

LE MANDAT DE PROTECTION, D'HIER À DEMAIN

Caroline Lepage

Volume 122, Number 2, 2020

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1082364ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1082364ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lepage, C. (2020). LE MANDAT DE PROTECTION, D'HIER À DEMAIN. *Revue du notariat*, 122(2), 321–374. <https://doi.org/10.7202/1082364ar>

LE MANDAT DE PROTECTION, D'HIER À DEMAIN

Caroline LEPAGE*

INTRODUCTION	323
1. La conception et l'évolution du mandat de protection. . .	326
1.1 La genèse d'une nouvelle institution : le mandat donné en prévision de l'incapacité	327
1.2 Le passage du mandat donné en prévision de l'incapacité au mandat de protection	330
1.3 Le dialogue entre les droits québécois, français, suisse et belge et le droit international public. . . .	334
2. L'adaptation du mandat de protection québécois à la société de demain	343
2.1 L'appartenance fondamentale de la protection contractuelle du majeur incapable au droit des personnes.	343
2.2 L'adéquation de l'encadrement juridique du mandat de protection au contexte de sa mise en œuvre . . .	356
CONCLUSION	372

* Notaire et professionnelle de recherche à la Faculté de droit de l'Université Laval. Ce texte est tiré d'un mémoire de maîtrise rédigé sous la direction de M^e Christine Morin, professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval. Le mémoire a été réalisé avec l'aide financière du Programme de bourses d'études supérieures de la Chambre des notaires du Québec, de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés, du consortium de recherche Accès au droit et à la justice (ADÀJ) ainsi que de la Faculté de droit de l'Université Laval, que l'auteure tient à remercier. L'auteure souhaite également remercier la professeure Morin qui a accepté de relire et de commenter le texte. Les opinions exprimées demeurent toutefois celles de l'auteure.

INTRODUCTION

Le mandat de protection a été intégré au paysage juridique québécois dans le cadre d'une importante réforme en matière de protection des majeurs inaptes adoptée en 1989¹. Le législateur québécois définit le mandat de protection comme étant « celui donné par une personne majeure en prévision de son inaptitude à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens »². Il s'agit, en son essence, d'un acte d'anticipation de l'inaptitude.

Une trentaine d'années plus tard, cet instrument de protection juridique des majeurs dont l'inaptitude est survenue est toujours au cœur de l'actualité juridique. Il fait aussi partie du quotidien des notaires québécois, signe de sa popularité³. S'il apparaît difficilement contestable que les Québécois perçoivent les avantages de conclure un mandat de protection, celui-ci n'est pas à l'abri de toute critique⁴.

Malgré le fait que des outils comparables existaient dans certaines juridictions de *common law* avant l'arrivée du mandat de protection⁵, le Québec a été un pionnier en matière d'anticipation de

-
1. *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54, entrée en vigueur le 15 avril 1990 (décret), (1990) 13 G.O. II, 939, à l'exception de l'article 155, non en vigueur, art. 85.
 2. Art. 2166, al. 1 C.c.Q.
 3. Le rapport annuel 2018-2019 de la Chambre des notaires indique que le nombre total d'inscriptions au registre des actes de mandats de protection était de 3 008 876 à la fin de l'exercice 2018-2019, avec 140 816 nouvelles inscriptions pendant l'exercice. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Veiller au mieux-être de la collectivité. Rapport annuel 2018-2019*, 2019, en ligne : <<https://www.cnq.org/DATA/TEXTEDOC/2018-2019-CNQ-Rapport-annuel.pdf>>; Gérard GUAY, *Le mandat de protection*, 3^e éd., dans *Chambre des notaires du Québec*, R.D./N.S., « Mandat », Doctrine – Document n° 1, Montréal, 2016, n° 2, p. 1.
 4. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », (2007) 1 *C.P. du N.* 405, 409; Claude FABIEN, « Mandat de protection : dilemme du juge, dilemme du législateur », (2009) 111 *R. du N.* 255, 257.
 5. Gérard GUAY, « Problématiques et nouveautés quant à la protection des personnes vulnérables », (2012) *C.P. du N.* 155, 163; G. GUAY, préc., note 3, n° 3, p. 2.

l'inaptitude⁶. En conséquence, le législateur québécois ne bénéficiait ni d'expérience pratique ni de doctrine civiliste sur lesquelles appuyer ses réflexions afin d'encadrer ce nouvel outil.

Récemment, le législateur québécois a adopté⁷ une loi visant à revoir les régimes et mesures de protection des personnes, soit la *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*⁸ (ci-après « *Loi en matière de protection des personnes* (2020) »). L'adoption de la loi laisse présager l'entrée en vigueur d'une réforme d'envergure en droit des personnes dans les prochains mois⁹.

Cette loi concerne notamment l'encadrement juridique du mandat de protection. Le professeur Claude Fabien constate, dès 2007, que « [le législateur] a créé un système qui rend le mandant vulnérable face à un mandataire de mauvaise foi qui décide de l'exploiter »¹⁰. La maltraitance des personnes en situation de vulnérabilité est une problématique sociale à laquelle le législateur québécois s'intéresse depuis plusieurs années. Une première manifestation de sa préoccupation à ce sujet est l'adoption d'une disposition au caractère particulier parmi les droits économiques et sociaux de la *Charte des droits et libertés de la personne*, l'article 48, qui traite spécifiquement de la protection des personnes handica-

6. Voir notamment Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », dans S.F.P.B.Q., vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée ? (2001)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 105, à la p. 108; C. FABIEN, « Mandat de protection : dilemme du juge, dilemme du législateur », préc., note 4, p. 257; G. GUAY, préc., note 3, n° 3, p. 2.

