumération non exhaustive de ces dispositions est faite dans les paragraphes qui suivent.

³³² É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 753, p. 660 ; B. LEFEBVRE, préc., note 93, à la page 86 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1034, p. 500.

³³³ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, p. 256 ; G. GOLDSTEIN et N. MESTIRI, préc., note 26, à la page 328 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 112.1, p. 239.

profit des majeurs protégés. La seconde repose sur l'application des principes généraux du droit des obligations.

Voyons succinctement quelles sont ces dispositions, ce qui nous permettra de mettre en lumière l'importance attachée à la reconnaissance de cette qualité. Outre les cas expressément prévus³³⁴, seuls les mineurs et les majeurs protégés peuvent invoquer la lésion à titre de vice de consentement³³⁵. Quant à l'article 1813 du *Code civil du Québec* relatif aux biens que peut donner un majeur protégé, celui-ci vise à assurer que son capital ne puisse indûment être entamé.

D'autres dispositions du *Code civil du Québec* traitent spécifiquement du majeur sous tutelle ou sous curatelle, mais restent muettes en regard du mandant dont le mandat est homologué suite à la constatation de son inaptitude. Celles-ci sont, en rafale, l'article 81 qui établit que le domicile légal du majeur sous tutelle ou sous curatelle est au lieu du domicile de son représentant. L'article 709 suivant lequel le testament du majeur en tutelle «peut être confirmé par le tribunal si la nature de ces dispositions et les circonstances qui entourent sa confection le permettent»³³⁶. L'article 2905 du *Code civil du Québec* suivant lequel la prescription ne court pas contre le «majeur sous curatelle ou sous tutelle, à l'égard des recours qu'[il] peu[t] avoir contre [son] représentant ou contre la personne qui est

³³⁴ Soit en matière de renonciation au partage du patrimoine familial (C.c.Q., art. 424), de partage successoral (C.c.Q., art. 897) et de prêt d'argent (C.c.Q., art. 2332).

³³⁵ C.c.Q., art. 1405.

³³⁶ B.D. (*Succession de*), EYB 2010-174966 (C.S.) ; É. LAVOIE, «Commentaire sur la décision B.D. (*Succession de*) - L'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude limite-t-elle la capacité de tester d'un individu» dans *Repères*, Octobre 2010, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2010REP985 ; Suivant le jugement ci-devant cité, il est possible de reconnaître la validité du testament fait par un mandant dont le mandat est homologué, lorsque son degré d'aptitude résiduelle s'apparente à celui d'un majeur sous tutelle. Le tribunal invoque l'article 709 du *Code civil du Québec* pour fonder sa décision. Toutefois, selon nous, le silence du législateur en regard de la validité d'un testament fait par le mandant bénéficiant d'un mandat de protection doit plutôt amener à la conclusion suivante : le mandant peut tester puisqu'il peut exercer ses droits civils, et ce, suivant les fondements relatifs à la validité de tout acte juridique. En effet, le mandant n'étant que présumé inapte et n'ayant pas perdu l'exercice de ses droits civils par le seul fait de l'homologation, il conserve le droit de tester. C'est à celui qui prétend à l'invalidité du testament d'en apporter la preuve.

responsable de [sa] garde»³³⁷.

L'objectif ici n'est pas de proposer une interprétation susceptible de faire bénéficier le mandant inapte de ces dispositions protectrices, mais uniquement d'étayer la différence de traitement que le législateur réserve aux majeurs sous tutelle ou curatelle et aux mandants. La constatation de cette différence milite en faveur de la position selon laquelle le mandat inapte conserve, dans tous les cas, l'exercice de ses droits civils à la mesure de ses facultés, et ce, sans qu'il soit nécessaire de l'indiquer expressément. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si le mandant était automatiquement privé de l'exercice de l'ensemble de ses droits civils par le fait de l'homologation, il y aurait lieu de s'interroger sur la conformité de cette institution en regard des intérêts fondamentaux de tout individu. De plus, le législateur ne peut avoir eu l'intention de priver le mandant de l'exercice de ses droits civils puisqu'il prévoit spécifiquement, à l'article 154 du *Code civil du Québec*, que telle privation doit être énoncée expressément.

Enfin, voyons une dernière distinction importante. Celle-ci a trait au rôle confié par le législateur au curateur public³³⁸. Si le mandat de protection était un régime de protection privé, les dispositions relatives à la surveillance des tutelles et des curatelles par le curateur public devraient trouver application ce qui, actuellement, n'est pas le cas³³⁹. Le champ d'intervention du curateur public en matière de mandat de protection est restreint. Dans tous les cas de demande d'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant ou d'ouverture de régime de protection, le curateur public est notifié des

³³⁷ É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 448, p. 391 et n°457, p. 396.

³³⁸ *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 13, 22, 27 et 54 ; *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 470.

³³⁹ Il y a également la question de la possibilité, dans les faits, pour le Curateur public d'assumer ce rôle. ; *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 22 et 27 ; *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 473 ; FRANÇOIS DUPIN, «La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérable ?», (2009) 111 *R. du N.* 243, 246.

procédures³⁴⁰. Il peut, si l'intérêt de la personne visée le justifie, intervenir à ces procédures³⁴¹. Une fois le mandat donné par le mandant en prévision de son inaptitude exécutoire, le curateur public voit son rôle notablement réduit par rapport à celui qui lui échoie en matière de régimes de protection. Pour ces derniers, le curateur public joue un rôle plus actif, notamment en ce qui a trait à la représentation de la personne visée et à la surveillance pouvant être exercée sur le représentant³⁴². Il est également appelé à recevoir les comptes annuels de gestion³⁴³. Ce suivi lui permet d'intervenir dès qu'il constate des irrégularités qui mettent en cause la protection du majeur³⁴⁴. Cependant, ni le tribunal ni le mandant ne peuvent imposer au mandataire de rendre compte annuellement au curateur public et celui-ci ne peut pas être contraint de recevoir ces redditions³⁴⁵. Conséquemment, n'ayant aucun moyen autonome pour déceler une quelconque irrégularité lorsque le mandat de protection est exécutoire, le curateur public intervient que si un tiers fait un signalement et qu'il estime que l'intérêt du mandant l'exige³⁴⁶. Le curateur public n'assumera la protection du mandant que dans le cadre d'une procédure de révocation du mandat, et ce, si le tribunal l'ordonne³⁴⁷. Ce rôle restreint du curateur public dans le cadre du mandat de protection peut s'expliquer aisément. D'une part, cette façon de faire permet que les choix du mandat soient respectés et, d'autre part, assure un rôle accru des familles ou de l'entourage du mandant qui doivent veiller à sa protection³⁴⁸.

³⁴⁰ C.p.c., art. 877.0.1, 877.0.2 et 884.1 al. 2 ; *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 13.

³⁴¹ *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 13.

³⁴² *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 12 et 21 ; C.c.Q., art. 261 *in fine* ; *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 469 ; F. ALLARD, préc., note 109, à la page 52 ; F. DUPIN, préc., note 92, à la page 6.

³⁴³ C.c.Q., art. 246 al. 1 et 249 al. 1 ; *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 20 al. 2.

³⁴⁴ *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 22 ; G. GUAY, préc., note 222, p. 21 et 50 ; A.-M. LACHAPPELLE, préc., note 230, à la page 3.

³⁴⁵ *M.A. c. P.M.*, préc., note 152, par. 80 ; *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 473.

³⁴⁶ *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 22 ; *M.A. c. P.M.*, préc., note 152, par. 84 ; La question se pose ici de savoir comment, en l'absence de mesure de surveillance des actes du mandataire imposée par le mandant, un tiers pourrait être au fait de la situation et en aviser le curateur public. Suivant notre raisonnement des prochaines pages, certaines mesures de surveillance, à défaut d'être exclues par le mandant, s'imposent de plein droit.

³⁴⁷ *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 22 al. 2 ; *J.A. c. G.L.*, préc., note 217, par. 12.

³⁴⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 48.

Nous exposerons maintenant les distinctions faites par le *Code civil du Québec* entre une personne incapable et une personne inapte. La première est une situation qui découle d'une prévision législative alors que la seconde n'est que factuelle, donc sans qu'un régime juridique propre y soit attaché.

2.1.2 Incapacité et inaptitude

Il y a controverse à savoir si l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant rend le mandant incapable de l'exercice de ses droits civils ou si elle ne fait que constater son inaptitude de fait³⁴⁹. Pourtant, suivant l'article 154 du *Code civil du Québec*, seuls «un texte de loi ou un jugement *prononçant l'ouverture d'un régime de protection* peu[ven]t restreindre la capacité d'une personne majeure»³⁵⁰. Par ailleurs, le rôle du tribunal aux termes d'une procédure d'homologation n'est que de constater l'inaptitude du mandant et de rendre son mandat exécutoire dans le respect des formalités procédurales.³⁵¹ Ce choix du législateur peut très bien s'expliquer. En l'absence de critères de proportionnalité dans les conditions de l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude et en raison des effets d'une telle homologation, la décision du tribunal en cette matière ne peut emporter la déchéance de la capacité d'exercice du mandant.

L'inaptitude ne prive pas, de façon automatique, une personne de l'exercice de ses droits civils. Toutefois, la personne inapte n'est pas, en tout ou en partie, en mesure de consentir. Par le fait même, elle ne peut gérer ses affaires ou veiller au bien-être de sa personne. Elle a, par conséquent, besoin pour sa protection d'être représentée. Mais, est-ce

³⁴⁹ K. DÉSILETS, préc., note 21, 315 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 753, p. 661 ; B. LEFEBVRE, préc., note 93, à la page 85 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1034, p. 500 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 112, p. 234.

³⁵⁰ Nos italiques.

³⁵¹ C.c.Q., art. 2166 al. 2.

à dire que cette personne est incapable de prendre toute décision juridique? Pas nécessairement. D'ailleurs, il est intéressant de noter que contrairement aux régimes de protection³⁵², le législateur n'a pas prévu une nullité relative générale des actes conclus après le jugement d'homologation³⁵³. La validité de chacun des actes conclus devra donc être évaluée au cas par cas en fonction des dispositions du *Code civil du Québec* relatives à la validité du consentement. Cette interprétation permet la sauvegarde de l'autonomie résiduelle du mandant et la sécurité des transactions. De plus, elle s'inscrit dans le cadre général du contenu du mandat. En somme, faire du mandat de protection un régime de protection conventionnel revient à confondre l'incapacité liée à l'état de la personne et l'inaptitude liée aux qualités du consentement³⁵⁴. Il n'y a pas, en l'espèce, d'incapacité générale.

Mais, dans cette dernière hypothèse, puisque le mandant est capable au sens juridique³⁵⁵, pourquoi ne peut-il pas révoquer son mandat avant que le tribunal constate son aptitude³⁵⁶? Aux termes de l'article 2172 du *Code civil du Québec*, s'il constate que le mandant est redevenu apte, le tribunal prononce la cessation des effets du mandat. Ainsi, le mandant ne peut agir de son propre chef pour révoquer son mandat de protection. Il s'agit en quelque sorte de la seule véritable incapacité prévue par le législateur. À notre avis, cela s'explique pour deux raisons. D'une part, une décision judiciaire ayant été nécessaire pour donner effet au mandat, afin de s'assurer de ne pas retirer indûment au mandant une protection dont il peut avoir besoin, le même procédé doit être suivi pour faire cesser les effets du mandat de protection. Le législateur protège ainsi la personne contre son inaptitude à se protéger. On peut aussi mentionner que, vraisemblablement, la demande en vertu de l'article 2172 du *Code civil du Québec* peut être présentée par le mandant lui-

³⁵² C.c.Q., art. 283, 287 (et 161 à 163) et 294.

³⁵³ B. LEFEBVRE, préc., note 93, à la page 89.

³⁵⁴ C.c.Q., art. 1398 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 112.1, p. 240.

³⁵⁵ Donc, que sa capacité n'est pas restreinte conformément aux prescriptions de l'article 154 du *Code civil du Québec*.

³⁵⁶ B. LEFEBVRE, préc., note 93, aux pages 85 et 86.

même. Si tel est le cas, il serait illogique de soutenir que le mandant aurait été déclaré incapable en amont³⁵⁷. D'autre part, puisque le curateur public tient un registre des mandats homologués³⁵⁸ et doit donc être informé lorsque le mandant redevient apte, permettre au mandant, même apte, de laisser perdurer une telle inscription risquerait d'engendrer de l'instabilité et de l'incertitude.

Maintenant que nous avons exposé les différences entre le mandat de protection et les régimes de protection, nous verrons qu'en des situations ciblées le législateur impose d'avoir recours à certaines règles du chapitre des régimes de protection du majeur. Ces situations ont pour objet d'assurer la protection du mandant inapte lorsque son mandat n'y pourvoit pas adéquatement³⁵⁹ ou de permettre l'interprétation dudit mandat³⁶⁰.

2.1.3 Recours aux régimes de protection pour des situations ciblées

La première référence aux régimes de protection, plus précisément aux règles de la tutelle au majeur, se trouve à l'article 2168 du *Code civil du Québec*. Le législateur nous invite, sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir un régime de protection, à nous référer à ces règles lorsque la portée du mandat de protection est douteuse³⁶¹. La seconde référence concerne l'ouverture d'un régime de protection pour compléter un mandat qui ne permet pas d'assurer pleinement la protection du mandant³⁶². Nous verrons, dans un premier

³⁵⁷ À cet égard voir : É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 771, p. 673, qui énonce expressément que le mandant peut présenter une telle demande au tribunal. Cette opinion est en pleine contradiction avec leur long plaidoyer selon lequel la personne perd sa capacité d'exercice lors de l'homologation du mandat (n° 753, p. 661).

³⁵⁸ *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 54 al. 1.

³⁵⁹ C.c.Q., art. 2169.

³⁶⁰ C.c.Q., art. 2168.

³⁶¹ C.c.Q., art. 2168.

³⁶² C.c.Q., art. 2169.

temps, ce que le législateur nous enseigne en regard des situations où un régime de protection peut être instauré à titre de complément au mandat et reviendrons par la suite sur les cas où la procuration nécessite interprétation.

Un régime de protection peut être établi pour compléter le mandat de protection si ce dernier «ne permet pas d'assurer pleinement les soins de la personne ou l'administration de ses biens»³⁶³. L'emploi d'une telle mesure nous semble cependant limité à quelques cas d'espèce visant la gestion des affaires du mandant. Toutefois, le législateur ayant pris soin d'énoncer cette disposition, voyons dans quel cas elle est susceptible d'être invoquée. Pour ce faire, nous débuterons par un exposé *a contrario*, soit celui d'une situation où tel procédé n'est pas nécessaire. En matière de consentement aux soins, les règles prévues par le législateur quant au consentement substitué sont suffisamment explicites pour répondre aux besoins de la personne et rendent inutile l'ouverture d'un régime de protection dans ce seul but³⁶⁴. De plus, lorsque l'urgence de la situation le requiert, ces règles de consentement sont celles qui, étant bien acquises dans le milieu médical, serviront aux intervenants³⁶⁵.

D'aucun qualifie d'incomplètes les dispositions législatives relatives au mandat donné en prévision de l'inaptitude puisqu'elles ne traitent pas directement de la sauvegarde de l'autonomie du mandant et qu'elles ne permettent pas d'adapter le contenu de la procuration à son degré d'inaptitude³⁶⁶. L'article 2169 du *Code civil du Québec* pourrait donc, dans cette optique, compléter en toutes circonstances les articles gouvernant le mandat de protection. Avec respect pour l'opinion contraire, il nous semble nécessaire de

³⁶³ C.c.Q., art. 2169 al. 1.

³⁶⁴ C.c.Q., art. 11 et suiv. ; GÉRARD GUAY, «Questions pratiques concernant le mandat donné dans l'éventualité de l'inaptitude et les régimes de protection aux majeurs inaptes», (1990) 2 *C.P. du N.* 133, n° 118, p. 188.

³⁶⁵ DANIELLE CHALIFOUX, «Les obstacles à la mise en oeuvre des directives de fin de vie en milieu institutionnel» dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude: une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 19, à la page 33.

³⁶⁶ F. DUPIN, préc., note 92, aux pages 5 et 8.

rappeler que l'article 2169 du *Code civil du Québec* vise les situations où l'acte contenant les volontés du mandant serait incomplet pour répondre à ses besoins. Il n'a pas la prétention de pallier le fait que les dispositions législatives instituant tel mandat peuvent sembler incomplètes en regard de la préservation de l'autonomie du mandant. Il n'est pas du dessein de l'article 2169 du *Code civil du Québec* de combler les possibles lacunes laissées par le législateur. Le fait que le *Code civil du Québec* ne traite pas spécifiquement de la sauvegarde de l'autonomie du mandant ou encore de la modulation des pouvoirs qu'il peut accorder tient, selon nous, au fondement qui distingue le mandat de protection des régimes de protection. Nous sommes d'opinion que le contenu obligationnel de cette institution est susceptible d'aplanir ces irritants. Ainsi, l'utilisation des prévisions de l'article 2169 du *Code civil du Québec* semble limitée à la gestion des affaires du mandant, et ce, uniquement lorsque la situation ne peut être redressée par l'obtention d'autorisations en application du second alinéa de l'article 2168 du *Code civil du Québec*.