7. *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, 1^{re} sess., 42^e légis., 10 avril 2019, « Présentations de projet de loi – Projet de loi n° 18 », p. 2185 (M. Mathieu Lacombe).

8. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, L.Q. 2020, c. 11. Compte tenu du court délai entre l'adoption de la loi et le dépôt du présent article, nous évoquerons les modifications qu'elle apporte au corpus législatif, sans toujours pouvoir nous prononcer sur l'interprétation qui sera faite des nouvelles dispositions.

9. Le délai anticipé est de 18 à 24 mois : *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, 1^{re} sess., 42^e légis., 2 juin 2020, p. 7969 (M. Mathieu Lacombe).

10. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 424.

pées et âgées contre l'exploitation¹¹. L'adoption de la *Loi visant à lutter contre la maltraitance envers les aînés et toute autre personne majeure en situation de vulnérabilité*¹² en 2017 illustre la volonté du législateur de poursuivre son effort d'adaptation du droit à la réalité particulière des personnes âgées ou en situation de vulnérabilité¹³. La question de l'exploitation et de la maltraitance des personnes âgées ou handicapées est suffisamment alarmante pour qu'il existe un plan d'action gouvernemental pour tenter d'y mettre fin¹⁴. Nous commençons à peine à mesurer collectivement l'ampleur des défis sociaux, juridiques, médicaux et éthiques qu'entraîneront les phénomènes démographiques que sont le vieillissement de la population et l'augmentation considérable de l'espérance de vie¹⁵. Alors que le mandat de protection doit permettre d'accompagner et de soutenir les personnes inaptes, on constate qu'il est parfois un instrument qui permet de les exploiter ou de les maltraiter financièrement¹⁶.

L'existence de lacunes dans l'encadrement juridique du mandat de protection est établie par la littérature¹⁷. Ce constat préoccupe dans un contexte de grande popularité de cet outil et de prise de conscience d'une lutte nécessaire contre la maltraitance des personnes majeures en situation de vulnérabilité. Dans le cadre de

-
11. RLRQ, c. C-12. Au sujet du caractère distinct de cette disposition, voir Marie-Hélène DUFOUR, « Définitions et manifestations du phénomène de l'exploitation financière des personnes âgées », (2014) 44-2 R.G.D. 235, 239 et 240.
 12. RLRQ, c. L-6.3.
 13. Christine MORIN et Katherine CHAMPAGNE, « Quelques exemples de modifications législatives récentes visant à favoriser la protection des droits des personnes aînées », *Repères*, juin 2017, *La référence*, EYB2017REP2233 (PDF).
 14. SECRÉTARIAT AUX AÎNÉS, *Plan d'action gouvernemental pour contrer la maltraitance envers les personnes aînées 2017-2022*, 2017, en ligne : <<http://collec.tions.banq.qc.ca/ark:/52327/2939938>>.
 15. Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 6^e éd. par D. GOUBAU, avec la collab. d'Anne-Marie SAVARD, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, n^o 718, p. 740 et 741.
 16. Voir, par exemple, *Succession de Kalimbet Piela c. Obodzinski*, 2020 QCCS 1222. Pour un commentaire sur cette décision, voir : Christine MORIN et Simone PILOTE, « Commentaire sur la décision Succession de Piela c. Obodzinski – La Cour supérieure reconnaît la responsabilité d'une mandataire, de son conjoint, d'une travailleuse sociale et d'un avocat pour exploitation et maltraitance d'une personne âgée », *Repères*, juin 2020, *La référence*, EYB2020REP3069 (PDF).
 17. *Québec (Curateur public) c. D.S.*, 2006 QCCA 83, par. 38; C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'incapacité du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4; G. GUAY, préc., note 5; Lucie LAFLAMME, « Variations sur des thèmes connus : le mandat en prévision de l'incapacité et la procuration générale » (2002) 2 C.P. du N. 103.

cette étude, nous chercherons à identifier des pistes de solutions susceptibles d'améliorer la protection juridique du mandant dont l'incapacité est survenue.

Nous aborderons l'encadrement juridique du mandat de protection dans une approche qui progressera de la rétrospection à la prospection. Nous commencerons par situer le mandat de protection dans le temps en étudiant sa genèse et son évolution. Nous positionnerons l'institution québécoise par rapport à celles adoptées dans d'autres juridictions qui ont des instruments comparables (partie 1). Cette mise en contexte ouvrira la voie à une critique constructive où nous analyserons les lacunes de l'encadrement juridique du mandat de protection québécois à la lumière des fondements de l'institution et du contexte dans lequel il est appelé à s'appliquer. Nous aborderons les solutions offertes par la doctrine, la jurisprudence et le droit comparé pour y remédier. Nous présenterons l'état prospectif de l'encadrement juridique du mandat de protection à la lumière de la *Loi en matière de protection des personnes* (2020). Parallèlement, nous nous intéresserons à l'évolution potentielle des pratiques des notaires et des avocats afin de mettre en lumière les façons dont ils peuvent intervenir dans le but d'améliorer la protection juridique du mandant dont l'incapacité est survenue (partie 2).

Ultimement, nous montrerons que la protection juridique du mandant devenu inapte sera largement améliorée si la *Loi en matière de protection des personnes* (2020) entre en vigueur. Un progrès sera aussi réalisé si les conseillers juridiques adoptent des pratiques préventives, assistent plus activement le mandataire dans l'exécution du mandat et adaptent immédiatement leur pratique à l'évolution projetée du droit.