Lorsque la procuration, sans nécessairement être incomplète, a une portée douteuse, le second alinéa de l'article 2168 du *Code civil du Québec* permet au mandataire d'obtenir les avis, autorisations ou consentements dont il peut avoir besoin en s'adressant au tribunal ou au curateur public. Ces avis, consentement ou autorisation seraient requis, par exemple, lorsque le mandataire ne dispose que du pouvoir de passer des actes de simple administration mais que la conservation de la valeur d'un bien, le maintien de l'usage auquel il est normalement destiné ou encore le paiement de dettes, nécessite qu'il soit aliéné ou grevé d'une hypothèque³⁶⁷. Advenant que les pouvoirs du mandataire ne soient que ceux de simple administration ou limités à certains pouvoirs spécifiquement énumérés à l'acte, le mécanisme d'obtention d'autorisation, de consentement ou d'avis auprès du curateur public ou du tribunal s'avère nécessaire afin que les intérêts du mandant prévalent. En effet, le respect des intérêts et des attentes légitimes du mandant requiert parfois que le

³⁶⁷ C.c.Q., art. 1305 al. 1.

mandataire soit autorisé à agir nonobstant le silence de la procuration. Une telle intervention trouve son fondement dans le contenu obligationnel du mandat de protection sur lequel nous reviendrons.

La condition première pour invoquer le mécanisme de l'article 2168 du *Code civil du Québec* est que la portée du mandat soit douteuse. D'une part, la portée d'un mandat s'entend tant de son champ d'application que de ses effets³⁶⁸. D'autre part, il y a doute lorsque l'exécution du mandat ou que l'application de l'une de ses dispositions est incertaine ou ambiguë de sorte qu'il y a confusion dans l'esprit du mandataire quant à la conduite qu'il doit adopter³⁶⁹. En tout temps dans le cadre de ses fonctions, le mandataire se doit de concilier les intérêts du mandant, ses attentes légitimes et les pouvoirs dont il dispose en vue de répondre à ces impératifs.

Le dernier élément permettant de cerner le champ d'application de l'article 2168 du *Code civil du Québec*, concerne l'interprétation. Les règles de la tutelle peuvent servir à interpréter le mandat dont la portée est douteuse. Mais qu'est-ce qu'interpréter? L'interprétation, au sens classique, sert à déterminer ou à préciser le sens à donner au mandat ou à l'une de ses dispositions qui serait obscur ou dont la portée serait douteuse ou ambiguë avec la finalité d'en révéler le contenu³⁷⁰. Son objectif est de faire produire au mandat des effets utiles³⁷¹. L'opportunité de ce type d'interprétation est limitée aux situations où il y a une volonté commune décelable chez les cocontractants, soit entre le

³⁶⁸ H. REID, préc., note 137, p. 421.

³⁶⁹ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, préc., note 22, p. 781.

³⁷⁰ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 423, p. 344 ; J. DOMAT, préc., note 1, n° 8, p. 131 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 19 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1489, p. 773 ; LOUISE POUDRIER-LEBEL, «L'interprétation des contrats et la morale judiciaire», (1993) 27 *R.J.T.* 581, 587 ; H. REID, préc., note 137, p. 305 et 306.

³⁷¹ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 423, p. 344 ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 75.

mandant et le mandataire³⁷². L'interprétation, au sens large, vise quant à elle à déterminer le contenu obligationnel d'un contrat, donc à analyser les différentes facettes des obligations auxquelles les parties se sont soumises³⁷³. Elle tend à élaborer une solution juridique appropriée compte tenu des besoins, des intérêts à satisfaire et des attentes légitimes³⁷⁴.

Ainsi, dire que le mandataire interprète le mandat dont la portée est douteuse suivant les règles de la tutelle au majeur n'emporte pas, de façon automatique, l'application de ces dernières au mandat de protection. Ces règles servent plutôt de références ou de guides quant à la conduite que doit adopter le mandataire lorsque les stipulations du mandat sur la foi duquel il agit ne sont pas limpides et, également, au tribunal appelé à se prononcer sur la conduite de ce représentant.

Dans la prochaine section, nous tenterons de faire la démonstration suivante : la qualification du mandat de protection en tant qu'institution contractuelle permet d'atteindre ses finalités. Par ce type de contrat, le législateur offre à chacun l'opportunité d'exercer une certaine emprise sur son avenir³⁷⁵. Cet énoncé vient rejoindre les commentaires du Ministre de la Justice en regard des visées du mandat de protection dont nous avons fait état plus avant, notamment responsabiliser le mandant quant à sa protection advenant son inaptitude. L'outil qu'est le contrat permet également à chacun, dans le respect de l'ordre public, d'exercer sa liberté et d'adapter les règles du droit objectif aux particularités de sa situation³⁷⁶. En ce sens, le mandat de protection permet de consigner le profil des valeurs

³⁷² J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 76 ; PIERRE LEGRAND JR., «L'obligation implicite contractuelle: aspects de la fabrication du contrat par le juge», (1991) 22 *R.D.U.S.* 109, 129.

³⁷³ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 19 ; L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 370, 587.

³⁷⁴ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 19 ; L. POUDRIER-LEBEL, préc., note 370, 587.

³⁷⁵ B. LEFEBVRE, préc., note 29, à la page 56.

³⁷⁶ *Id.*, à la page 55.

du mandant et, le cas échéant, d'imposer au mandataire des devoirs corrélatifs³⁷⁷. Ainsi, à notre avis, le droit positif et le contenu obligationnel applicable en la matière permettent de protéger adéquatement le mandant, de veiller à ses intérêts et d'assurer que ses attentes légitimes sont satisfaites, le tout dans le respect de ses droits fondamentaux.

2.2 Droit positif

Domat énonçait qu'il y a trois sortes d'engagements dans les conventions³⁷⁸. Certains engagements sont exprimés par les parties. D'autres sont les suites naturelles du contrat conclu par les contractants. Ces derniers emportent une présomption selon laquelle chaque contractant a consenti, sauf disposition contraire, à tout ce qui est essentiel à l'accomplissement de l'accord intervenu³⁷⁹. Enfin, certains engagements sont imposés par la loi ou la coutume. Le professeur Crépeau énonçait quant à lui, dès 1965, deux sources d'obligations contractuelles, celles résultant de la «volonté déclarée» des parties, puis celles qui s'infèrent de la nature de la convention, de l'équité, des usages ou de la loi³⁸⁰. Cette énumération est d'ailleurs celle que l'on trouve aujourd'hui à l'article 1434 du *Code civil du Québec*. Cette *summa divisio* regroupe, en un seul ensemble, les deuxième et troisième sources d'engagements énoncées par Domat. Pour mieux saisir ce que ces sources d'obligations impliquent dans le cas précis du mandat de protection, nous verrons en premier lieu les dispositions législatives régissant celui-ci pour ensuite traiter des engagements qui l'accompagnent naturellement³⁸¹.

³⁷⁷ B. LEFEBVRE, préc., note 93, à la page 94.

³⁷⁸ J. DOMAT, préc., note 1, n° 1, p. 134.

³⁷⁹ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 450, p. 367.

³⁸⁰ P.-A. CRÉPEAU, «Le contenu obligationnel d'un contrat», (1965) XLIII *R. du B. Can.* 1, 5.

³⁸¹ *Id.*, 6.

Tout lien contractuel est fondé, parce que le droit positif le prévoit et dans la mesure où il le prévoit, sur le concept d'autonomie de la volonté³⁸². Le droit objectif a également pour rôle de déterminer le contenu et les effets d'un contrat librement consenti lorsque les parties sont restées muettes sur certains droits ou devoirs qui découlent de leur relation³⁸³. C'est donc par le droit objectif que le législateur exerce son pouvoir d'intervention dans les rapports de nature privée en tentant d'harmoniser les relations entre individus, notamment en «compens[ant les] inégalité[s afin d']atteindre un idéal de justice égalitaire.»³⁸⁴

De par les sanctions qu'il prévoit en cas d'inexécution de ses devoirs par l'une des parties, le droit positif accorde au contrat sa force obligatoire³⁸⁵. À titre de contrat, le mandat de protection permet au mandant d'imposer certains devoirs à son mandataire. Par conséquent, si ce dernier adopte un comportement allant à l'encontre des volontés et des intérêts déclarés du mandant³⁸⁶, il risque d'être sanctionné alors que le même comportement pourrait ne pas être pas fautif suivant un régime de protection.³⁸⁷ À cet égard, il est possible d'affirmer que la qualification contractuelle favorise l'utilité du mandat de protection³⁸⁸. De plus, le mandat s'avère être un outil de prévision permettant au mandant d'exprimer son autonomie, notamment en lui permettant de structurer ses rapports avec son représentant³⁸⁹. L'utilité d'un contrat s'entend de sa mission sociale³⁹⁰. En l'espèce, l'utilité du mandat donné en prévision de l'inaptitude est de responsabiliser chaque citoyen à se prendre à charge et, par la même occasion, à lui offrir un moyen d'exprimer sa liberté et son autonomie. Il permet également un allègement du fardeau

³⁸² J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 66, p. 94 ; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 63.

³⁸³ M. CUMYN, préc., note 263, n° 187, p. 136.

³⁸⁴ G. GOLDSTEIN et N. MESTIRI, préc., note 26, à la page 314.

³⁸⁵ M. CUMYN, préc., note 263, n° 173, p. 127 ; H. KELSEN, préc., note 262, n° 2, à la page 36.

³⁸⁶ C.c.Q., art. 2138.

³⁸⁷ *Infra*, section 2.3.2 sur les problématiques de contrôle des actes du mandataire et, le cas échéant, de la mise en œuvre d'un recours contre le mandataire.

³⁸⁸ M. CUMYN, préc., note 263, n° 178, p. 132.

³⁸⁹ *Id.*, n° 227, p. 161.

³⁹⁰ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 16.

financier de l'État puisque le rôle du curateur public est restreint en comparaison à celui qu'il est appelé à jouer en matière de régimes de protection.

Nous soulèverons d'abord les dispositions susceptibles d'influencer la mise en œuvre du mandat de protection. À cet égard, nous traiterons en premier lieu des dispositions d'ordre public qui, nécessairement, jouent un rôle quant à la détermination des obligations de toutes parties à une telle convention. Celles-ci émanent de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, du *Code civil du Québec* ou d'autres lois particulières. Dans le cadre de la présente étude toutefois nous nous limiterons aux deux premiers textes législatifs. Par la suite, nous verrons les dispositions du *Code civil du Québec* qui, à défaut de stipulation contraire à la procuration, régissent les rapports entre le mandant et le mandataire. Enfin, nous expliciterons l'étendue que devrait avoir, selon nous, le contenu implicite du mandat de protection et nous avancerons une proposition sur l'orientation que devrait prendre l'interprète appelé à se pencher sur l'exécution de telle espèce de mandat.

2.2.1 Dispositions d'ordre public

Le *Code civil du Québec* et la *Charte des droits et libertés de la personne* posent le principe que toute personne possède, de sa naissance à sa mort, la personnalité juridique³⁹¹. Celle-ci s'entend du potentiel de chaque être humain à être détenteur d'un patrimoine³⁹² composé de droits et de devoirs. Comme corollaire, il est de l'essence de chaque être humain d'être capable de jouir des droits dont il dispose. La capacité juridique résulte de la

³⁹¹ C.c.Q., art. 1 ; *Charte des droits et liberté de la personne*, art. 1 al. 2 ; *Tremblay c. Daigle*, préc., note 24, 560 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 108, p. 228.

³⁹² C.c.Q., art. 2 al. 1.

réunion des capacités de jouissance et d'exercice³⁹³. La première représente la vocation de chacun à être titulaire de droits, alors que la seconde réfère à la mise en œuvre par chaque individu des droits dont il est titulaire³⁹⁴. L'absence ou la privation complète de la capacité de jouissance des droits civils d'un individu revient à nier sa personnalité juridique, ou autrement dit sa qualité de sujet de droit³⁹⁵. Les articles 1 et 4 du *Code civil du Québec* et la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*³⁹⁶ constituent, à l'exclusion des articles propres aux régimes de protection, le fondement juridique du principe du respect de l'autonomie du mandant en matière d'homologation de mandat³⁹⁷.

Le second alinéa de l'article 4 du *Code civil du Québec* précise que la loi peut aménager des régimes de représentation ou d'assistance. Ainsi, l'exercice des droits civils peut être le fruit de leur titulaire ou encore de son représentant³⁹⁸. De prime abord, tels régimes réfèrent aux régimes de protection que sont la tutelle, la curatelle et le conseiller au majeur ou encore la tutelle au mineur³⁹⁹. Toutefois, force est de constater que le mandat entre conjoints⁴⁰⁰, l'administration du bien d'autrui⁴⁰¹ et le mandat de protection⁴⁰² sont également des régimes de représentation. Les premiers sont établis par le législateur alors que le dernier requiert l'expression de la volonté du mandant. En conséquence, le fait pour une personne d'accorder d'un mandat en prévision de son inaptitude est une façon pour elle d'exercer ses droits civils.

³⁹³ M. OUELLETTE, préc., note 76, à la page 90.

³⁹⁴ C.c.Q., art. 1 et 4 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 36 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 108, p. 229.

³⁹⁵ É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 72, p. 71 ; MAXIME LAMOTHE, *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les Chartes*, coll. «Minerve», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 27 ; M. OUELLETTE, préc., note 76, aux pages 16 et 90 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 108, p. 229.

³⁹⁶ Notamment les articles 1, 4, 5, 9.1 et 48.

³⁹⁷ K. DÉSILETS, préc., note 21, 300.

³⁹⁸ M. OUELLETTE, préc., note 76, à la page 18.

³⁹⁹ C.c.Q., art. 158 et 258 al. 1.

⁴⁰⁰ C.c.Q., art. 444.

⁴⁰¹ C.c.Q., art. 1299.

⁴⁰² C.c.Q., art. 2131.

L'adoption des dispositions relatives au mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant s'est inscrite dans un courant de société qui tendait vers une plus grande reconnaissance des droits fondamentaux de chaque individu. Tout d'abord, le Québec a, en 1975, adopté la *Charte des droits et libertés de la personne* dont le préambule établit clairement la primauté de l'être humain et l'importance de la protéger. Puis, en 1982, c'est au Parlement fédéral d'adopter la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces textes, quasi-constitutionnel et constitutionnel, élèvent certains droits et libertés, parce qu'inhérents à la qualité d'être humain, au rang de droits et libertés fondamentaux. Cette reconnaissance s'est traduite, entre autres, par une protection accrue de la personne et de ses droits. L'adoption des Chartes démontre le souci des législateurs tant fédéral que provincial, qui eux reflètent les valeurs véhiculées par notre société, d'assurer le respect de la personne sous toutes ses formes. La seconde ayant vocation à régir les relations entre l'État et les individus, nous nous concentrerons sur la première qui, elle, vise les relations de nature privée. L'adoption des Projets de loi 20 et 145 s'est inscrite dans ce courant et les dispositions propres au mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant tendent à faire reconnaître le droit de chacun d'assurer sa propre protection advenant son inaptitude.

Le mandant confie l'exercice de certains de ses droits civils, par le biais de l'exercice de son droit à la liberté⁴⁰³, à un tiers en qui il a confiance. Tel comportement, pour être justifiable, doit être fait dans «le respect de la dignité humaine et de l'ordre public.»⁴⁰⁴ «Les tribunaux ont établi que le droit à la liberté protège une sphère d'autonomie personnelle garantissant à toute personne la possibilité de prendre les décisions qui sont importantes et fondamentales pour sa vie.»⁴⁰⁵ Le choix de la personne du

⁴⁰³ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 1.

⁴⁰⁴ M. LAMOTHE, préc., note 395, p. 58.

⁴⁰⁵ *Id.* ; Voir également : *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 ; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, préc., note 24.

mandataire entre très certainement dans la catégorie des décisions qui sont d'une importance fondamentale pour le mandant. Les conseils juridiques appropriés se révèlent ici d'une grande importance afin que l'exercice par le mandant de son droit à la liberté soit fait de façon éclairée.

Voyons maintenant les dispositions d'ordre public pouvant être invoquées eu égard aux obligations que le mandat de protection fait naître entre les parties et, particulièrement, les devoirs qu'elles imposent au mandataire. Les droits de la personnalité⁴⁰⁶, tels les droits à la dignité⁴⁰⁷ et à la vie privée⁴⁰⁸, sont des droits extrapatrimoniaux fondamentaux⁴⁰⁹. Ils participent de la nature de tout être humain⁴¹⁰. À ce titre, ils sont intransmissibles, incessibles, insaisissables et imprescriptibles⁴¹¹. Ils sont intrinsèquement liés à la personne, laquelle ne peut s'en départir et sont protégés, donc ne peuvent faire impunément l'objet d'une atteinte par autrui⁴¹².

Le droit à la vie privée comporte différentes facettes. Une de celles-ci est le droit de chacun de choisir une personne pour le représenter advenant que ses facultés ne lui permettent plus de répondre adéquatement à ses besoins. Elle s'inscrit dans la lignée de ce que la Cour suprême du Canada a qualifié de «sphère d'autonomie personnelle où se forment des choix intrinsèquement privés.»⁴¹³ Le mandat de protection est l'un des véhicules juridiques développés par le législateur pour satisfaire ce droit. Il permet au mandant de garder une partie de sa vie privée, c'est-à-dire se soustraire tant au regard du

⁴⁰⁶ C.c.Q., art. 3.

⁴⁰⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 4.

⁴⁰⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 5.

⁴⁰⁹ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 2, p. 2.

⁴¹⁰ F. DUPIN, préc., note 22, p. 3.

⁴¹¹ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 129 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 83, p. 83.

⁴¹² *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 9.1 ; C.c.Q., art. 8 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 129 ; F. DUPIN, préc., note 117, à la page 28 ; M. LAMOTHE, préc., note 395, p. 28.

⁴¹³ *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, préc., note 24, par. 66 et 97.

curateur public qu'à celui des proches appelés à former l'assemblée de parents, d'alliés et d'amis ou à être membres du conseil de tutelle en matière de régime de protection.⁴¹⁴ Quant au droit à la dignité, il incite au respect de la personne et à l'estime de soi qu'elle peut avoir et au respect de son intégrité physique et psychologique⁴¹⁵. L'expression de ce droit passe notamment par une prise en main personnelle⁴¹⁶. Pour être effective, une telle prise en main doit être respectée par autrui.

La reconnaissance du respect de l'autonomie, en tant que moyen au service de la justice et de l'utilité sociale, peut être vue comme l'une des formes que prend l'expression des droits à la dignité⁴¹⁷, à la liberté⁴¹⁸ et à la vie privée⁴¹⁹. Permettre à une personne de participer aux décisions qui la concernent et lui accorder la possibilité d'énoncer ses choix et de défendre ses intérêts doit indéniablement s'accompagner, pour avoir un sens, de la reconnaissance et du respect de cesdits choix. Ainsi, la reconnaissance juridique des choix qu'une personne majeure et apte exprime librement donne un sens au concept de droits fondamentaux⁴²⁰. Le législateur, par la possibilité qu'il offre à chacun de choisir à la fois l'identité de son représentant et l'étendue des pouvoirs dont il pourra disposer, encourage chaque citoyen à se prendre en charge. Le tribunal ne peut pas, par la suite de tel exercice par une personne, lui retirer ce privilège en fonction de critères qui certes sont présentés comme des mesures de protection édictées au bénéfice de majeurs vulnérables mais qui relèvent de fondements juridiques autres, soit ceux prônant la proportionnalité des régimes

⁴¹⁴ C.c.Q., art. 266 (et 222 et suiv.) ; *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 20 et 21 ; *B. (A.) c. B. (J.)*, préc., note 218, par. 19.

⁴¹⁵ *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, préc., note 24, 211 ; *Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 530 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Venne*, 2010 QCTDP 9, par. 146.

⁴¹⁶ *Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, préc., note 415, 530 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Venne*, préc., note 415, par. 146.

⁴¹⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 4.

⁴¹⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 1.

⁴¹⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 5.

⁴²⁰ É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 98, p. 102 ; DONALD POIRIER, «La protection juridique des personnes âgées ou handicapées et la *Charte canadienne des droits et libertés*», (1991) 23 *Revue de droit d'Ottawa* 553, 567.

de protection au degré d'inaptitude du majeur visé. La position contraire risque d'engendrer incohérence et incertitude.

Le respect des droits de la personne et de son autonomie passe par le respect de ses volontés. Diverses préoccupations incitent un individu à accorder un mandat en prévision de son inaptitude. La personne peut désirer prévoir ce qui adviendra de sa personne et de ses biens ou vouloir éviter à ses proches la procédure d'ouverture d'un régime de protection et l'ingérence du curateur public qu'il suppose⁴²¹. Assimiler le mandat de protection aux régimes de protection et y appliquer les dispositions de ces derniers revient à nier le droit de chacun de s'autodéterminer.

Par ailleurs, lorsqu'une personne n'est plus autonome, c'est alors son intérêt qui doit dicter les décisions prises à son égard⁴²². L'intérêt dont il est question doit être envisagé dans la perspective de ce majeur et non dans celui d'une personne apte et jouissant de toutes ses facultés⁴²³. Bien qu'on ne puisse confier uniquement à la personne le soin de déterminer ce qui porte atteinte à sa dignité, il est important d'évaluer chaque cas au mérite, mais toujours avec la même grille d'analyse⁴²⁴. En conséquence et puisque la préséance du mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant sur l'ouverture d'un régime de protection est maintenant reconnue⁴²⁵, nous croyons que cette grille, objective, découle notamment des principes généraux énoncés à la *Charte des droits et libertés de la*

⁴²¹ L. LAFLAMME, préc., note 76, 117.

⁴²² F. DUPIN, préc., note 22, p. 7 ; F. DUPIN, préc., note 92, à la page 14.

⁴²³ MARC-ANDRÉ DOWD, «L'exploitation des personnes âgées ou handicapées - Où tracer les limites de l'intervention de l'État ?» *Pouvoirs publics et protection (2003)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2003DEV321, p. 13.

⁴²⁴ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 81 ; M. LAMOTHE, préc., note 395, p. 26 et 27.

⁴²⁵ *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 472 ; *B. (A.) c. B. (J.)*, préc., note 218, par. 14 ; *N. (J.) c. N. (M.H.)*, préc., note 152, par. 104 ; *M.D. c. Ma. V.*, EYB 2005-90609, par. 55 (C.S.) ; *G.D. c. R.D.*, préc., note 156, par. 51 ; *P.L. c. N. G.P.*, préc., note 221, par. 20.

personne. Selon nous, ceux-ci imposent au mandataire d'exercer les pouvoirs qui lui sont consentis en conformité avec cesdits principes, c'est-à-dire en respectant les droits fondamentaux du mandant inapte⁴²⁶. Cet énoncé implique que le mandataire doit, dans l'exercice de ses pouvoirs, favoriser le respect de la dignité et de la liberté du mandant. Comme corollaire, le mandant conserve donc la faculté de jouir de son aptitude résiduelle⁴²⁷, notamment par la participation aux décisions qui le concernent, et ce, sans nécessité d'une disposition expresse à cet effet.

L'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* est la disposition centrale de la grille d'analyse que nous proposons. Il énonce ce qui suit :

«Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation.

Telle personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu.»

Cet article est de droit substantif⁴²⁸. À cet égard, il doit recevoir une interprétation large et libérale, donc il est susceptible d'influencer les obligations du mandataire à un mandat de protection⁴²⁹. Cette disposition comporte «un engagement de l'État à mettre en place des mécanismes et des recours visant à assurer le respect du droit à la protection.»⁴³⁰ L'adoption du Projet de loi 145 et, plus particulièrement, des dispositions relatives au mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant s'inscrit dans cette optique. Soulignons également que la Cour d'appel déduit de cette disposition l'intensification de

⁴²⁶ *J.A. c. G.L.*, préc., note 217, par. 100.

⁴²⁷ J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n°108, p. 230.

⁴²⁸ *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 961, par. 23 (C.A.); *Christiaenssens c. Rigault*, 2006 QCCA 853, par. 51 (C.A.); *Commission des droits de la personne c. Bradette Gauthier*, 2010 QCTDP 10, par. 83 et 103.

⁴²⁹ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Venne*, préc., note 415, par. 27.

⁴³⁰ M.-A. DOWD, préc., note 423, p. 4.

l'«obligation citoyenne de prudence et de diligence» envers les personnes d'un «âge avancé»⁴³¹.

Précisons que la jurisprudence relative à l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne* n'est pas abondante et que les décisions rendues concernent principalement les cas d'exploitation d'une personne âgée et donc réfèrent au premier alinéa. Toutefois, notre prochaine proposition a pour fondement le second alinéa de cet article 48. Celui-ci énonce le principe du respect de l'autonomie de la personne et de ses droits par le biais de sa protection et sa sécurité physique, morale et matérielle⁴³². Les «droits à la protection et à la sécurité de l'article 48 al. 2 se définissent en fonction des droits fondamentaux que sont la liberté (3), la dignité et l'honneur (4) et la vie privée (5).»⁴³³ D'une part, cette disposition peut, selon nous, légitimement être invoquée pour fonder la «malléabilité» du mandat de protection suivant le degré d'inaptitude du mandant. D'autre part, le mandataire, s'il ne fait pas partie de la famille du mandant, pourra certainement, à notre avis, être inclus dans la catégorie des «personnes qui en tiennent lieu», et ce, en raison du caractère *intuitu personae* du mandat de protection et de la nature de l'institution. C'est pourquoi nous soutenons que cet alinéa devrait servir de grille d'analyse dans l'appréciation de l'exercice des pouvoirs du mandataire, lequel aurait l'obligation légale d'assurer la protection et la sécurité du mandant⁴³⁴.

Un mandat de protection peut être homologué pour une personne qui ne serait pas âgée, au sens généralement entendu, par exemple à la suite d'un accident ou d'une maladie

⁴³¹ *Christiaenssens c. Rigault*, préc., note 428, par. 52 et 72.

⁴³² *Commission de la protection des droits de la personne du Québec c. Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447, 1472 (T.D.P.Q.) ; JENNIFER STODDART, «L'exploitation au sens de l'article 48 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec» dans *Développements récents en droit de la famille (1995)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 1995, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB1995DEV1096, p. 3.

⁴³³ JENNIFER STODDART, préc., note 432, à la page 3.

⁴³⁴ C.c.Q., art. 2131 ; Telle protection ne peut être assurée s'il est démontré que le mandataire outrepassé ou abuse de ses pouvoirs.

qui l'empêche pour un temps de veiller sur elle-même et sur ces affaires. Suivant la définition donnée par le tribunal au concept de «personne âgée», celui-ci est susceptible d'englober toute personne dans le besoin. Il a été statué qu'il faut attribuer à ces termes un sens large puisque la «détérioration des capacités intellectuelles p[eu]t survenir beaucoup plus tôt ou plus tard.»⁴³⁵ Le concept de «personne âgée» est intrinsèquement lié à la vulnérabilité de l'individu et s'inscrit dans un rapport de dépendance économique, physique, affective et psychologique⁴³⁶. Ainsi, il semble que la définition de personne âgée ratisse un grand éventail de situations. Par ailleurs, si le mandant ne pouvait être qualifié de personne âgée, il pourrait fort probablement être qualifié de personne handicapée et, à ce titre, bénéficier de la protection prévue à l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. En effet, le concept de «handicap», tel qu'entendu à l'article 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, met en présence trois éléments. Il doit y avoir une affectation physique ou mentale qui soit ou non accompagnée de limitations fonctionnelles et en raison de laquelle la personne qui en est atteinte est l'objet de perceptions sociales qui la désavantagent⁴³⁷. De plus, afin d'atteindre les objectifs de la Charte et de pouvoir s'adapter aux différentes situations qui le requièrent, la définition de «handicap» doit être souple⁴³⁸.

En terminant, soulignons que l'ordre public s'oppose à ce qu'une clause introduite dans un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant puisse exclure l'ouverture

⁴³⁵ *Commission de la protection des droits de la personne du Québec c. Brzozowski*, préc., note 432, 1470 ; JENNIFER STODDART, préc., note 432, p. 4.

⁴³⁶ *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, préc., note 428, par. 80 à 82 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gagné*, [2003] R.J.Q. 647, par. 90 (T.D.P.Q.) ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Venne*, préc., note 415, par. 112.

⁴³⁷ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville de)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 72 ; CHRISTIAN BRUNELLE, «Les droits et libertés dans le contexte civil» dans *Droit public et administratif*, Collection de droit 2010-2011, École du Barreau du Québec, vol. 7, 2010, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2010CDD166, à la page 33.

⁴³⁸ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville de)*, préc., note 437, par. 76.

d'un régime de protection advenant l'incapacité du mandant, et ce, tant pour sa sécurité que pour assurer la pérennité de ses relations avec les tiers⁴³⁹. On ne peut en effet renoncer à être protégé. Ce serait en quelque sorte renoncer à sa qualité d'être humain, sujet de droit⁴⁴⁰. Il est primordial qu'un mécanisme subsidiaire, à défaut de volonté déclarée suivant les formes prévues par la loi, puisse être mis en place pour assurer la protection d'un majeur vulnérable et celle de son patrimoine. Toutefois, sans mettre de côté l'ouverture d'un régime de protection comme mesure de protection accessoire, il est important de donner préséance aux volontés exprimées par le mandant⁴⁴¹. Ainsi, le mandat étant l'expression de la volonté de son auteur, son homologation doit être préférée à l'ouverture d'un régime de protection⁴⁴². De plus, différentes dispositions du *Code civil du Québec* sont susceptibles d'être invoquées afin d'assurer que l'institution respecte les intérêts et les attentes légitimes du mandant.

2.2.2 Dispositions du *Code civil du Québec*

Afin de garantir la validité de l'acte et d'assurer le respect de la personne du mandant, des règles de forme et de fond doivent être observées tant lors de la rédaction du mandat donné en prévision de l'incapacité que lors de son homologation. En raison du contexte particulier dans lequel s'exécute le mandat de protection, le législateur a, en sus des règles applicables aux mandats en général, édicté des dispositions propres à cette institution⁴⁴³. Ces règles visent à assurer la protection du mandant, mais également la

⁴³⁹ D. GARDNER, préc., note 115, 113.

⁴⁴⁰ La renonciation ne serait possible que dans la mesure où elle répondrait à un intérêt légitime. Voir à cet effet : M. LAMOTHE, préc., note 395, p. 27.

⁴⁴¹ C.D. et F.D., 2010 QCCS 1907, par. 17.

⁴⁴² *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 472 ; *B. (A.) c. B. (J.)*, préc., note 218, par. 14 ; *N. (J.) c. N. (M.H.)*, préc., note 152, par. 104 ; *M.D. c. Ma. V.*, préc., note 229, par. 55 ; *G.D. c. R.D.*, préc., note 156, par. 51 ; *P.L. c. N. G.P.*, préc., note 221, par. 20.

⁴⁴³ M. CANTIN CUMYN, préc., note 301, n° 118, p. 96 ; L. LAFLAMME, préc., note 76, 127.

sécurité des échanges de biens et de services. Certaines importent⁴⁴⁴, d'autres écartent⁴⁴⁵ ou encore modifient⁴⁴⁶ les principes énoncés aux articles gouvernant les mandats en général. De plus, le mandat de protection étant une espèce d'administration du bien d'autrui, les articles qui régissent cette dernière sont, à défaut de règle spécifique ou dérogatoire, susceptibles d'être invoqués.

L'objet du présent mémoire étant, une fois la qualification contractuelle posée, de mettre au jour les moyens susceptibles d'assurer la protection du mandant, nous nous arrêterons aux devoirs légaux imposés au mandataire. Nous verrons qu'en raison de l'inaptitude du mandant, le droit applicable à l'institution doit être analysé à travers le prisme des intérêts d'une personne inapte. Nous discuterons en premier lieu des dispositions qui nous semblent lacunaires, pour ensuite tenter de dégager les principes qui doivent encadrer la conduite de tout mandataire exerçant les pouvoirs qui lui sont confiés aux termes d'un mandat de protection.

Le mandataire est, suivant le second alinéa de l'article 2159 du *Code civil du Québec*, tenu de divulguer à son cocontractant que le mandant au nom duquel il agit est placé sous régime de protection, et ce, sous peine d'engager sa responsabilité. Malheureusement, il semble que le nombre de situations où cette prévision ait vocation à s'appliquer soit limité. Tout d'abord, il y a le cas où le mandataire agirait pendant l'instance en ouverture d'un régime de protection⁴⁴⁷. Ensuite, il y a l'hypothèse où un régime de protection serait établi pour compléter un mandat de protection⁴⁴⁸. Cependant, nous croyons que pareil devoir devrait, afin d'assurer la protection du mandant mais également celle des tiers, être imposé également à tout mandataire agissant sur la foi d'un mandat de protection.