1. La conception et l'évolution du mandat de protection

L'étude de la naissance (1.1) et de l'évolution (1.2) du mandat de protection québécois permet de mieux comprendre l'objectif poursuivi par la création de cette institution et les modifications qu'elle a subies au fil du temps. Elle permet également de mieux comprendre certaines de ses lacunes contemporaines. Une comparaison avec les mécanismes similaires adoptés en France, en Suisse et en Belgique permet d'étudier le mandat de protection sous un nouvel éclairage et d'enrichir la réflexion quant à son évolution potentielle (1.3).

1.1 La genèse d'une nouvelle institution : le mandat donné en prévision de l'incapacité

Les premières traces de l'idée d'une représentation prévue contractuellement d'un majeur inapte dans les juridictions de tradition civiliste sont récentes, à l'exception d'un extrait d'un ouvrage de Demolombe¹⁸. Au Québec, il suffit de revenir en 1988, dans les débats parlementaires, pour trouver les origines les plus définies du mandat donné en prévision de l'incapacité.

C'est lors de la réforme à l'origine du *Code civil du Québec* que l'idée d'une protection contractuelle du majeur en prévision de son incapacité a été abordée pour la première fois par le législateur québécois. Étonnamment, ce n'est toutefois pas lors de l'étude du droit des personnes, mais plutôt lors de l'étude du droit des obligations et des contrats nommés que le principe d'un mandat de protection est proposé¹⁹.

M^e Jean Lambert, président de la Chambre des notaires à ce moment, se présente en Sous-commission des institutions lors de ces travaux. Il relate avoir reçu un document d'un organisme très peu de temps avant son audition²⁰. Ce document consiste en un plaidoyer en faveur d'un plus grand respect des droits et de l'autonomie des citoyens²¹. L'organisme dénonce un interventionnisme trop soutenu dans la vie privée des personnes majeures incapables par la curatelle publique. Ces commentaires de l'organisme s'ajoutent à

18. Charles DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, t. 8 « De la minorité, de la tutelle, et de l'émancipation. De la majorité, de l'interdiction, et du conseil judiciaire. Des individus placés dans un établissement public ou privé d'aliénés », Paris, Durand, 1854, n° 434; cf. Jean HAUSER, « Les mesures judiciaires, solutions subsidiaires au mandat de protection future ? », dans Gilles RAOUL-CORMEIL, *Nouveau droit des majeurs protégés : difficultés pratiques*, Paris, Dalloz, 2012, p. 13.

19. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Sous-commission des institutions, 2^e sess., 33^e légis., 8 novembre 1988, « Consultation générale sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations (6) », p. SCI-294 (M. Jean Lambert).

20. Jean LAMBERT, « La genèse du mandat de protection et quelques autres considérations » dans S.F.P.B.Q., vol. 146, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée ? (2001)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 83, à la p. 87.

21. LA TABLE DE CONCERTATION DES AÎNÉ-E-S D'ANJOU, *La curatelle et les aîné-e-s*, document de travail transmis à la Chambre des notaires et déposé en sous-commission des institutions, 2^e sess., 33^e légis., 1988.

ceux de nombreux intervenants qui critiquent la gestion, par l'État, de la situation des personnes dont l'incapacité est survenue²².

Des citoyens souhaitent rédiger des procurations qu'ils pourront utiliser dans l'éventualité de la survenance de leur incapacité. Or, avant 1989, il existe un débat doctrinal au sujet de la survie des effets du mandat en de telles circonstances²³. En permettant la conclusion d'un mandat dont l'« exécution est subordonnée à la survenance de l'incapacité »²⁴, le législateur satisfait à cette demande et permet expressément le recours à un mécanisme contractuel de protection.

Pour ce faire, le législateur étudie rapidement la suggestion de M^e Lambert et l'intègre à la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*²⁵. La matérialisation du principe du mandat de protection au moyen de l'adoption de dispositions législatives se produit donc dans le cadre d'une importante réforme en droit des personnes, plutôt que dans le cadre de l'élaboration du Code civil. La chronologie des événements revêt ici un intérêt particulier, puisqu'elle reflète une précipitation qui a été relevée et critiquée par la littérature²⁶. Jean Lambert affirme que le processus législatif a eu lieu dans un contexte d'empressement et de confusion²⁷. D'autres auteurs abondent dans le même sens lorsqu'ils abordent la « gestation législative assez précipitée »²⁸ du mandat de protection ou qu'ils traitent du « comportement [...] en apparence erratique »²⁹ du législateur. Nous devons considérer la

22. Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd. par D. GOUBAU, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, n^o 683, p. 630 et 631.

23. Christine MORIN, « Le mandat : le point sur les conséquences liées à la survenance de l'incapacité du mandant », (2008) 110 R. du N. 241, 245 et 246.

24. Art. 2166, al. 2 C.c.Q.

25. Préc., note 1.

26. Le projet de loi est présenté le 15 mai 1989. Son principe est adopté le 31 mai et il est étudié en Commission permanente des institutions les 6, 7 et 8 juin. Il est adopté le 21 juin et sanctionné le 22 juin 1989. Son entrée en vigueur a lieu quelques mois plus tard, le 15 avril 1990. Il s'écoule donc seulement cinq semaines entre la présentation du projet de loi et la sanction de sa version finale telle qu'adoptée par l'Assemblée nationale. Au total, onze mois séparent la présentation du projet de loi et l'entrée en vigueur de la loi au terme du processus législatif. La réforme qui en résulte est pourtant substantielle.