⁴⁴⁴ Notamment : C.c.Q., art. 2171.

⁴⁴⁵ Notamment : C.c.Q., art. 2174.

⁴⁴⁶ Notamment : C.c.Q., art. 2166 al. 1 et 2167.

⁴⁴⁷ C.c.Q., art. 273 al. 1.

⁴⁴⁸ C.c.Q., art. 2169.

Le patrimoine du mandant en situation de vulnérabilité serait donc mieux protégé, tout comme l'est actuellement celui du majeur sous tutelle ou curatelle ou disposant d'un conseiller. De plus, ce devoir s'accomplirait au bénéfice de toutes les parties. En effet, connaissant l'état du mandant, le tiers contractant pourrait prendre les moyens qu'il estime appropriés en vue de s'assurer de la suffisance des pouvoirs du mandataire⁴⁴⁹. Toutefois, dans la situation actuelle, lorsque le mandant est le sujet d'un régime de protection, lui-même et les tiers sont mieux protégés que s'il avait un mandat permettant d'assurer pleinement sa protection et sa représentation. En effet, dans ce dernier cas, le présent article 2159 du *Code civil du Québec* ne contraint pas le mandataire à divulguer l'état du mandant inapte.

D'autres dispositions mettent également le mandataire dans une position ambiguë. L'article 2171 du *Code civil du Québec* se trouve aux règles particulières au mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant. Sauf stipulation contraire à la procuration, le mandataire est autorisé à exécuter à son profit les obligations du mandant prévues aux articles 2150 à 2152 et 2154 du *Code civil du Québec*. Cette prévision est nécessaire en raison de l'impossibilité pour le mandant d'accomplir seul certains devoirs auxquels il est tenu envers son mandataire. Ces dispositions visent le remboursement des débours effectués par le mandataire dans l'exécution de ses fonctions, son indemnisation ou encore son exonération. La faculté accordée au mandataire d'accomplir pour lui-même les obligations du mandant prévues aux articles 2150, 2151, 2152 alinéa 1 et 2154 du *Code civil du Québec* est justifiée dans la mesure où sans celle-ci, il serait illusoire de s'attendre à ce qu'une personne accepte le rôle de mandataire sachant que son patrimoine pourrait, même en l'absence de faute, être affecté. L'ouverture d'un régime de protection serait alors favorisée au détriment de l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude.

⁴⁴⁹ C. FABIEN, préc., note 10, à la page 944.

Toutefois, l'article 2152 prévoit que

«[l]e mandant est tenu de décharger le mandataire des obligations [qu'il] a contractées envers les tiers dans les limites [de son] mandat. Il n'est pas tenu envers le mandataire pour l'acte qui excède les limites du mandat[, sauf] s'il ratifie cet acte ou si le mandataire, au moment où il agit, ignorait la fin du mandat.»

Lorsque le mandant est inapte, autoriser le mandataire à ratifier sans avis ou autorisation des actes qui excèdent les limites de son mandat nous paraît contraire aux intérêts et aux attentes du mandant. Il s'agit d'une situation où l'application de dispositions gouvernant les mandats en général engendre une apparence de conflit d'intérêts alors que le second alinéa de l'article 2138 du *Code civil du Québec* impose au mandataire d'éviter de se placer dans une telle position. Cependant, vu la contradiction entre ces dispositions et puisque le devoir énoncé à l'article 2138 du *Code civil du Québec* est d'ordre public, nous sommes d'avis que le mandataire ne pourrait invoquer le second alinéa de l'article 2152 du *Code civil du Québec* pour ratifier des actes qu'il sait contraires à la procuration qui lui a été accordée.

Une autre disposition nous semble problématique. Il s'agit de l'article 2147 du *Code civil du Québec*. Ce dernier énonce que «le mandataire ne peut se porter partie, même par personne interposée, à un acte qu'il a accepté de conclure pour son mandant, à moins que celui-ci ne l'autorise, ou ne connaisse sa qualité de cocontractant. Seul le mandant peut se prévaloir de la nullité résultant de la violation de cette règle.» En situation d'incapacité, c'est par l'intermédiaire de son mandataire que le mandant pourra se prévaloir de la protection que lui offre cet article. En cette hypothèse, les intérêts du mandant et ceux du mandataire se trouvent, sans aucun doute, en conflit⁴⁵⁰. Cependant, en raison du devoir

⁴⁵⁰ C.c.Q., art. 2138.

implicite du mandataire de produire des redditions de compte annuelles⁴⁵¹, la personne appelée à les recevoir pourra, si besoin est, intervenir pour assurer la protection des intérêts du mandant⁴⁵². Si, par ailleurs, le mandant a exclu expressément la production de telles redditions, les chances sont plutôt minces qu'une personne intéressée soulève une problématique dans la gestion faite par le mandataire et, le cas échéant, demande au tribunal de révoquer le mandat suivant l'article 2177 du *Code civil du Québec*.

Le mandataire est tenu, en tout temps, de se conformer aux prescriptions de l'article 2138 du *Code civil du Québec*. Celles-ci lui dictent d'agir avec prudence, diligence, honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant. Dans le cadre d'un mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant, ces devoirs s'imposent au mandataire, en raison de la position de vulnérabilité du mandant, avec encore plus d'acuité⁴⁵³. Ils servent également au tribunal dans l'appréciation du comportement du mandataire. Ces devoirs sont appelés à fluctuer suivant les connaissances et les compétences du représenté. Conséquemment, en raison de la vulnérabilité du mandant inapte, leur intensité ne peut être qu'accrue⁴⁵⁴.

L'exercice de manière prudente et diligente⁴⁵⁵ par le mandataire, des pouvoirs qui lui sont confiés, est une obligation de moyens. Elle dicte au mandataire de se conduire avec l'habileté d'une personne raisonnable, c'est-à-dire d'une manière attentive et appliquée telle que le ferait une personne qui réfléchit à la portée et aux conséquences de ses actes, qui prend ses dispositions pour éviter des erreurs et qui s'abstient de tout ce qu'elle croit

⁴⁵¹ C.c.Q., art. 1351 et suiv.

⁴⁵² Par exemple, par le dépôt d'une plainte auprès de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

⁴⁵³ *Christiaenssens c. Rigault*, préc., note 428, par. 52.

⁴⁵⁴ À titre d'illustration, le mandant est justifié de s'attendre à ce que le mandataire respecte sa dignité. Voir au sujet des attentes du créancier : JEAN CARBONNIER, «Introduction» dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Paris, P.U.F., 1986, à la page 35.

⁴⁵⁵ C.c.Q., art. 2138 al. 1.

pouvoir être source de dommages⁴⁵⁶. Ainsi, à moins d'indication contraire, la diligence et la prudence attendues du mandataire s'apprécient en regard du comportement d'une personne raisonnable placée dans la même situation, donc selon un critère objectif (*in abstracto*) et non suivant un critère subjectif (*in concreto*)⁴⁵⁷.

Nous avons maintenant énoncé les principes contenus au *Code civil du Québec* en matière de mandat et avons commenté leur application au mandat de protection. Nous avons également précisé les normes de comportement auxquelles le mandataire est tenu de se soumettre. En sus des énoncés exprès, le mandat de protection comporte, à l'instar de tout contrat, un contenu implicite que nous tenterons d'explicitier.

2.2.3 Contenu implicite

Quels sont les devoirs qui, en vue de permettre au mandat de protection d'atteindre sa finalité, s'imposent au mandataire sans qu'il soit nécessaire que tels devoirs fassent l'objet d'une prévision en termes exprès ? Rappelons que les

«principes généraux [du droit] sont un peu comme en suspension dans le *Code civil du Québec*. [Ils] ont été dégagés à partir d'applications particulières sans être énoncés comme tel par le législateur. [La] disposition préliminaire du Code actuel donne une légitimité accrue au recours aux principes généraux, en précisant que "le Code est constitué d'un ensemble de règles qui [...] établit, en termes exprès ou de

⁴⁵⁶ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 229 et 230 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 105, p. 44 ; *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, préc., note 22, p. 740 et 2060.

⁴⁵⁷ *Christiaenssens c. Rigault*, préc., note 428, par. 52 ; P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 230.

façon implicite, le droit commun”.)⁴⁵⁸

En matière de droit des obligations, c’est l’article 1434 du *Code civil du Québec* qui prévoit qu’outre les énoncés formels, la nature d’un contrat teinte l’interprétation des dispositions qui y sont édictées en termes exprès⁴⁵⁹.

Le contrat étant le fruit de l’expression de la volonté des contractants, il est le premier outil susceptible d’influencer l’interprétation des droits et devoirs sur lesquels les parties se sont entendues⁴⁶⁰. D’une part, l’article 1425 du *Code civil du Québec* édicte une règle d’interprétation des contrats à l’effet que la volonté interne doit prévaloir sur la lettre du contrat⁴⁶¹. D’autre part, le contenu implicite d’un contrat permet, suivant la nature de la convention, les usages ou encore l’équité, donc suivant des références extérieures à la volonté des parties⁴⁶², d’imposer aux contractants certains devoirs qui sans être expressément stipulés, découlent nécessairement du lien contractuel engendré⁴⁶³. Cette sphère normative assujettit le mandataire à des devoirs implicites qui peuvent être qualifiés de naturels ou encore d’essentiels⁴⁶⁴. Ces derniers sont ceux qui participent de l’essence du contrat de mandat de protection⁴⁶⁵.

En somme, la recherche du contenu implicite ne s’attarde pas aux lacunes de la lettre du contrat. La découverte de ce contenu implicite vise plutôt à combler une lacune de

⁴⁵⁸ DIDIER LLUELLES, *L’engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit civil*, 12^e Conférence Albert-Mayrand, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 58.

⁴⁵⁹ J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 27, n° 424, p. 347.

⁴⁶⁰ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 196 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1424, p. 731.

⁴⁶¹ B. LEFEBVRE, préc., note 29, à la page 54.

⁴⁶² J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 58.

⁴⁶³ C.c.Q., art. 1434 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1487, p. 771.

⁴⁶⁴ En raison de leur manifestation expresse de la part des parties, nous ne traiterons pas en l’espèce des devoirs qualifiés d’accidentels, c’est-à-dire ceux qui font parties du contenu d’un contrat parce que les parties l’ont voulu. Par ailleurs, voir à cet effet : P.-A. CRÉPEAU, préc., note 380, 7.

⁴⁶⁵ *Id.*, 6.

l'esprit du contrat⁴⁶⁶. Nous tenterons donc de dégager le contenu implicite du mandat de protection afin de démontrer que ce dernier devrait être suffisant pour protéger le mandant sans qu'il soit nécessaire de recourir, de manière supplétive, aux dispositions du *Code civil du Québec* sur les régimes de protection.

En premier lieu, nous traiterons succinctement des devoirs de loyauté et de bonne foi. En second lieu, nous aborderons de façon simultanée les devoirs naturels et les devoirs essentiels du mandataire en les regroupant en tant qu'obligations implicites à tout mandat de protection.

2.2.3.1 Devoirs de bonne foi et de loyauté

Le mandataire doit agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant et il doit éviter de se placer en situation de conflit d'intérêts⁴⁶⁷. Ces énoncés généraux teintent tous les actes que pose le mandataire. En effet, son comportement doit être le reflet de ces devoirs généraux. Afin de s'y conformer, le mandataire honnête et loyal se conforme aux principes de la probité, du devoir et de la vertu⁴⁶⁸. Il se conduit avec droiture⁴⁶⁹. L'existence, le contenu et l'intensité de ces devoirs sont tributaires des pouvoirs conférés au mandataire, de la confiance que le mandant a placée en lui et de la nature particulière de leur relation⁴⁷⁰. Ainsi, l'inaptitude du mandant ne peut qu'inciter au respect du plus haut degré d'intensité de ces devoirs de la part du mandataire⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 196 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1490, p. 774.

⁴⁶⁷ C.c.Q., art. 2138 al. 2 ; N. A. BLAIS, préc., note 124, aux pages 56 et 58 ; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 145, aux pages 610 et 611.

⁴⁶⁸ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, préc., note 22, p. 1245.

⁴⁶⁹ P.-A. CRÉPEAU, préc., note 9, p. 230.

⁴⁷⁰ *Id.*

⁴⁷¹ *Christiaenssens c. Rigault*, préc., note 428, par. 52 et 72.

L'exigence générale d'agir de bonne foi⁴⁷² commande au mandataire d'adopter un comportement transparent⁴⁷³. Elle se traduit par une obligation positive de loyauté et d'honnêteté⁴⁷⁴. Elle vise à ajouter aux devoirs prévus à l'article 2138 du *Code civil du Québec* en contraignant le mandataire, en raison des particularités de la situation du mandant et de l'évolution – ou régression – de ce dernier, à considérer à la fois l'aptitude résiduelle, l'intérêt et les attentes légitimes de ce dernier. Elle se traduit également par le devoir général de coopération présent dans toutes relations contractuelles⁴⁷⁵. Celui-ci requiert, de manière générale, «un comportement altruiste minimum qui doit épouser les attentes légitimes de son partenaire.»⁴⁷⁶ Transposé dans le contexte particulier du mandat de protection, l'exigence positive d'agir de bonne foi faite au mandataire et, spécialement, son aspect devoir de coopération, impose à ce dernier de fournir au mandant, suivant ses facultés, toute l'information pertinente en regard de sa situation. À titre d'illustration, ce devoir général conjugué aux dispositions relatives au mandat ordinaire, met à la charge du mandataire de fournir, au bénéficiaire du mandat tant que celui-ci conserve un certain degré d'aptitude, tous les renseignements pertinents quant à la gestion de son patrimoine et aux décisions qui sont prises à son égard⁴⁷⁷.

De plus, à défaut de disposition spécifique au chapitre du mandat du *Code civil du Québec* ou à la procuration, celles édictées au chapitre de l'administration du bien d'autrui ont vocation à régir les actes posés par le mandataire en regard des affaires du mandant⁴⁷⁸. En effet, toute personne chargée d'administrer un bien ou un patrimoine autre que le sien

⁴⁷² C.c.Q., art. 1375.

⁴⁷³ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 5, p. 10.

⁴⁷⁴ *Id.*

⁴⁷⁵ C.c.Q., art. 6 et 1375 ; D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1998, p. 1085.

⁴⁷⁶ DENIS MAZEAUD, note sous Civ. 1re, 11 juin 1996, *Rép. Defrénois*, 1996.1007, 1010, par. 98. Voir également : D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 20, n° 1997, p. 1084.

⁴⁷⁷ C.c.Q., art. 2139 al. 1.

⁴⁷⁸ É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 755, p. 663 et 664.

assume la charge d'administrateur du bien d'autrui⁴⁷⁹. À ce titre, le mandataire doit, dans l'exercice de ses fonctions, respecter les obligations que la loi et l'acte constitutif, le cas échéant, lui imposent et agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés⁴⁸⁰. Ainsi, l'application des prescriptions en matière d'administration du bien d'autrui dicte au mandataire, représentant du mandant, de produire des redditions de compte annuelles à défaut de disposition contraire dans la procuration⁴⁸¹. En plus de participer à la transparence du comportement du mandataire, ce devoir s'impose en raison du silence des articles du *Code civil du Québec* propre au mandat de protection et au mandat ordinaire. Telle production répond également au devoir général d'agir de bonne foi et, plus spécifiquement, à ces aspects devoir de coopération et d'information du mandataire à l'égard du mandant, et ce, dans le respect des facultés résiduelles de ce dernier⁴⁸². L'intensité de tel devoir sera nécessairement tributaire du degré d'aptitude du mandant⁴⁸³.

La prochaine section se rapporte aux obligations qui sont soit essentielles ou naturelles à l'atteinte de la finalité du mandat de protection. Nous présenterons ce qui, selon nous, participe du contenu obligationnel implicite du mandat de protection et qui, nonobstant le silence du législateur ou du mandant et à défaut d'exclusion expresse, fait nécessairement partie des devoirs de tout mandataire. En plus de ce que spécifiquement édicté par les parties, ou du moins par le mandant, les dispositions d'ordre public, celles du *Code civil du Québec* régissant le contrat de mandat et l'administration du bien d'autrui et l'interprétation du contenu du mandat, la nature de celui-ci et les attentes légitimes du mandant sont autant d'éléments susceptibles de façonner les devoirs du mandataire dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont confiés.

⁴⁷⁹ C.c.Q., art. 1299, 2130 et 2131.

⁴⁸⁰ C.c.Q., art. 1308 al. 1.

⁴⁸¹ C.c.Q. art. 1351.

⁴⁸² C.c.Q., art. 2139 al. 1 ; P. CIMON, préc., note 230, à la page 7 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 667, p. 576 ; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 145, à la page 611.

⁴⁸³ Le mandant pourrait, dans le mandat qu'il donne en prévision de son inaptitude, nommer une personne appelée à recevoir telles informations lorsque son inaptitude ne lui permettra plus de les recevoir lui-même. Cette personne pourrait, par exemple, être le mandataire remplaçant.

2.2.3.2 Les obligations essentielles et naturelles⁴⁸⁴

Nous avons traité, au précédent chapitre, de l'interaction entre droit, capacité et pouvoir. Appliquée au mandat objet des présentes, cette interaction crée, à notre avis, des obligations essentielles et naturelles qui devraient répondre aux principales préoccupations soulevées par les tenants de la nature hybride du mandat de protection. Nous avons identifié celles-ci comme relevant de la possibilité d'inadéquation entre les pouvoirs accordés au mandataire et le degré d'inaptitude du mandant au moment où la demande d'homologation est présentée.

En regard de cette inadéquation, soulignons que la règle de proportionnalité, en matière d'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude, est confrontée à deux courants. L'un favorise le respect de l'autonomie résiduelle et l'autre privilégie le droit à l'autodétermination⁴⁸⁵. Malgré les apparences, ces deux visions ne nous semblent pas inconciliables, mais paraissent plutôt représenter deux facettes de la réalité du mandant inapte. Ces facettes influencent nécessairement les devoirs du mandataire, et ce, précisément en fonction de l'aptitude résiduelle du mandant.

Suivant le premier courant, si le mandat donné en prévision de l'inaptitude contient des pouvoirs de pleine administration, donc l'équivalent des pouvoirs confiés au curateur suivant un régime de curatelle, le tribunal ne doit faire droit à la demande que si le mandant

⁴⁸⁴ *Supra*, p. 82 sur la définition de ces obligations. Voir également : P.-A. CRÉPEAU, préc., note 380, 5.

⁴⁸⁵ *L.P. c. F.H.*, préc., note 221, par. 33.

est inapte de façon totale et permanente⁴⁸⁶. Quant aux tenants du second courant, ils soutiennent que le respect de la volonté du mandant, donc de la force obligatoire des conventions, impose d'accueillir une demande d'homologation dès que les critères énoncés aux articles 2166 et 2167 du *Code civil du Québec* sont satisfaits et que rien ne s'oppose à la confirmation du mandataire dans son rôle⁴⁸⁷. Force est de constater qu'une décision allant dans le sens contraire de cette dernière position «vient dénaturer l'essence même de [l']institution» qu'est le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant⁴⁸⁸.

La corrélation entre les pouvoirs contenus à la procuration et le degré d'inaptitude du mandant au moment où la demande d'homologation est présentée ne saurait être une condition *sine qua non* de la recevabilité de telle demande. En effet, le mandataire a toujours le devoir de veiller à la protection du mandant, tel que le ferait une personne raisonnable placée dans la même situation⁴⁸⁹. Ce devoir implique nécessairement de prendre les volontés et les attentes légitimes du mandant en considération et, à la mesure de ses facultés résiduelles, le faire participer à la prise de décisions qui le concernent⁴⁹⁰. Ainsi, même en l'absence de disposition spécifique du législateur à cet effet, les devoirs généraux du mandataire lui imposent d'exercer les pouvoirs qui lui sont attribués dans le meilleur intérêt du mandant⁴⁹¹, donc en fonction du degré d'aptitude résiduelle de ce dernier.

Tenter d'importer le principe de proportionnalité, spécifiquement énoncé au titre des

⁴⁸⁶ C.c.Q., art. 276 ; *L.P. c. F.H.*, préc., note 221, par. 34, 35 et 39 ; F. ALLARD, préc., note 109, à la page 54 ; FRANCE ALLARD, «L'existence de la personne physique» dans *Personnes, famille et successions*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 31, à la page 652 ; É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 765, p. 670 ; F. DUPIN, préc., note 92, à la page 16.

⁴⁸⁷ *Dans l'affaire de P. (L.)*, préc., note 209, par. 20 ; *P.L. c. N. G.P.*, préc., note 221, par. 20 ; K. DÉSILETS, préc., note 21, 303 ; L. LAFLAMME, préc., note 76, 128.

⁴⁸⁸ K. DÉSILETS, préc., note 21, 303.

⁴⁸⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 48.

⁴⁹⁰ *Dans l'affaire de P. (L.)*, préc., note 209, par. 20 ; *F.S. c. L.D.*, 2008 QCCS 5491, par. 24.

⁴⁹¹ C.c.Q., art. 2138 al. 2.

régimes de protection⁴⁹², comme critère déterminant quant à l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant viendrait brimer la liberté de ce dernier. De plus, cette voie risquerait de compromettre la sécurité du mandant en restreignant les chances de succès d'une demande en homologation. Cette situation serait de nature à priver le mandant d'une protection à laquelle il a droit et pour laquelle il a exprimé son consentement. En effet, à moins de pouvoir prévoir le degré d'incapacité dont il sera l'objet, les probabilités militent pour que les prévisions du mandant se révèlent inexacts⁴⁹³. Une telle exigence de corrélation contraindrait le mandataire à attendre que le mandant soit incapable de façon totale et permanente ou que son incapacité soit proportionnelle aux pouvoirs qu'il a consentis avant d'entreprendre les démarches nécessaires à l'homologation alors que l'intérêt du mandant, même partiellement incapable, milite en faveur de la mise en place rapide de mesures de protection à son égard.

Même si les pouvoirs qui y sont énoncés sont ceux de pleine administration et correspondent à ceux accordés à un curateur aux termes d'un régime de curatelle, le mandant partiellement incapable a droit de bénéficier de la protection dont il entendait jouir lorsqu'il a accordé un mandat en prévision de son incapacité. La signification des procédures se fait à personne pour permettre, entre autres, au mandant de s'opposer à la demande d'homologation s'il considère qu'il en va de ses intérêts⁴⁹⁴. Ainsi, à défaut de contestation par le mandant partiellement capable, refuser l'homologation revient à nier tant l'utilité de cette espèce de mandat que l'autonomie résiduelle du mandant.

L'objectif poursuivi par l'obligation imposée au tribunal d'établir un régime de

⁴⁹² C.c.Q., art. 268.

⁴⁹³ Imposer la rédaction de plusieurs actes ne semble pas être une solution appropriée, ne serait-ce que de par le risque de contradictions possibles entre ceux-ci. De plus, en raison de l'absence de procédure de réévaluation de l'état du mandant incapable, aucun mécanisme n'est prévu pour faire homologuer différents mandats au profit d'un même mandant.

⁴⁹⁴ C.p.c., art. 884.1 al. 2 ; *Dans l'affaire de P. (L.)*, préc., note 209, par. 20 et 23 ; *F.H. c. L.P.*, préc., note 114, par. 158 ; N. A. BLAIS, préc., note 124, à la page 62 ; B. LEFEBVRE, préc., note 93, à la page 84.

protection proportionnel au degré d'inaptitude du majeur est la préservation de son autonomie résiduelle. Cette mesure permet à la personne visée de participer à la vie juridique à la mesure de ses facultés⁴⁹⁵. En matière de mandat de protection, cet objectif est atteint par le respect du contenu obligationnel de l'institution. La reconnaissance de l'autonomie d'une personne passe, en l'espèce, par le respect de ses choix. Ainsi, importer la règle de proportionnalité de l'article 257 du *Code civil du Québec* pour en faire une condition de l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant, viendrait occulter l'opportunité d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude⁴⁹⁶.

D'une part, les conditions de l'homologation d'un mandat donné par le mandant en prévision de son inaptitude sont clairement énoncées à l'article 2166 du *Code civil du Québec*. Il ne saurait être question d'en ajouter au risque de mettre en péril l'utilité de cette institution⁴⁹⁷. Le législateur n'a ni précisé ni laissé entendre que la recevabilité d'une demande est tributaire de la proportionnalité entre l'inaptitude de la personne visée et les pouvoirs contenus à l'acte, comme c'est le cas suivant l'article 268 du *Code civil du Québec* en matière d'ouverture de régimes de protection⁴⁹⁸. Plutôt que de dénoncer cette absence de mention comme un oubli ou une lacune, il est possible de respecter la logique du législateur en considérant, comme nous l'avons précédemment mentionné, toutes les obligations qui incombent au mandataire. Citons, parmi ces obligations, celles de voir à la protection et au respect des intérêts et des attentes légitimes du mandant. Ces dernières ne peuvent qu'inclure la collaboration entre le mandataire et le mandant en vue de favoriser la dignité et l'expression de l'autonomie résiduelle de ce dernier. Il revient au mandataire, dans l'exécution de sa charge, de s'assurer du respect des droits du mandant, notamment en

⁴⁹⁵ É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 20, n° 673, p. 581.

⁴⁹⁶ MICHEL BEAUCHAMP, «Commentaire sur la décision P. (L.) Re. - L'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant lorsque ce dernier n'est pas inapte de façon totale et permanente» dans *Repères*, Avril 2005, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2005REP339, à la page 2 ; M. BEAUCHAMP, préc., note 76, 350 ; K. DÉSILETS, préc., note 21, 303.

⁴⁹⁷ *A et C*, 2007 QCCS 124, par. 24 (C.S.).

⁴⁹⁸ N. A. BLAIS, préc., note 124, à la page 61.

lui permettant de participer aux décisions qui le concernent, et ce, suivant l'évolution de son état⁴⁹⁹. Le mandataire qui se conforme à ses prescriptions encourage à la fois le respect de la personne du mandant et la sauvegarde de son autonomie. Il n'apparaît donc pas justifié que ce droit soit nié au mandant par le tribunal qui refuserait d'homologuer le mandat pour la simple raison d'absence de proportionnalité.

D'autre part, aucune disposition n'impose au tribunal, lorsqu'il a à déterminer si la demande qui lui est présentée doit ou non être accueillie, de tenir compte des principes énoncés aux articles 257 et 259 du *Code civil du Québec*. Ces principes se traduisent par l'obligation faite au tribunal d'ouvrir le régime le plus approprié en fonction des besoins de la personne inapte⁵⁰⁰. Quant à l'homologation, elle ne permet au tribunal ni de contrôler le contenu de la procuration ni de se prononcer sur le choix du mandataire, sauf preuve que ce dernier ne peut s'acquitter de sa tâche⁵⁰¹.

Le législateur impose également, en matière de régimes de protection⁵⁰², la réévaluation de la tutelle tous les trois ans et de la curatelle tous les cinq ans, à moins que le tribunal ne fixe un délai plus court. Ces révisions périodiques assurent le respect des intérêts et de l'autonomie résiduelle du majeur protégé et participent de ses droits à l'information et d'être entendu⁵⁰³. Toutefois, aucune obligation de faire réviser l'état du mandant n'est imposée par le législateur. Il serait donc illusoire, même si le mandant prévoyant avait pris la peine de signer plusieurs mandats avec une gradation des pouvoirs, de demander que les pouvoirs contenus au mandat soient proportionnels à l'inaptitude, le degré de celle-ci n'étant pas évalué périodiquement. C'est plutôt l'exercice des pouvoirs accordés au mandataire qui doit être modulé en fonction des besoins et des intérêts du

⁴⁹⁹ *Charte des droits et libertés de la personne*, art. 48 ; C.c.Q., art. 2138 al. 2.

⁵⁰⁰ C.c.Q., art. 288 ; M. OUELLETTE, préc., note 76, à la page 70.

⁵⁰¹ C.c.Q., art. 2177.

⁵⁰² C.c.Q., art. 278.

⁵⁰³ C.c.Q., art. 257, 259 et 278 ; M. BEAUCHAMP, préc., note 15, à la page 15.

mandant.

Ainsi, la protection du mandant et le respect de sa dignité, en plus d'être protégés par la *Charte des droits et libertés de la personne*⁵⁰⁴, s'imposent au mandataire qui doit veiller à son meilleur intérêt⁵⁰⁵ et à satisfaire ses attentes légitimes. Appréhender le mandat de protection, alors que le mandant n'est pas inapte de façon totale et permanente, comme le privant de son autonomie résiduelle⁵⁰⁶ témoigne, selon nous, d'une vision étroite du contenu obligationnel de l'institution et des principes qui doivent guider les actes du mandataire. Nous croyons au contraire que la relation privilégiée entre le mandant inapte et son mandataire⁵⁰⁷ permet une grande flexibilité, laquelle est incontestablement à l'avantage du mandant. Le choix d'un mandataire n'est pas fortuit. Il résulte de diverses considérations notamment quant aux qualités de la personne du mandataire, mais également quant aux liens qui l'unissent au mandant.

Par ailleurs, rappelons que le mandataire dont les pouvoirs découlent d'un mandat de protection a la capacité de lier le mandant alors même que ce dernier est inapte. L'étendue de ces pouvoirs et le contexte dans lequel ils s'exercent justifient l'imposition du devoir d'agir dans l'intérêt exclusif du mandant⁵⁰⁸. Cet intérêt comprend notamment le respect de sa dignité, donc tenir compte de ses facultés résiduelles. La finalité du mandat de protection est, comme son nom l'indique, d'assurer la protection tant matérielle que physique ou psychologique du mandant. À cet égard, l'institution doit nécessairement être envisagée sous l'angle des intérêts et des attentes légitimes de son auteur. Les devoirs du mandataire sont en conséquence teintés par ces intérêts et ces attentes et la volonté qu'il

⁵⁰⁴ art. 4 et 48.

⁵⁰⁵ C.c.Q., art. 2138 al. 2.

⁵⁰⁶ *F.S. c. L.D.*, préc., note 490, par. 30 ; B. LEFEBVRE, préc., note 93, à la page 94.

⁵⁰⁷ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 145, n° 978, à la page 601.

⁵⁰⁸ *Christiaenssens c. Rigault*, préc., note 428, par. 52 et 72 ; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 152.

manifeste doit en être le reflet⁵⁰⁹. En effet, le mandataire «est établi pour prendre soin de l'intérêt et procurer l'avantage de celui qui l'a proposé.»⁵¹⁰ Telles sont les obligations essentielles et naturelles qui découlent de tout du mandat de protection. Elles démontrent qu'il n'est aucunement nécessaire de confondre mandat de protection et régimes de protection.

Une fois ceci exposé, nous constatons que les limites de l'institution qu'est le mandat de protection sont flexibles et permettent de répondre aux intérêts et aux attentes du mandant. Cependant, nous croyons que comme pour plusieurs choses, il y a place à amélioration. C'est pourquoi nous tenterons maintenant d'avancer certaines pistes de réflexion.

2.3 Pour un plus grand encadrement législatif du contrat de mandat de protection

Malgré l'existence d'obligations implicites, nous croyons tout de même à l'importance d'un contenu explicite clair pour le mandat de protection afin que chacune des parties soit protégée le plus adéquatement possible. De plus, en s'assurant que le mandant comprenne bien l'impact de ses choix, on permet, à notre avis, un plus grand respect de son autonomie. C'est ce dont nous traiterons dans les prochaines sections.

⁵⁰⁹ J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, préc., note 30, à la page 997.

⁵¹⁰ J. DOMAT, préc., note 1, p. 353.

2.3.1 Portée du mandat de protection

Afin que les dispositions et l'esprit du mandat de protection reflètent le plus fidèlement possible les volontés exprimées par son auteur, il semble capital que le mandant sache à la fois quelles sont les règles qui s'y appliquent et quelle est la meilleure façon de les utiliser à son profit. Les conseils juridiques appropriés permettent à la procuration consentie de traduire les volontés de son auteur et, le cas échéant, d'adapter l'étendue des pouvoirs accordés. En conséquence et spécialement s'il est de l'intention du mandant de réduire au minimum les mesures de contrôle de l'exercice des pouvoirs accordés à son mandataire, la consultation d'un juriste s'avère, selon nous, indispensable. Nous ajouterons également qu'aux fins de preuve et de conservation, la forme notariée en minute est le support tout indiqué⁵¹¹.

Le premier alinéa de l'article 2135 du *Code civil du Québec* traite de la portée d'un mandat⁵¹². Il énonce que le mandat est spécial pour une affaire particulière ou général pour toutes les affaires du mandant. Le second alinéa de cet article précise que le mandat conçu en termes généraux ne confère que le pouvoir de passer des actes de simple administration⁵¹³. Ainsi, le mandat ordinaire se doit d'être exprès pour tous les actes autres

⁵¹¹ Celle-ci assure la publicité du mandat par l'obligation faite au notaire instrumentant d'inscrire l'acte au registre des mandats donnés en prévision de l'incapacité de la Chambre des notaires du Québec (*Règlement sur les registres des dispositions testamentaires et des mandats donnés en prévision de l'incapacité*, préc., note 187, art. 1). Elle en assure également la conservation puisque tout acte portant minute est conservé dans un greffé (*Loi sur le notariat*, N-3, préc., note 104, art. 10 et 35 al.1).