27. J. LAMBERT, préc., note 20, p. 89.

28. 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 œuvre*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 1.

29. Monique OUELLETTE, « La loi sur le curateur public et la protection des incapables », (1989) 3 C.P. du N. 1, 10 (n^o 4).

possibilité que ce facteur ait eu des conséquences indésirables sur la qualité de la réflexion des élus à ce moment.

Les débats parlementaires révèlent un intérêt pour la question de l'accessibilité du nouveau mécanisme dont la mise en place est envisagée³⁰. Il en est question lors de l'étude des avantages et des inconvénients de la judiciarisation de la mise en œuvre du mandat de protection. D'une part, il est souhaité que l'institution juridique à venir soit un modèle de simplicité et d'efficacité. D'autre part, on cherche à préserver les droits des personnes inaptes et à assurer des garanties lors d'un processus qui mène à une déclaration d'incapacité. Des élus jugent que le passage devant le tribunal est incontournable en raison de la gravité du geste de déclarer une personne juridiquement incapable³¹. En d'autres mots, le législateur considère comme indissociables la protection juridique et la protection judiciaire du majeur inapte.

Cette même préoccupation de démocratisation du nouveau mécanisme de protection est au cœur des choix en matière de conditions de forme du mandat. Les élus préfèrent offrir le choix entre la forme authentique et celle devant témoins plutôt que de rendre l'acte notarié obligatoire³². Les élus ont des craintes à propos de l'accessibilité de la nouvelle institution, principalement en ce qui a trait aux frais devant être engagés par les citoyens pour en bénéficier, qu'il s'agisse des honoraires du notaire ou des frais associés à l'homologation.

Le respect de la volonté de la personne et du droit à l'autodétermination représente l'un des fondements de la réforme. L'avènement du mandat de protection en est d'ailleurs une illustration

30. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Commission permanente des institutions, 2^e sess., 33^e légis., 7 juin 1989, « Étude détaillée du projet de loi 145 – Loi sur le Curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives (2) », p. CI-2594 (M. Rémillard).

31. *Ibid.*; QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats. Commissions parlementaires*, Commission permanente des institutions, 2^e sess., 33^e légis., 8 juin 1989, « Étude détaillée des projets de loi 145 – Loi sur le Curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives (3), 140 – Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne concernant la Commission et instituant le Tribunal des droits de la personne (1) et 146 – Loi modifiant le Code civil du Québec et d'autres dispositions législatives afin de favoriser l'égalité économique des époux (1) », p. CI-2602 (M. Filion).

32. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 30, p. CI-2594 (M. Filion).

significative³³. Jusqu'alors, les régimes de protection étaient imposés aux citoyens. La nouvelle institution du mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant est porteuse d'espoir, parce qu'elle semble répondre au besoin des citoyens en leur accordant la possibilité de choisir tant la personne qui s'occupera d'eux que les pouvoirs qui lui seront accordés³⁴.

1.2 Le passage du mandat donné en prévision de l'inaptitude au mandat de protection

Bien que l'adoption et l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* soient des événements marquants pour la société québécoise, elles n'ont pas eu de grandes répercussions sur le mandat de protection³⁵. Ce n'est qu'en 1999 que le législateur apporte un premier changement significatif au droit procédural³⁶ relatif au mandat de protection avec la *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*³⁷ qui accorde des compétences aux notaires en ce qui concerne l'homologation du mandat de protection³⁸. Cette modification législative doit être soulignée, car elle témoigne d'un changement important : le notariat jouit d'une nouvelle reconnaissance du rôle qu'il peut jouer dans la protection juridique du majeur inapte. Il faut cependant retenir « que le notaire ne s'est pas vu attribuer un rôle judiciaire ou quasi-judiciaire »³⁹. Comme le précise le notaire Michel Beauchamp, ces dispositions sont adoptées « dans le but d'accélérer le processus d'obtention d'une décision judiciaire dans des dossiers où les droits liés directement à une personne sont en cause »⁴⁰.

En 2002, le législateur québécois apporte une première modification au droit substantif relatif au mandat de protection par l'ajout

33. D. GOUBAU, préc., note 15, n° 703, p. 717.

34. M. OUELLETTE, préc., note 29, 44 (n° 132).

35. Nous ne soulignons qu'un changement terminologique mineur : le « mandat donné dans l'éventualité de l'inaptitude du mandant » devient le « mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant » : voir *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, préc., note 1, art. 111 et *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2166.

36. Michel BEAUCHAMP, « Les nouvelles compétences attribuées au notaire : commentaires et critique », dans S.F.P.B.Q., vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée ? (2001)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 53, à la p. 55.

37. L.Q. 1998, c. 51.

38. *Ibid.*, art. 3; à ce sujet, voir L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 28, p. 2 et 3.

39. M. BEAUCHAMP, préc., note 36, p. 56.

40. *Ibid.*, p. 69.

de l'article 2167.1 au *Code civil du Québec*⁴¹ afin d'améliorer la protection des majeurs entre le moment de la survenance de l'incapacité et celui de l'homologation du mandat de protection⁴².