⁵¹² Il réfère de manière implicite aux règles de l'administration du bien d'autrui. Les articles 1301 à 1305 du *Code civil du Québec* exposent les actes qu'un administrateur du bien d'autrui ayant des pouvoirs de simple administration peut passer alors que les articles 1306 et 1307 énoncent les actes pouvant être accomplis par l'administrateur dont les pouvoirs sont ceux de pleine administration. Voir notamment : C. FABIEN, préc., note 10, à la page 884.

⁵¹³ Il s'agit d'une application particulière de l'article 1431 du *Code civil du Québec* qui prévoit que les clauses d'un contrat, même si elles sont énoncées en termes généraux, comprennent seulement ce sur quoi il paraît que les parties se sont proposées de contracter.

que ceux de simple administration⁵¹⁴. Ces dispositions tendent à faire respecter l'esprit du droit des contrats, à savoir la liberté contractuelle, l'autonomie de la volonté et l'importance du consentement.

Néanmoins, suivant ledit article 2135 du *Code civil du Québec*, le mandant, lorsqu'il accorde un mandat en prévision de son inaptitude, peut confier la pleine administration de son patrimoine à son mandataire par la seule mention à cet effet, sans plus de précision quant aux actes pouvant être ainsi conclus par ce dernier. L'opportunité générale ainsi offerte, de surcroît lorsque les pouvoirs contenus à telle procuration prennent effet à un moment où le mandant est en position de vulnérabilité, est douteuse. En effet, jouissant de toute sa capacité au moment où il consent au mandat, il est loisible pour le mandant de spécifier des pouvoirs plus étendus que ceux de simple administration, s'il les croit nécessaires eu égard à sa situation personnelle et, le cas échéant, de les expliciter. Il s'agit d'une illustration d'une situation où les conseils d'un juriste sont susceptibles de permettre au mandant de saisir toute la portée des pouvoirs qu'il accorde et les effets possibles de ceux-ci lorsqu'ils seront exercés par le mandataire alors que lui-même sera inapte. Nous proposons que la délégation des pouvoirs de pleine administration ne puisse être permise qu'après avoir obtenu les conseils d'un juriste puisque tels pouvoirs peuvent être obscurs pour une personne profane et donc ne pas correspondre à ses volontés réelles, ni être dans son intérêt⁵¹⁵.

De plus, au lieu d'accorder sans distinction des pouvoirs de pleine administration, il serait de bonne pratique de limiter ceux-ci à la simple administration et d'énumérer les pouvoirs requis en fonction de la situation particulière du mandant. La simple

⁵¹⁴ C.c.Q., art. 2135 al. 2.

⁵¹⁵ Nous ajouterons que la meilleure façon de s'assurer que tels conseils ont été obtenus est l'imposition de la forme notariée en minute. Celle-ci assure également la conservation de l'acte et sa publicité. Voir à cet effet : C. FABIEN, préc., note 20, 421.

administration, conjuguée à l'article 2136 du *Code civil du Québec*, confère au mandataire, en plus des pouvoirs énumérés aux articles 1301 à 1305 du *Code civil du Québec*, ceux nécessaires à l'accomplissement de son mandat⁵¹⁶. Par ailleurs, il est toujours possible, si besoin est, d'obtenir des autorisations ponctuelles du curateur public ou du tribunal⁵¹⁷. La faculté de passer des actes de simple administration semble, de manière générale, suffisante pour permettre au mandataire de gérer les biens du mandant, d'assurer sa protection et son bien-être⁵¹⁸. Le mandant qui ne confierait que les pouvoirs de passer des actes de simple administration à son mandataire pourrait également insérer à la procuration, afin d'éviter le recours aux autorisations judiciaires⁵¹⁹, une clause prévoyant que toute autorisation requise suivant le titre septième du *Code civil du Québec* sera obtenu d'une personne qu'il désigne. Cette faculté, surtout lorsque le patrimoine du mandant est important ou que les risques de conflits sont nombreux, permettrait à une personne neutre d'exercer un contrôle sur les actes du mandataire, de la même façon que peut le faire un mandant apte.

2.3.2 Contrôle de l'exercice du pouvoir de représentation

Dans le cadre d'un mandat ordinaire, la surveillance du mandataire est tributaire de la tâche confiée par le mandant et du contrôle que ce dernier peut exercer sur les actes posés par son représentant. Si le mandat entre dans les actes habituellement posés par le

⁵¹⁶ M. CANTIN CUMYN, préc., note 301, n° 210, p. 179 ; À titre d'illustrations, la conservation (C.c.Q., art. 1301) de l'immeuble du mandant implique nécessairement le pouvoir de passer un contrat d'assurance sur tel immeuble et le mandataire qui doit continuer l'utilisation ou l'exploitation de l'entreprise du mandant doit inévitablement avoir les pouvoirs nécessaires pour renouveler les commandes et acquitter le salaire des employés (C.c.Q., art. 1305).

⁵¹⁷ C.c.Q., art. 2168 et C.p.c., art. 885 a) ; Il est important de distinguer les situations où la portée du mandat est douteuse (C.c.Q., art. 2168) de celles où le mandat est incomplet (C.c.Q., art. 2169). Voir à cet effet : *Supra*, section 2.1.3.

⁵¹⁸ C. FABIEN, préc., note 10, à la page 941 : L'étendue des pouvoirs qu'un mandant peut confier au mandataire dans un mandat donné en prévision de l'incapacité pourrait être limité à ceux d'un curateur au majeur.

⁵¹⁹ C.c.Q., art. 2168 al. 2.

mandataire dans le cadre de sa profession ou de ses fonctions, l'intensité du contrôle qu'exerce le mandant sera nécessairement moindre que si la mission est confiée à un proche qui l'accepte de manière altruiste. En conséquence, plus le contrôle du mandant est accru, plus il est facile de conclure à sa responsabilité pour les actes de son mandataire et, possiblement, limiter les chances de succès d'un recours du mandant contre le mandataire sur la base de leurs rapports internes. Cet exposé nous amène à l'interrogation suivante : quelle part de responsabilité repose sur le tiers qui est au courant de la situation de vulnérabilité du mandant, particulièrement en ce qui concerne le devoir de ce tiers de se renseigner sur l'étendue des pouvoirs du mandataire? L'importance de cette question devient évidente lorsque le mandant est inapte et que le mandataire agit en vertu d'un mandat de protection. Étant au fait de l'incapacité du mandant, le tiers informé peut alors prendre toutes les mesures qu'il estime appropriées avant de contracter et peut notamment s'assurer de la suffisance des pouvoirs du mandataire⁵²⁰.

Contrairement à ce qui lui est imposé lorsque le mandant jouit d'un régime de protection⁵²¹, aucune disposition ne contraint le mandataire, à divulguer l'incapacité du mandant⁵²². Pourtant, il s'agit, selon nous, d'un devoir qui devrait être imposé au mandataire en toutes circonstances. Lorsque le mandant est sous régime de protection et que son mandataire omet de le divulguer à son cocontractant, la responsabilité de ce dernier peut être engagée puisque le représenté est alors dans une position vulnérable. À cet égard, nous croyons que le mandant inapte est également dans une position qui milite en faveur de l'imposition de ce devoir à son représentant. En effet, la situation du mandant inapte ne lui permet ni de contrôler ni de surveiller les actes posés par son mandataire⁵²³. De plus, l'ignorance par le tiers de la situation du mandant ne lui donne pas l'opportunité de s'assurer de la suffisance des pouvoirs du mandataire. Ce tiers, dans l'hypothèse où il serait

⁵²⁰ P. CIMON, préc., note 230, à la page 9.

⁵²¹ C.c.Q., art. 2159 al. 2.

⁵²² *Supra*, section 2.2.2.

⁵²³ M. CANTIN CUMYN, préc., note 301, n° 295, p. 250 et 251 ; F. DUPIN, préc., note 92, à la page 8.

poursuivi en raison d'un acte passé avec le mandataire d'un mandant inapte, pourrait invoquer que, ne connaissant pas ou ne pouvant connaître l'état du mandant, il bénéficie des règles applicables aux tiers de bonne foi⁵²⁴. *A contrario*, le tiers qui connaît l'état du mandant par la divulgation faite par le mandataire, ne pourrait invoquer sa bonne foi s'il n'a pris aucune mesure pour s'assurer de la capacité d'agir du mandataire. L'imposition d'un devoir général de divulgation de l'inaptitude aurait l'avantage de jouer à tout moment dès qu'il y a présence d'un mandat, quel qu'il soit.

Nous aborderons maintenant le contrôle des actes posés par le mandataire suivant le moment où il exerce les pouvoirs qui lui ont été consentis⁵²⁵. Tout d'abord, nous traiterons de la surveillance des actes du mandataire dans le cadre de l'article 2167.1 du *Code civil du Québec*. Par la suite, nous verrons l'importance de telle surveillance lorsque le mandat de protection est exécutoire. Nous constatons néanmoins que dans les deux situations, la solution semble passer par l'application des règles subsidiaires énoncées en matière d'administration du bien d'autrui, c'est-à-dire lorsque la procuration et les dispositions relatives au mandat sont muettes quant au contrôle de l'exercice du pouvoir de représentation. En effet,

«[l]es règles du mandat visent à encadrer une situation établie volontairement entre parties ayant la capacité de contracter. [Pour cette raison, e]lles ne comportent pas de mécanisme de contrôle de l'exercice du pouvoir de représentation autre que la faculté du mandant de révoquer le mandat[, ce qu'un mandant inapte ne peut faire de son propre chef]. Le régime de ce contrat n'est pas adapté à la gestion prolongée de biens, surtout lorsque le représenté est [inapte].»⁵²⁶

⁵²⁴ N. A. BLAIS, préc., note 124, à la page 65.

⁵²⁵ G. GUAY, préc., note 364, n° 4, p. 151 ; C. MORIN, préc., note 15, 255.

⁵²⁶ M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 226.

La prévision de l'article 2167.1 du *Code civil du Québec* est une exception au principe selon lequel un mandat, autre que celui donné en prévision de l'inaptitude, n'est valable que lorsque le mandant est apte. Cette disposition permet notamment à un mandat ordinaire de survivre pendant l'instance en homologation ou avant, si celle-ci est imminente. Tolérer une utilisation en dehors du cadre établi à cet article aurait pour conséquence d'accorder une grande latitude au mandataire quant à la présentation d'une demande en homologation et reviendrait à nier l'opportunité de cette institution⁵²⁷. Cependant, le *Code civil du Québec* ne prévoit, dans cet intervalle, aucun mécanisme de contrôle de l'exercice des pouvoirs confiés au mandataire. D'une part, le mandant étant inapte, il ne peut exercer les mesures de contrôle prévues au mandat ordinaire⁵²⁸. D'autre part, même advenant que le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant contienne de telles mesures, celles-ci ne prendront effet qu'à compter du jugement prononçant l'homologation⁵²⁹.

Afin d'assurer la protection de la personne du mandant et de son patrimoine, il a été proposé que pendant l'instance ou avant si celle-ci est imminente, les pouvoirs du mandataire soient limités à ceux de simple administration⁵³⁰. Cette limitation ne semble pas être une contrainte excessive, mais s'avérerait difficilement applicable pour deux raisons. Tout d'abord, dans l'état actuel du droit, il n'y a pas d'exigence de divulgation de l'inaptitude du mandant. Toutefois, à défaut pour le législateur d'imposer tel devoir en termes exprès et advenant un litige qui résulterait de l'omission du mandataire de divulguer l'inaptitude du mandant, le tribunal pourrait tout de même, selon nous, sanctionner le comportement du mandataire. En effet, cette absence de divulgation de l'état du mandant

⁵²⁷ C. FABIEN, préc., note 10, à la page 942.

⁵²⁸ Notamment : C.c.Q., art. 2139 et 2179 al. 3.

⁵²⁹ L. LAFLAMME, préc., note 76, 110 et 111.

⁵³⁰ C. FABIEN, préc., note 116, à la page 135.

pourrait être reprochée au mandataire sur la foi que tel comportement ne correspond pas à celui d'un mandataire agissant de manière honnête et loyale envers le mandant⁵³¹. Ensuite, même si un devoir général de divulgation de l'état du mandant était imposé par le législateur, dans les faits, il y a fort à parier que l'éventuel cocontractant du mandataire préférera attendre que le jugement homologuant le mandat soit rendu.

Cependant, si un tel devoir général de divulgation venait à être imposé et que le mandataire voyait ses pouvoirs restreints à ceux de simple administration en raison de la survenance de l'inaptitude du mandant, il ne serait pas entièrement dépourvu pour poursuivre les actions qu'il a entreprises. En effet, suivant les prescriptions de l'article 2182 du *Code civil du Québec*, il possède les pouvoirs nécessaires pour accomplir «la suite nécessaire de ses actes ou ce qui ne peut être différé sans risque de perte».

Une fois le mandat de protection exécutoire, il faut reconnaître que l'absence de mesures de contrôle peut être, pour des motifs qui lui sont propres, ce que le mandant recherche. Si tel est le cas et afin d'éviter l'application supplétive des dispositions sur l'administration du bien d'autrui, la volonté du mandant devra être énoncée expressément. Telle manifestation de volonté devra alors être respectée parce qu'elle n'est pas contraire à l'ordre public et qu'elle est énoncée au terme d'un acte librement consenti. La preuve que le mandant a reçu, au moment de la signature de la procuration, des explications juridiques à cet égard serait de nature à renforcer la valeur de cette manifestation de volonté.

En effet, certains devoirs s'imposent au mandataire, notamment ceux énoncés au chapitre de l'administration du bien d'autrui qui est le régime d'administration subsidiaire «à moins qu'il ne résulte de la loi, de l'acte constitutif ou des circonstances qu'un autre

⁵³¹ C.c.Q., art. 2138 al. 2 ; M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 231 et 233.

régime d'administration ne soit applicable»⁵³². Ces devoirs participent du respect des intérêts et des attentes légitimes du mandant. À titre d'illustration, examinons le cas de la reddition de compte. En l'absence d'exclusion, tout mandataire a le devoir de produire une reddition de compte annuelle. Cependant, en matière de mandat, à défaut pour le mandant d'exiger du mandataire qu'il produise une reddition de compte à un tiers neutre qu'il désigne, seuls les articles 2169, 2177 et 2184 du *Code civil du Québec* permettent au tribunal d'imposer, dans le cadre y établi, ce devoir au mandataire.⁵³³ Ayant traité précédemment des deux premiers articles cités, seul le dernier fera ici l'objet de commentaires.

L'article 2184 du *Code civil du Québec* prévoit qu'à «la fin du mandat, le mandataire est tenu de rendre compte et de remettre au mandant tout ce qu'il a reçu dans l'exécution de ses fonctions, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant»⁵³⁴. Lorsque la fin du mandat résulte de la constatation, par le tribunal, de l'aptitude du mandant⁵³⁵, il est logique que ce soit le mandant qui reçoive la reddition finale. Toutefois, si l'extinction de l'exercice des pouvoirs résulte du décès du mandant, les devoirs de rendre compte et de remise des biens doivent être accomplis envers le liquidateur de la succession puisque ce dernier exerce la saisine des héritiers et des légataires particuliers⁵³⁶ qui eux sont saisis, dès le décès, du patrimoine du défunt⁵³⁷. Comment le liquidateur peut-il s'assurer de la justesse de la reddition de compte finale si aucune reddition de compte annuelle ne peut être consultée⁵³⁸? Le contenu obligationnel du mandat de protection, à défaut d'exclusion expresse, impose au mandataire, comme pour tout administrateur du bien d'autrui, de

⁵³² C.c.Q., art. 1299.

⁵³³ *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 472.

⁵³⁴ C.c.Q., art. 2184 al. 1.

⁵³⁵ C.c.Q., art. 2172.

⁵³⁶ C.c.Q., art. 777 al. 1.

⁵³⁷ C.c.Q., art. 625 al. 1.