Lors de la révision du *Code de procédure civile* en 2014, le législateur revoit la terminologie employée en matière de protection contractuelle des majeurs incaptes⁴³. Diverses déclinaisons de l'expression « mandat donné en prévision de l'incapacité » étaient utilisées tant par les citoyens que par les auteurs de doctrine et les praticiens⁴⁴. La formule retenue par le législateur était critiquée par le professeur Claude Fabien :

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

Mais surtout, l'appellation du Code civil a le défaut de taire la finalité de l'institution. Ce silence n'est pas étranger à la confusion des perceptions. [...] Cette finalité est évidemment celle de la protection du mandant.⁴⁵

Le professeur Fabien propose de renommer l'institution « mandat de protection »⁴⁶. Pour reprendre ses propos :

L'appellation *mandat de protection* a une haute valeur symbolique et pédagogique. Elle véhicule tout un programme pour le mandataire.

41. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 19, art. 9; L. LAFLAMME, préc., note 17, p. 110.

42. *Infra*, p. 362.

43. *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 778, al. 1(6°).

44. C. FABIEN, préc., note 6, p. 113.

45. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'incapacité du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 413.

46. Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881, n° 71, p. 935; C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'incapacité du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 413 et 414.

Elle éclaire le sens de sa mission et la valorise. Elle ne peut avoir que des retombées positives.⁴⁷

Cette locution est retenue par le législateur qui suit le mouvement de la doctrine⁴⁸ et de la jurisprudence⁴⁹ qui l'ont intégrée progressivement dans le vocabulaire juridique.

Ces premières modifications sont sporadiques et ne constituent pas une révision globale de l'encadrement juridique du mandat de protection. Des tentatives de changements plus significatifs sont pourtant effectuées en ce sens.

Une première tentative a lieu en 2012, mais le projet de loi meurt au feuillet en raison des élections provinciales entraînant un changement de gouvernement. Le projet de loi 45 (2012) comporte six articles concernant le mandat de protection⁵⁰. Le législateur y précise que le mandat de protection doit être rédigé par un seul mandant⁵¹. Cette précision a pour effet de rejeter expressément la possibilité de conclure un mandat conjoint alors que la validité d'un tel mandat est incertaine en l'absence d'une interdiction claire. Le projet de loi prévoit trois autres modifications importantes, soit : l'autorisation d'inclure une clause au mandat selon laquelle il pourra être homologué bien que l'inaptitude du mandant soit partielle, l'indication obligatoire de modalités relatives à une reddition de compte sauf renonciation expresse de la part du mandant et l'obligation de confectionner un inventaire⁵².

Une seconde tentative de réforme du mandat de protection a lieu en 2016. Lorsqu'on compare le projet de loi 45 (2012) et le projet de loi 96 (2016), on constate que les modifications qui sont proposées sont

47. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 414.

48. Michel BEAUCHAMP, avec la collab. de Cindy GILBERT, *Tutelle, curatelle et mandat de protection*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 329; François DUPIN, « Autonomie et mandat de protection », dans S.F.C.B.G., vol. 315, *La protection des personnes vulnérables (2010)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 3; D. GOUBAU, préc., note 22, p. 719; C. MORIN, préc., note 23, p. 244.

49. *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 17, par. 17.

50. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection des personnes*, projet de loi n° 45, (présentation – 29 février 2012), 2^e sess., 39^e légis. Qc (ci-après « projet de loi 45 (2012) »), art. 33-38.

51. *Ibid.*, art. 34.

52. *Ibid.*, art. 35.

à toutes fins utiles les mêmes⁵³. Des auteurs semblent favorables au projet de loi⁵⁴, mais une fois de plus, la réforme est abandonnée en cours de route. Nous pouvons cependant observer que la question des mécanismes de surveillance du mandataire et celle de l'incapacité partielle retiennent encore l'attention du législateur.

Le 10 avril 2019, le ministre de la Famille, Mathieu Lacombe, présente un nouveau projet de loi⁵⁵ intitulé *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*⁵⁶. Ce projet propose une réforme significative du droit des personnes⁵⁷ et des changements intéressants pour le mandat de protection⁵⁸. Il est adopté à l'unanimité par l'Assemblée nationale le 2 juin 2020⁵⁹. Cette nouvelle réforme a été élaborée dans un délai nettement supérieur à celle de 1989. De plus, la période entre l'adoption et l'entrée en vigueur de la loi permet aux citoyens et aux praticiens du droit de prendre connaissance des changements qui seront apportés.

Mentionnons que plusieurs mémoires déposés lors des consultations particulières qui ont conduit à l'adoption de la loi font référence à la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*⁶⁰. C'est le cas de celui de la Chambre des notaires qui recom-

53. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection des personnes*, projet de loi n° 96, (présentation – 7 juin 2016), 1^{re} sess., 41^e légis. Q.C. (ci-après « projet de loi 96 (2016) »), art. 26-30. La seule l'exception est la modification terminologique, qui n'est plus nécessaire puisqu'elle a été réalisée au moment de l'adoption du nouveau *Code de procédure civile* en 2014.

54. Michel BEAUCHAMP, « Commentaire sur le Projet de loi 96 intitulé *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection des personnes* – Pour offrir une meilleure protection aux aînés et mieux protéger le patrimoine des mineurs », *Repères*, septembre 2016, *La référence*, EYB2016REP2043 (PDF); Christine MORIN, « Réflexions sur la lutte contre la maltraitance envers les aînés et le rôle des conseillers juridiques », (2017) 76 R. du B. 505, 549.

55. *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, préc., note 7, p. 2185 (M. Mathieu Lacombe).

56. Préc., note 8.

57. Voir, entre autres, *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 58.

58. *Infra*, section 2.

59. *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, préc., note 9, p. 7973.

60. 13 décembre 2006, (2008) 2515 R.T.N.U. 3 (n° 44910); voir CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire sur le projet de loi n° 18*; François DUPIN, *Commission parlementaire sur le projet de loi n° 18, portant titre : Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses* (à suivre...)

mande également de s'inspirer du régime adopté par le législateur français en 2007 pour encadrer le mandat de protection future afin d'améliorer le mandat de protection québécois⁶¹. Cette suggestion est appuyée par une doctrine québécoise préexistante qui propose aussi de considérer le modèle français⁶².

La France n'est cependant pas la seule juridiction de droit civil à avoir adopté un outil semblable au mandat de protection en Europe. La Suisse et la Belgique l'ont fait également avec une approche parfois plus innovatrice⁶³.

1.3 Le dialogue entre les droits québécois, français, suisse et belge et le droit international public

Les législateurs de la France, de la Suisse et de la Belgique ont tous adopté un mécanisme contractuel de protection anticipant la survenance de l'incapacité entre 2007 et 2013⁶⁴. L'entrée en vigueur des lois les mettant en place a eu lieu entre 2009 et 2014⁶⁵.

(...suite)

dispositions en matière de protection des personnes; Dominique GOUBAU, *Commission parlementaire sur le Projet de loi n° 18* Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes; Christine MORIN et Katherine CHAMPAGNE, *Mémoire de la chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des aînés*, mémoires déposés à la Commission des relations avec les citoyens, 1^{re} sess., 42^e légis., 2019.

61. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, préc., note 60, p. 41 et 42.
62. C. FABIEN, « Mandat de protection : dilemme du juge, dilemme du législateur », préc., note 4, p. 276; Jean LAMBERT, « Le mandat de protection a 17 ans; s'émancipera-t-il bientôt ? », (2007) 109 R. du N. 426; Brigitte LEFEBVRE, « L'étrange "mandat" qu'est celui donné en prévision de l'incapacité : 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 p. 82.
63. En ce qui concerne l'approche innovatrice des législateurs suisse et belge sur la question de l'aide médicale à mourir, voir Jacqueline POUSSON-PETIT, « Troisième millénaire : évolution ou révolution du droit des personnes et de la famille dans les pays européens ? », (2006) 3 R.T.D.F. 741, 757.
64. Dans l'ordre chronologique : *Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, J.O. 7 mars 2007, p. 4325 (France); ASSEMBLÉE FÉDÉRALE DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE, *Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation). Modification du 19 décembre 2008*, RO 2011, p. 725; voir aussi Philippe MEIER, *Droit de la protection de l'adulte : articles 360-456 CC*, Genève, Schulthess, 2016, n° 26, p. 15 et 16 (Suisse); *Loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine*, M.B., 14 juin 2013, p. 38132 (Belgique).
65. Dans l'ordre chronologique : *Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, préc., note 64, art. 45 (France); P. MEIER, (à suivre...)

Une influence commune derrière l'adoption de ces différentes lois est celle du droit international. Plus particulièrement, la *Recommandation 99(4) du Comité des ministres du Conseil de l'Europe*⁶⁶ et la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*⁶⁷ retiennent l'attention du législateur français dans l'élaboration de l'encadrement juridique du mandat de protection future⁶⁸. Les mêmes sources de droit international public ainsi que la *Recommandation CM/Rec (2009)11 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité*⁶⁹ influencent également les législateurs suisse⁷⁰ et belge⁷¹.

Le législateur français introduit la représentation contractuelle du majeur inapte par la *Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*⁷². L'entrée en vigueur de la loi est reportée au 1^{er} janvier 2009⁷³. Le 19 décembre 2008,

(...suite)

préc., note 64, n° 28, p. 16 (Suisse); *Loi portant modification et coordination de diverses lois en matière de justice (II)*, M.B., 19 mai 2014, p. 39863, art. 22 (Belgique).

66. CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DES MINISTRES, *Recommandation n° R (99) 4 du Comité des Ministres aux États membres sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables*, Strasbourg, 23 février 1999, en ligne : <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805e3038>.

67. Préc., note 60.

68. Hugues FULCHIRON, « Pour un instrument international sur la protection des personnes âgées vulnérables », dans Henri ROLLAND et François DAGOGNET (dir.), *Mélanges en l'honneur de Marie-France Callu*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 189, aux p. 198-199; Laurence GATTI, *La contractualisation, mode nouveau de protection de la personne*, Paris/Poitiers (France), L.G.D.J., Lextenso éditions/Presses universitaires juridiques Université de Poitiers, coll. « Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales », 2016, n° 7, p. 21 et 22; Ingrid MARIA et Charlotte ROBBE, « Chapitre 336 Majeur vulnérable : protection conventionnelle : mandat de protection future », dans *Dalloz action Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2016, n° 336.11; Nathalie PETERKA, « Le mandat de protection future : bilan et perspectives », *Deffrénois* 2017.8.497.

69. CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DES MINISTRES, *Recommandation CM/Rec (2009)11 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité*, Strasbourg, 9 décembre 2009, en ligne : <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cff5b>.

70. P. MEIER, préc., note 64, n°s 7-14, p. 6-8 et n° 362, p. 186.

71. Nicole GALLUS et Thomas VAN HALTEREN, *Le nouveau régime de protection des personnes majeures : analyse de la loi du 17 mars 2013*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n°s 49-53, p. 51-57.

72. *Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, préc., note 64.

73. *Ibid.*, art. 45.

c'est une modification au code civil suisse⁷⁴ qui est adoptée. Elle entre en vigueur le 1^{er} janvier 2013⁷⁵. Du côté de la Belgique, la *Loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine*⁷⁶ est adoptée par la Chambre des représentants le 28 février 2013 et elle entre en vigueur le 1^{er} septembre 2014⁷⁷. Les législateurs français, suisse et belge ont donc élaboré ces réformes de façon concomitante.