⁵³⁸ C.c.Q., art. 1299 et 1351 ; Mentionnons que même le mandant qui redevient apte bénéficierait de la consultation des redditions de compte annuelles, lesquelles lui permettraient d'évaluer la gestion de son patrimoine qui a été faite pendant son inaptitude.

rendre compte annuellement de sa gestion à l'administré⁵³⁹ ou à un tiers neutre désigné par ce dernier. En effet, les «obligations que reconnaît l'origine de l'administration du bien d'autrui ne sont pas le résultat d'une convention ou autres circonstances externes. Elles découlent de la situation juridique dans laquelle l'administrateur est placé.»⁵⁴⁰

L'obligation de rendre compte à la fin de l'administration⁵⁴¹ a, selon nous, comme corollaire celle de faire en cours d'administration des redditions annuelles au mandant tant que ses facultés lui permettent et, par la suite, à un tiers neutre désigné par le mandant⁵⁴². En effet, la seule reddition finale est inefficace quant à la protection du mandant en cours d'administration. De plus, la production de ces redditions améliore la protection offerte au mandant en assurant qu'une personne neutre puisse mettre en œuvre de l'article 2177 du *Code civil du Québec*, le cas échéant⁵⁴³. Ces redditions sont de nature à faciliter la tâche des personnes intéressées et du curateur public⁵⁴⁴. La reconnaissance de ce devoir permet un certain contrôle de l'exercice des pouvoirs confiés au mandataire⁵⁴⁵. De plus, le compte annuel faisant partie de l'obligation de loyauté de l'administrateur, seul le bénéficiaire de l'administration, donc le mandant, peut l'en décharger⁵⁴⁶. Par ailleurs, en cas de contestation de la gestion du mandataire, ces documents lui permettront de faire montre qu'il a respecté ses obligations et d'établir sa bonne foi dans l'exécution de sa charge.

⁵³⁹ M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 226.

⁵⁴⁰ C.c.Q., art. 1299 ; *Id.*, 223.

⁵⁴¹ C.c.Q., art. 2184.

⁵⁴² L'inventaire est également, selon nous, essentiel à la vérification de l'exactitude de la reddition finale, mais devra quant à lui être exigé expressément par le mandant pour que le mandataire soit tenu de le produire (C.c.Q., art. 1324). Voir à cet effet : G. GUAY, préc., note 364, n° 54, p. 165 ; JEAN LAMBERT, «Le mandat de protection a 17 ans: s'émancipera-t-il bientôt ?», (2007) 109 *R. du N.* 427, 441.

⁵⁴³ M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 233 ; K. DÉSILETS, préc., note 21, 329.

⁵⁴⁴ C.c.Q., art. 2177 ; *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 22 et 27.

⁵⁴⁵ PIERRE BOHÉMIER et GÉRARD GUAY, «L'exploitation des personnes âgées: prévenir pour ne pas être complice», (2005) *C.P. du N.* 121, 186 ; M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 231 ; C. FABIEN, préc., note 125, 273 ; L. LAFLAMME, préc., note 76, 116.

⁵⁴⁶ C.c.Q., art. 1351 et suiv. et 2138 ; P. BOHÉMIER et G. GUAY, préc., note 545, 186 ; M. CANTIN CUMYN, préc., note 9, 231 ; M. CANTIN CUMYN, préc., note 301, n° 308, p. 262 ; C. FABIEN, préc., note 125, 273 ; L. LAFLAMME, préc., note 76, 116.

Ainsi, dans le cas où un mandat de protection est exécutoire au bénéfice d'un mandant totalement inapte, la protection offerte par l'obligation de reddition annuelle n'a de sens que si une personne est nommée pour recevoir ladite reddition⁵⁴⁷. Afin d'éviter qu'un mandat ne contenant pas une pareille nomination ne puisse être homologué et puisqu'il n'est pas de la mission du curateur public de recevoir ces documents, nous proposons que cette lacune soit susceptible d'être comblée par la juridiction du tribunal. Nous croyons en effet qu'en matière de mandat de protection, le tribunal devrait être appelé à jouer un rôle proactif.

Certains sont d'opinion que puisque le *Code civil du Québec* ne permet pas le contrôle de l'exercice des pouvoirs confiés au mandataire, la seule option qui s'offre au tribunal appelé à juger une affaire où les actes du mandataire sont contestés, est la révocation du mandat⁵⁴⁸. D'autres avancent que le juge ne peut modifier la loi ou le contrat valablement formé, à moins d'une disposition expresse l'y autorisant et que l'état actuel du droit interdit au tribunal d'apporter quelques modifications au mandat⁵⁴⁹. Nous croyons au contraire que le contenu obligationnel du mandat de protection, tel que nous l'avons décrit, permet au juge d'intervenir afin d'assurer la justice et l'utilité sociale de l'institution, le tout dans le respect de l'idéologie qui a dominé la réforme de 1989, soit le respect de la personne, de sa dignité et de son autonomie. S'inspirant des obligations sous-jacentes aux règles du mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant, le tribunal doit s'autoriser

⁵⁴⁷ MICHEL BEAUCHAMP, «Les nouvelles compétences attribuées au notaire: commentaires et critique» dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude: une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 53, à la page 67 ; L. LAFLAMME, préc., note 76, 117.

⁵⁴⁸ *Loi sur le curateur public*, préc., note 75, art. 22 et 27 ; *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, préc., note 231, 809 ; *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 473 ; M. BEAUCHAMP, préc., note 76, 345 et 346 ; FRANÇOIS DUPIN, «Contester une décision d'un tuteur, curateur ou mandataire dans l'exercice de sa charge» dans *Obligations et recours contre un curateur, tuteur ou mandataire défailant (2008)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2008, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2008DEV1420, à la page 4 ; B. LEFEBVRE, préc., note 93, à la page 80.

⁵⁴⁹ *M.A. c. P.M.*, préc., note 152, par. 78 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, préc., note 15, n° 285, p. 515 et 516.

à appliquer les principes qui en ont gouverné l'adoption à toutes les situations le requérant⁵⁵⁰. Or, reprenant notre exemple de la reddition de compte, dans l'intérêt du majeur à protéger et dans le respect de ses attentes légitimes, puisque cette reddition fait partie du contenu obligationnel de l'institution, le tribunal doit favoriser les conditions pour que celle-ci puisse être produite. L'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec* devrait notamment fonder une telle intervention pour assurer la protection du mandant et éviter qu'il ne soit victime d'exploitation.

⁵⁵⁰ L. POUQUIER-LEBEL, préc., note 370, 583, 597 et 598.

Conclusion

En toutes circonstances, une personne doit pouvoir exprimer ses volontés et ses opinions. Cette expression, qu'elle ait ou non un impact en matière juridique, notamment lorsque la personne est considérée comme inapte ou déclarée incapable, a sans aucun doute une grande valeur morale. Le fait de prendre en considération les désirs d'un individu contribue à préserver tant sa dignité que son estime de soi. Cependant, il est primordial qu'un représentant soit désigné afin d'assurer la protection d'une personne qui, en raison de l'affaiblissement de ses facultés, ne peut y subvenir seul. La représentation permet également à la personne vulnérable d'être juridiquement active. Par ailleurs, suivant le commentaire d'un auteur, lequel selon nous ne pourrait être plus juste, toute mesure de protection, qu'elle soit légale ou conventionnelle, est attentatoire aux droits et libertés de la personne⁵⁵¹. Conséquemment, la mise en œuvre de mesures de protection doit être faite de manière à garantir au maximum l'autonomie de la personne visée. C'est la raison pour laquelle la distinction fondamentale entre le mandat de protection et les régimes de protection prévus au *Code civil du Québec*, c'est-à-dire le rôle de la volonté du représenté, milite en faveur de la préséance du premier sur les seconds.

À la suite de notre analyse, nous constatons que l'état d'une personne majeure n'est pas modifié par l'homologation du mandat qu'elle a consenti en prévision de son inaptitude. Elle demeure toujours capable au sens du droit. Afin de respecter l'autonomie du mandant, il appartient à son mandataire de moduler l'exercice des pouvoirs qui lui ont été confiés. Cette modulation se fait en fonction des besoins et des facultés résiduelles du mandant. C'est donc en faisant prévaloir le contenu obligationnel du mandat de protection que la finalité de l'institution, à savoir assurer la protection du mandant, peut être

⁵⁵¹ F. DUPIN, préc., note 22, p. 9 ; FRANÇOIS DUPIN, «Être protégé malgré soi» dans *Pouvoirs publics et protection* (2003), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2003, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2003DEV323, à la page 2.

accomplie dans le respect de ses intérêts et de ses attentes légitimes. Il s'agit en effet de la seule interprétation permettant de concilier les principes d'autonomie, de liberté, de vie privée et de dignité énoncés tant au *Code civil du Québec* qu'à la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Il demeure qu'à la lumière des expériences vécues depuis la reconnaissance législative du mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant, différents fronts auraient avantage à être bonifiés⁵⁵². Afin de garantir que tout mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant puisse être mis en œuvre, il y aurait lieu de faire de son inscription aux registres tenus par la Chambre des notaires du Québec et par le Barreau du Québec, une formalité essentielle à la validité de cet acte. Il serait ainsi possible de connaître, avec certitude, le dernier mandat fait par une personne, ses modifications ou sa révocation, le cas échéant. Toutefois, soulignons que seul l'acte notarié portant minute permet d'assurer la conservation et la preuve de l'acte qui contient les volontés et les déclarations du mandant et, le cas échéant, du mandataire⁵⁵³.

Nous serions enclins, pour les motifs précédemment exprimés, à imposer la forme notariée en minute au détriment d'un écrit sous seing privé. En raison de la portée et des effets que peut avoir un mandat de protection, il est important de pouvoir démontrer qu'au moment de la confection de l'acte le mandant a disposé des conseils juridiques appropriés. De plus, en vue de favoriser l'intervention du tribunal au mandat, lorsque le besoin s'en fait sentir, il faut être en mesure de prouver qu'au moment de la passation du mandat, la volonté exprimée par le mandant l'a été de façon libre et éclairée⁵⁵⁴. Nous croyons que les présomptions qui accompagnent l'acte notarié en minute sont de nature à renforcer la

⁵⁵² *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 232, 474.

⁵⁵³ C.c.Q., art. 2803 et suiv. ; N. A. BLAIS, préc., note 124, à la page 54 ; CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La force exécutoire de l'acte notarié: une alternative à explorer*, Mémoire présenté au Ministre de la justice du Québec, mai 1996, p. 19 ; P.-Y. MARQUIS, préc., note 104, n° 16, p. 9.

⁵⁵⁴ M. A. GRÉGOIRE, préc., note 258, p. 102.

position selon laquelle le mandat donné par une personne en prévision de son inaptitude traduit ses volontés. Il s'agit d'une façon de garantir que tous les éléments pertinents eu égard à la situation du mandant lui ont été soulevés.

Deux de ces éléments pertinents nous semblent fondamentaux et devraient être présents, ou tout au moins abordés, dans chaque mandat donné en prévision de l'inaptitude. Premièrement, tout pouvoir dépassant les actes de simple administration devrait être accordé au mandataire en termes exprès⁵⁵⁵. En effet, lors de la rédaction il est important de trouver un équilibre entre les pouvoirs que doit accorder le mandant à son mandataire afin que ce dernier puisse remplir ses fonctions et la délégation de trop de pouvoirs qui peut mener, même en l'absence de mauvaise foi ou de manœuvre dolosive, à une situation préjudiciable pour le mandant⁵⁵⁶. Ensuite, les devoirs que le mandataire aurait avantage à accomplir, notamment ceux de faire inventaire et de rendre compte annuellement, devraient être discutés à l'acte et, le cas échéant, exclus nommément si telle est la volonté du mandant. En raison de leur importance dans la vérification de l'exactitude de la reddition finale, nous croyons que ceux-ci devraient être imposés par le législateur en réservant au mandant la faculté d'y renoncer.

Maintenant que nous avons résumé les éléments principaux qui devraient, selon nous, être bonifiés en regard de l'acte proprement dit, nous proposons la mise en place d'une procédure parallèle pour la mise en œuvre du mandat accordé en prévision de l'inaptitude en l'absence de contentieux. Moyennant certains aménagements législatifs, nous soutenons que deux voies devraient être possibles. D'une part, la procédure actuelle par laquelle le tribunal prononce l'homologation à la suite de la constitution du dossier préparé par lui ou par un notaire serait conservée. D'autre part, en l'absence de toute contestation, il devrait être possible que le dossier soit mené exclusivement devant notaire.

⁵⁵⁵ K. DÉSILETS, préc., note 21, 327 et 331.

⁵⁵⁶ G. GUAY, préc., note 364, n° 33, p. 158.

Dans cette hypothèse, l'émission d'une déclaration notariée en minute, après les significations et notifications pertinentes du procès-verbal des opérations et conclusions, rendrait le mandat exécutoire⁵⁵⁷. En effet, en l'absence de toute contestation cette dernière voie permettrait, par la déjudiciarisation qu'elle suppose, une diminution des coûts et des délais⁵⁵⁸. Elle assurerait par la même occasion une protection plus efficace des intérêts et des attentes légitimes du mandant⁵⁵⁹.

Les buts poursuivis étant le respect du mandant et la publicité de l'homologation du mandat qu'il a donné en prévision de son inaptitude, il est possible de concevoir un cadre législatif qui ferait en sorte qu'une procédure exclusivement devant notaire réponde à ces exigences. De plus, le notaire qui tout au long des démarches d'homologation est en contact avec le mandant et la famille, se trouve vraisemblablement dans une meilleure position que le greffier ou le juge pour émettre une déclaration de prise d'effet du mandat. Ainsi, les garanties présentes suivant la procédure judiciaire pourraient également être offertes par une procédure devant notaire. Prétendre le contraire témoigne d'une méconnaissance du rôle d'officier public du notaire et de son devoir d'impartialité.

Finalement, nous proposons d'accroître, lorsque requis, le rôle des tribunaux tant quant à l'interprétation du mandat de protection au sens strict que par l'utilisation de leurs pouvoirs généraux de sauvegarde des droits des parties⁵⁶⁰. L'exercice de ces pouvoirs permettrait de favoriser la réalisation du mandat par le mandataire. Il appartient en effet aux tribunaux, en l'absence de disposition expresse, d'exercer l'autorité qui leur est accordée et

⁵⁵⁷ N. A. BLAIS, préc., note 124, à la page 60.

⁵⁵⁸ *Id.*, à la page 64 ; K. DÉSILETS, préc., note 21, 335.

⁵⁵⁹ N. A. BLAIS, préc., note 124, à la page 64 ; K. DÉSILETS, préc., note 21, 335.

⁵⁶⁰ C.p.c., art. 46 :

«Les tribunaux et les juges ont tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leur compétence.

Ils peuvent, en tout temps et en toutes matières, tant en première instance qu'en appel, prononcer des ordonnances de sauvegarde des droits des parties, pour le temps et aux conditions qu'ils déterminent. De plus, ils peuvent, dans les affaires dont ils sont saisis, prononcer, même d'office, des injonctions et des réprimandes, supprimer des écrits ou les déclarer calomnieux, et rendre toutes ordonnances appropriées pour pourvoir aux cas où la loi n'a pas prévu de remède spécifique.»

leurs pouvoirs discrétionnaires afin de mettre en lumière les tenants et aboutissants du rôle et des devoirs du mandataire. Par cette intervention, le tribunal accompagnerait le mandataire dans l'exercice efficace de son rôle dans le respect des intérêts et des attentes légitimes du mandant. On peut penser qu'une telle intervention accrue pourrait s'appuyer sur l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne*.

Table de la législation

Textes constitutionnels

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c. 3, R.-U

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.)

Textes québécois

Codes

Acte concernant le Code civil du Bas-Canada, S.P.C., 1865, c. 41

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Code de déontologie des notaires, R.R.Q., 1981, c. N-3, r. 0.2

Code de procédure civile, L.R.Q., 1977, c. C-25

Code de procédure civile du Bas-Canada, 29-30 Vict., c. 25

Lois

Acte relatif aux asiles d'aliénés dans la province de Québec, 48 Vict., c. 34

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12

Loi amendant les Statuts refondus, 1909, relativement à l'administration provisoire des biens des personnes aliénées non interdites placées dans les asiles, 9 Geo. V, c. 53

Loi concernant le notariat 1941, S.R.Q., c. 263

Loi concernant les hôpitaux pour le traitement des maladies mentales, 14 Geo. VI, c. 31

Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16

Loi instituant une curatelle publique, 9 Geo. VI, c. 62

Loi portant réforme du Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens, L.Q. 1987, c. 18

Loi sur le curateur public, L.R.Q., c. C-81

Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives, L.Q. 1989, c. 54

Loi sur le notariat, L.R.Q., c. N-2

Loi sur le notariat, L.R.Q., c. N-3

Règlements

Règlement sur les registres de la Chambre des notaires du Québec, c. N-3, r. 13

Règlement sur les registres des dispositions testamentaires et des mandats donnés en prévision de l'inaptitude, c. B-1, r. 18

Table des jugements

- A -

A. c. B., EYB 2006-113774 (C.S.)

A. et C., 2007 QCCS 124

A.D. et C.C., EYB 2004-61129 (C.S.)

Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain, [1996] R.J.Q. 311 (C.S.)

Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain, [1997] R.J.Q. 807 (C.A.)

Aubrais c. Laval (Ville de), [1996] R.J.Q. 2239 (C.S.)