Chacun des outils issus de ces réformes a essentiellement la même finalité que le mandat de protection québécois, soit de favoriser l'autodétermination en permettant aux personnes majeures et aptes de choisir leur représentant dans l'éventualité de la survenance de leur inaptitude. La *Recommandation (99)4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes juridiques concernant la protection juridique des majeurs incapables* évoque ce principe⁷⁸. Il est demandé aux États de respecter, autant que possible, les désirs passés et présents de la personne concernée dans le cadre de l'ouverture d'une mesure de protection, notamment en ce qui a trait à l'identité du représentant ou de l'assistant⁷⁹. Le mandat représente une façon pour une personne majeure toujours apte de faire connaître ses souhaits à cet égard.

La chronologie de l'adoption des lois française, suisse et belge et des divers instruments internationaux laisse présumer des influences mutuelles. Cette hypothèse est soutenue par le préambule de la *Recommandation CM/Rec (2009)11 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité*⁸⁰. Il souligne l'adoption des deux autres outils du droit international ci-dessus mentionnés et le fait que certains États

74. ASSEMBLÉE FÉDÉRALE DE LA CONFÉDÉRATION SUISSE, préc., note 64; voir CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, *Message concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation)*, 2006, p. 6635.

75. P. MEIER, préc., note 64, n° 28, p. 16.

76. Préc., note 64.

77. *Loi portant modification et coordination de diverses lois en matière de justice (II)*, préc., note 65, art. 22.

78. CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DES MINISTRES, préc., note 66, Principe 2 – Souplesse dans la réponse juridique, point 7 : « Il conviendrait de prévoir et d'organiser les dispositions juridiques qu'une personne encore dotée de sa pleine capacité serait en mesure de prendre pour prévenir les conséquences de toute incapacité future. ».

79. *Ibid.*, Principe 9 – Respect des souhaits et des sentiments de la personne concernée.

80. CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DES MINISTRES, préc., note 69.

membres sont en cours de processus législatif sur la question de la représentation des majeurs inaptes au moyen d'outils contractuels.

L'adoption de mesures contractuelles de protection par les législateurs français, suisse et belge se veut une réponse à des besoins sociaux. En France, une solution contractuelle de rechange aux régimes légaux de protection des majeurs inaptes est réclamée par certains groupes au moment de l'élaboration de la réforme du droit des personnes⁸¹. Du côté des notaires en particulier, un auteur relève des demandes en ce sens datant d'un congrès tenu en 1984⁸², ce qui n'est pas sans rappeler le rôle joué par le notariat dans l'élaboration du mandat de protection au Québec. Le législateur belge réfère également aux « nombreuses réactions reçues des associations, des experts, etc., des deux côtés de la frontière linguistique »⁸³ lors du processus législatif menant à l'adoption de sa réforme.

Parmi les éléments relevant du contexte sociodémographique pris en compte tant par le législateur québécois⁸⁴ que par le législateur français⁸⁵, le législateur suisse⁸⁶ et le législateur belge⁸⁷, soulignons un désir de favoriser l'implication des familles dans la prise en charge de ses membres les plus vulnérables. Ce souhait n'est pas étranger au désir de limiter la dépense publique qui y est associée⁸⁸.

81. Thierry FOSSIER, « Projet de réforme des incapacités. Un objectif à ne pas oublier : protéger sans jamais diminuer », *Deffrénois* 2005.1.3, n° 2.

82. Laurent LEVENEUR, « Intérêts et limites du mandat de protection future », dans Frédéric BICHERON, Sophie GAUDEMET, Cyril GRIMALDI et Laurent POULET (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Paris, Deffrénois, Lextenso éditions, 2012, p. 571.

83. CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE, *Doc. parl., Chambre, 2^e session de la 53^e législature, doc. n° 53 1009/001*, 11 janvier 2011, p. 3 (italiques dans l'original non reproduits).

84. *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, 2^e sess., 33^e légis., 31 mai 1989, p. 6133 (M. Rémillard).

85. Marie-Charlotte DALLE et Laurence PÉCAUT-RIVOLIER, « Présentation de la Loi du 5 mars 2007 réformant la protection des majeurs », dans S.F.C.B.Q., *Congrès annuel du Barreau du Québec (2008)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 5.

86. P. MEIER, préc., note 64, n°s 35-37, p. 20-21.

87. CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE, préc., note 83, p. 39; CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE, *Doc. parl., Chambre, 3^e session de la 53^e législature, doc. n° 53 1009/010*, 16 juillet 2012, p. 31; N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, préc., note 71, n° 14, p. 21.

88. France : H. FULCHIRON, préc., note 68, p. 189 et 190; Jézabel JANNOT, « Les personnes vulnérables. Approche juridique : l'exemple français du mandat de protection future », dans Sylvie FERRÉ-ANDRÉ (dir.), *Vers la création d'un ordre juridique pour la Méditerranée*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 129, à la p. 131. Belgique : CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE, préc., note 83, (à suivre...)

Tout comme au Québec⁸⁹, le vieillissement de la population est évoqué dans les trois pays d'Europe afin d'appuyer la nécessité de permettre la conclusion de mandats prévoyant la protection du majeur en cas de survenance de son inaptitude⁹⁰.