- B -

B. et Québec (Curateur public), 2007 QCCS 1596

B. (A.) c. B. (J.), REJB 1997-07022 (C.S.)

B. (C.) c. D. (F.), EYB 2005-96618 (C.S.)

B. (D.) c. B. (M.), [1995] R.J.Q. 166 (C.S.)

B.D. (Succession de), EYB 2010-174966 (C.S.)

B. (H.) c. S. (M.-J.), EYB 2006-108094 (C.S.)

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315

Barroso c. Da Silva Alves, 2010 QCCS 1118

Bloom c. Grynowald, [2002] R.J.Q. 1687 (C.S.)

- C -

C.D. et F.D., 2010 QCCS 1907

C.R. c. J.B., [2005] R.J.Q. 1391 (C.A.)

Christiaenssens c. Rigault, 2006 QCCA 853

Ciment du Saint-Laurent c. Barrette, [2008] 3 R.C.S. 392

Commission de la protection des droits de la personne du Québec c. Brzozowski, [1994] R.J.Q. 1447 (T.D.P.Q.)

Commission des droits de la personne c. Bradette Gauthier, 2010 QCTDP 10

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gagné, [2003] R.J.Q. 647 (T.D.P.Q.)

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Venne, 2010 QCTDP 9

- D -

D.G. et T.B., EYB 2005-91200 (C.S.)

Daigle c. Tremblay, [1989] 2 R.C.S. 530

Dans l'affaire de P. (L.), EYB 2004-81257 (C.S.)

- F -

F.H. c. L.P., 2008 QCCS 3548

F.K. c. P.H., REJB 2002-32500 (C.S.)

F.S. c. L.D., 2008 QCCS 5491

Fiducie Desjardins et A.P., [2003] R.J.Q. 461 (C.S.)

- G -

G.D. c. R.D., 2006 QCCS 1862

G.D. et R.F., 2008 QCCS 2486

G. (J.) c. G. (G.), REJB 1998-10744 (C.S.)

Garcia Transport Ltée c. Cie Trust Royal, [1992] R.C.S. 499

Gazette (The) (Division Southam Inc.) c. Valiquette, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.)

Godbout c. Longueuil (Ville), [1997] 3 R.C.S. 844

- J -

J.A. c. G.L., 2008 QCCS 3018

J.M. c. M.M., 2007 QCCS 3348

- L -

L.P. c. F.H., 2009 QCCA 984

L.R. c. É.L., REJB 2000-22379 (C.S.)

Labrie c. Labrie, REJB 2003-45992 (C.S.)

Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration), [1999] 1 R.C.S. 497

Leblond c. Leblond, [1978] C.A. 506

- M -

M.A. c. P.M., 2008 QCCS 1381

M.D. c. Ma. V., EYB 2005-90609 (C.S.)

M. (L.) c. M. (J.), EYB 1996-30557 (C.S.)

M.P. c. Ma.L., 2007 QCCS 3060

McKinney c. U. de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229

- N -

N. (J.) c. N. (M.H.), REJB 1999-13054 (C.S.)

- P -

P.-J. T. c. Y. D., REJB 2002-32803 (C.S.)

P.L. c. N. G.P., EYB 2009-167141 (C.S.)

- Q -

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville de), [2000] 1 R.C.S. 665

Québec (Curateur public) c. D.S., [2006] R.J.Q. 466 (C.A.)

Québec (Curateur public) c. M.G., [2005] R.J.Q. 165 (C.S.)

Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand, [1996] 3 R.C.S. 211

- R -

R. c. Morgantaler, [1988] 1 R.C.S. 30

R.A. et Y.G., 2009 QCCS 2728

R.L. et Re. S., 2008 QCCS 1383

R.Z. et D.U., 2007 QCCS 5616

- S -

S. (D.) c. D. (A.), EYB 2004-53869 (C.S.)

Sasseville et J.-M. G., EYB 2005-97610 (C.S.)

- T -

T. (M.) c. T. (L.-G.), REJB 1997-00766 (C.S.)

- V -

Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, [2005] R.J.Q. 961 (C.A.)

- W -

Warren c. Béland, [1964] C.S. 129

- Y -

Y.L. et Lé. L., EYB 2005-93598 (C.S.)

Bibliographie

Monographies et ouvrages collectifs

- ALLARD, F., «L'existence de la personne physique» dans Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 31
- «La capacité juridique» dans Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 3, *Personnes, famille et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 43
- BAUDOIN, J.-L. et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998
- BEAUCHAMP, M., «Les nouvelles compétences attribuées au notaire: commentaires et critique» dans S.F.P.B.Q., vol. 146, *Les mandats en cas d'incapacité: une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 53
- «Les régimes de protection du majeur (Art. 256 à 297 C.c.Q.)» dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008
- BLAIS, N.A., «Le mandat d'incapacité en droit québécois» dans JACQUES BEAULNE ET MICHEL VERWILGHEN (dir.), *Points de droit familial / Rencontres universitaires notariales belgo-québécoises*, coll. «Bleue», Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, p. 47
- BRUNELLE, C., «Les droits et libertés dans le contexte civil» dans *Droit public et administratif*, Collection de droit 2010-2011, École du Barreau du Québec, vol. 7, 2010, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2010CDD166
- CANTIN CUMYN, M., *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000
- CARBONNIER, J., «Introduction» dans *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, *Journées René Savatier*, Paris, P.U.F., 1986
- CHALIFOUX, D., «Les obstacles à la mise en oeuvre des directives de fin de vie en milieu institutionnel» dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, vol. 146, *Les mandats en cas d'incapacité: une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 19

CIMON, P., «Le mandat» dans *Contrats, sûretés et publicité des droits*, Collection de droit 2009-2010, École du Barreau du Québec, vol. 6, 2009, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2009CDD111

CÔTÉ, P.-A., *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999

CRÉPEAU, P.-A. (dir.) / CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003

CUMYN, M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, coll. «Minerve», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002

DELEURY, É. et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008

DOMAT, J., *Oeuvres complètes*, t. 1, Paris, Éditions du cours de droit français, 1835

DOWD, M.-A., «L'exploitation des personnes âgées ou handicapées - Où tracer les limites de l'intervention de l'État ?» dans *Pouvoirs publics et protection (2003)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2003, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2003DEV321

DUPIN, F., «État de la jurisprudence en matière de mandats en prévision de l'inaptitude» dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude: une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 1

«Le mandat de protection: des origines à nos jours» dans S.F.C.B.Q., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2008)*, Centre d'accès à l'information juridique, *Juribistro*, en ligne : http://www.caij.qc.ca/doctrine/congres_du_barreau/2008/450/450.pdf (consulté le 7 avril 2011)

«Contester une décision d'un tuteur, curateur ou mandataire dans l'exercice de sa charge» dans *Obligations et recours contre un curateur, tuteur ou mandataire défaillant (2008)*, Service de la formation continue du Barreau du Québec, 2008, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2008DEV1420

- «Être protégé malgré soi» dans *Pouvoirs publics et protection (2003)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 2003, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2003DEV323
- FABIEN, C., «Le nouveau droit du mandat» dans *La réforme du Code civil, Obligations, contrats nommés*, vol. 2, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881
- «Le passage du mandat ordinaire au mandat de protection» dans S.F.B.P.Q., Barreau du Québec, vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude: une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 105
- GHESTIN, J., C. JAMIN et M. BILLIAU, «Les effets du contrat» dans GHESTIN, J. (dir.), 3e éd., coll. «Traité de droit civil», Paris, L.G.D.J., 2001
- GOLDSTEIN, G. et N. MESTIRI, «La liberté contractuelle et ses limites - Étude à la lueur de droit civil québécois» dans MOORE, B. (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 299
- GRÉGOIRE, M.A., *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, coll. «Minerve», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003
- Liberté, responsabilité et utilité: la bonne foi comme instrument de justice*, coll. «Minerve», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010
- GUAY, G., *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude*, coll. Bleue, Série répertoire de droit, Montréal, Chambre des notaires du Québec / Wilson & Lafleur, 2005
- KARIM, V., *Les obligations*, 2^e éd., vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002
- KELSEN, H., «La théorie juridique de la convention» dans *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique, Recueil Sirey*, vol. n° 1 - 4, Paris, Imprimerie Brière, 1940
- LAFLAMME, L., R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude, De l'expression de la volonté à sa mise en oeuvre*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008
- LAMBERT, J., «La genèse du mandat de protection et quelques considérations» dans S.F.B.P.Q., Barreau du Québec, vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude: une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 83

LAMONTAGNE, D.-C., «Le mandat» dans LAMONTAGNE, D.-C. et B. LAROCHELLE (dir.), *Droit spécialisé des contrats - Les principaux contrats: la vente, le louage, la société et le mandat*, vol. 1, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 595

LAMOTHE, M., *La renonciation à l'exercice des droits et libertés garantis par les Chartes*, coll. «Minerve», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007

LEFEBVRE, B., «Liberté contractuelle et justice contractuelle: le rôle accru de la bonne foi comme norme de comportement» dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, vol. 129, *Développements récents en droit des contrats (2000)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 49

«L'étrange "mandat" qu'est celui donné en prévision de l'inaptitude: lorsque la volonté occulte la finalité» dans BRAS MIRANDA, G. et B. MOORE (dir.), *Mélanges Adrian Popovici: Les couleurs du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 2010, p. 75

LLUELLES, D., *L'engagement par déclaration unilatérale de volonté en droit civil*, 12^e Conférence Albert-Mayrand, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Éditions Thémis, 2010

LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006

LORRAIN, L., *Code de procédure civile*, Montréal, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1886

MARQUIS, P.-Y., *La responsabilité civile du notaire*, coll. «Traité de droit civil», Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999

MAZEAUD, D., note sous Civ. 1re, 11 juin 1996, *Rép. Defrénois*, 1996.1007

MÉNARD, J.-P., «L'exercice des droits par les personnes inaptes» dans S.F.P.B.Q., Barreau du Québec, *Le droit des personnes inaptes (1992)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 61

OUELLETTE, M., «Livre premier: Des personnes» dans *La réforme du Code civil, Personnes, succession, biens*, vol. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 11

PINEAU, J., D. BURMAN et S. GAUDET, *Théorie des obligations*, 4^e éd., par Jean Pineau et Serge Gaudet, Montréal, Éditions Thémis, 2001

POPOVICI, A., *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995

REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2001

ROY, A. et M. BEAUCHAMP, Les régimes de protection du majeur inapte, dans *Chambre des notaires du Québec, Répertoire de droit, «Procédures non contentieuses», Doctrine – Document 5*, Montréal, 2007

SIROIS, L.-P., *Tutelles et Curatelles*, Québec, Imprimerie de l'Action Sociale Limitée, 1911

STODDART, J., «L'exploitation au sens de l'article 48 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec» dans *Développements récents en droit de la famille (1995)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, 1995, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB1995DEV1096

TRUDEL, G., *Les effets de la séparation de corps, la filiation, l'adoption, la puissance paternelle, la minorité, la tutelle, l'émancipation, la majorité, la curatelle, les corporations*, t. 2, coll. «Traité de droit civil du Québec», Montréal, Wilson & Lafleur, 1942

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

AUBÉ, G., «Collaborations interprofessionnelles en contexte de détermination de l'inaptitude», (2008) 2 *C.P. du N.* 211

BEAUCHAMP, M., «Le mandat en cas d'inaptitude: crise d'identité ?», (2005) *C.P. du N.* 335

«Commentaire sur la décision P. (L.) Re. - L'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant lorsque ce dernier n'est pas inapte de façon totale et permanente» dans *Repères*, Avril 2005, *Droit civil en ligne (DCL)*, EYB2005REP339

BOHÉMIER, P. et G. GUAY, «L'exploitation des personnes âgées: prévenir pour ne pas être complice», (2005) *C.P. du N.* 121

CANTIN CUMYN, M., «Le pouvoir juridique», (2007) 52 *R.D. McGill* 215

COMTOIS, R., «Deux aspects de la procuration: révocation pour cause d'incapacité ; l'irrévocabilité du mandat», (1985) 87 *R. du N.* 236

CRÉPEAU, P.-A., «Le contenu obligationnel d'un contrat», (1965) XLIII *R. du B. Can.* 1

DÉSILETS, K., «Le mandat en cas d'inaptitude: la réconciliation des idées», (2008) 38 *R.D.U.S.* 291

DUPIN, F., «Droit des personnes - Protection des personnes inaptes: l'intérêt et l'autonomie du majeur protégé» dans *Revue du Barreau*, 1997, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB1997RDB22

«La protection légale protège-t-elle adéquatement le patrimoine du majeur vulnérable ?», (2009) 111 *R. du N.* 243

FABIEN, C., «Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant: une institution à parfaire», (2007) 1 *C.P. du N.* 405

«Mandat de protection: dilemme du juge, dilemme du législateur», (2009) 111 *R. du N.* 255

FRÉCHETTE, L., «Règles de consentement et présomption d'aptitude et l'expression des volontés de fin de vie: le mythe du modèle idéal», (2008) 2 *C.P. du N.* 221

GARDNER, D., «Obligations», (2008) 110 *R. du N.* 97

GARDNER, D. et D., GOUBAU, «L'Affaire *Vallée* et l'exploitation des personnes âgées selon la Charte québécoise : quand l'harmonie fait défaut», (2005) *C. de D.* 961.

GUAY, G., «Questions pratiques concernant le mandat donné dans l'éventualité de l'inaptitude et les régimes de protection aux majeurs inaptes», (1990) 2 *C.P. du N.* 133

KOURI, R.P. et S. PHILIPS-NOOTENS, «Le majeur inapte et le refus catégorique de soins de santé: un concept pour le moins ambigu», dans *Revue du Barreau*, 2003, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2003RDB66

LACHAPELLE, A.-M., «Commentaire sur la décision Québec (Curateur public) c. S. (D.) - L'homologation d'un mandat donné en prévision de l'inaptitude et l'ingérence du tribunal dans les obligations du mandataire» dans *Repères*, Avril 2006, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2006REP455

LAFLAMME, L., «Variations sur des thèmes connus: le mandat en prévision de l'inaptitude et la procuration générale», (2002) 2 *C.P. du N.* 103

LAMARCHE, R., «La nouvelle loi sur le curateur public», (1989) 3 *C.P. du N.* 45

LAMBERT, J., «Le mandat de protection a 17 ans: s'émancipera-t-il bientôt ?», (2007) 109 *R. du N.* 427

LAVOIE, É., «Commentaire sur la décision B.D. (Succession de) - L'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité limite-t-elle la capacité de tester d'un individu» dans *Repères*, Octobre 2010, *Droit civil en ligne* (DCL), EYB2010REP985

LEGRAND JR., P., «L'obligation implicite contractuelle: aspects de la fabrication du contrat par le juge», (1991) 22 *R.D.U.S.* 109

MIQUELON, M.-A., *Pourquoi préparer un mandat ? : Tout ce que vous devez savoir sur le mandat en prévision de l'incapacité et les régimes de protection*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995

MORIN, C., «Le mandat : le point sur les conséquences liées à la survenance de l'incapacité du mandant», (2008) 110 *R. du N.* 241

OUELLETTE, M., «La loi sur le curateur public et la protection des incapables», (1989) 3 *C.P. du N.* 9

POIRIER, D., «La protection juridique des personnes âgées ou handicapées et la *Charte canadienne des droits et libertés*», (1991) 23 *Revue de droit d'Ottawa* 553

POUDRIER-LEBEL, L., «L'interprétation des contrats et la morale judiciaire», (1993) 27 *R.J.T.* 581

RÉMILLARD, G., «Présentation du projet de Code civil du Québec», (1991) 22 *R.G.D.* 5

SABOURIN, F., «L'arrêt *Vallée* de la Cour d'appel : La *Charte québécoise* à la rescousse du Code civil en matière d'exploitation des personnes âgées», (2005-06) 36 *R.D.U.S.* 309

Autres sources

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La force exécutoire de l'acte notarié: une alternative à explorer*, Mémoire présenté au Ministre de la justice du Québec, mai 1996

CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Projet de loi 125 - Code civil du Québec*, t. 1, Mémoire présenté au Ministre de la justice du Québec, Montréal, Juillet 1991

COMITÉ DIRECTEUR SUR LA RÉVISION DE LA LOI SUR LA CURATELLE PUBLIQUE, *La protection des personnes majeures au Québec - Propositions de régimes*, Rapport, 1988

Le nouveau Petit Robert de la langue française 2009, Paris, Le Robert, 2009

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice, Le Code civil du Québec. Un mouvement de société*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993.

QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, 2^e sess., 33^e légis., 31 mai 1989, «Projet de loi 145 – Adoption du principe», p. 6131 (M. Rémillard)