Afin de répondre aux besoins de la population, les législateurs européens se sont tournés vers le droit comparé. Le législateur français s'est inspiré du Québec⁹¹. Il ne s'agit cependant pas du seul modèle duquel s'inspire la France, la littérature renvoyant parfois à l'expérience étrangère en général⁹². Le constat est le même en Suisse où l'expérience des juridictions étrangères, dont le Québec, est citée comme inspiration⁹³. C'est donc à juste titre que Claude Fabien souligne que le mandat de protection québécois a eu une « influence sur l'avancement du droit et des institutions ailleurs dans le monde »⁹⁴.

Le droit comparé inspire aussi le législateur belge dans l'élaboration de la *Loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine*⁹⁵.

(...suite)

p. 39; CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE, préc., note 87, p. 31; N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, préc., note 71, n° 14, p. 21. Suisse : P. MEIER, préc., note 64, nos 35-37, p. 19 et 20.

89. M. OUELLETTE, préc., note 29, 10 (n° 6).

90. Belgique : Alain-Charles VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthémis, 2013, p. 563. France : H. FULCHIRON, préc., note 68, p. 189-190; L. LEVENEUR, préc., note 82, p. 574. Suisse : Lise FAVRE, « Nouveau droit de la protection de l'adulte – Le mandat pour cause d'inaptitude », (2013) 94-3 RNR 145, 146; Thomas GEISER, « Remarques préliminaires aux art. 360-369 », dans Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI (dir.), *Protection de l'adulte*, Berne, Stämpfli éditions, 2013, n° 1, p. 109.

91. M.-C. DALLE et L. PÉCAUT-RIVOLIER, préc., note 85, p. 25; J. JANNOT, préc., note 88, p. 132; Nathalie PETERKA, Anne CARON-DÉGLISE et Frédéric ARBELLOT, *Protection de la personne vulnérable. Protection judiciaire et juridique des mineurs et des majeurs*, 4^e éd., Paris, Dalloz Action, 2017, n° 411.13, p. 611.

92. Philippe MALAURIE, *Les personnes : la protection des mineurs et des majeurs*, 7^e éd., coll. « Droit civil », Paris, L.G.D.J.-Lextenso éditions, 2014, n° 734, p. 317; Jean HAUSER, « L'enfance du mandat de protection », dans Viven ZALEWSKI-SICARD (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Raymond Le Guidec*, Paris, LexisNexis SA, 2014, p. 709.

93. CONSEIL FÉDÉRAL SUISSE, préc., note 74, p. 6658; P. MEIER, préc., note 64, n° 362, p. 186; Martin STETTLER, « La référence aux proches dans le droit actuel et futur de la protection des adultes », dans Jean KELLERHALS, Dominique MANAÏ et Robert ROTH (dir.) *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur Jean-François Perrin*, Genève, Bâle, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 109, à la p. 119.

94. C. FABIEN, « Mandat de protection : dilemme du juge, dilemme du législateur », préc., note 4, p. 276.

95. Préc., note 64.

Contrairement aux législateurs français et suisse, le législateur belge s'inspire du droit anglais⁹⁶, notamment dans l'objectif de répondre à certaines critiques formulées dans le cadre d'auditions pendant le processus d'élaboration de la loi, dont une trop grande ressemblance entre les protections judiciaire et extrajudiciaire et un alourdissement de la charge de travail des juges de paix⁹⁷.

Malgré leur adoption dans des contextes similaires, les mesures contractuelles de protection ont évolué différemment dans les trois pays. En Suisse, les dispositions législatives n'ont pas été modifiées depuis l'entrée en vigueur de la loi malgré la demande d'un rapport d'évaluation au Conseil fédéral⁹⁸. On observe également une certaine stabilité législative du côté de la France⁹⁹, contrairement à la Belgique où les changements sont nombreux.

L'une des modifications apportées à l'encadrement juridique du mandat de protection extrajudiciaire belge qui nous apparaît significative a trait à son champ d'application. Au moment de l'adoption de la loi belge, le législateur avait restreint les pouvoirs pouvant être accordés au moyen du mandat de protection extrajudiciaire à l'administration des biens de la personne vulnérable¹⁰⁰. En 2018, l'institution belge se rapproche de ses équivalents fonctionnels québécois, français et suisse en permettant au mandant d'accorder au mandataire des pouvoirs quant à certains aspects de la protection juridique relatifs à sa personne¹⁰¹. Le législateur belge

96. Thierry DELAHAYE, *La protection judiciaire et extrajudiciaire des majeurs en difficulté*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2016, n° 18, p. 22; N. GALLUS et T. VAN HALTEREN, préc., note 71, n° 54, p. 57; *Contra* : Etienne BEGUIN et Jean FONTEYN, « Le mandat de protection extrajudiciaire », (2014) 140-3086 *R. n. b.* 463, 464.

97. CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE, préc., note 87, p. 31.

98. P. MEIER, préc., note 64, n° 29, p. 16 et 17.

99. Une seule modification substantielle retient notre attention. La *Loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 portant adaptation de la société au vieillissement*, J.O. 29 décembre 2015, p. 24268, crée l'article 477-1 du Code civil français en réponse aux critiques relatives à l'absence de publicité du mandat de protection future. Pour une étude à ce sujet, voir David NOGUÉRO, « La publicité des mesures de protection des majeurs (ouverture, vie et fin des mesures) », dans Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE, Adeline GOUTTENOIRE, Marie LAMARCHE, Christophe RADÉ, Bernard SAINTOURENS, Jean-Christophe SAINT-PAU et Guillaume WICKER (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Paris, LexisNexis SA – Éditions Dalloz, 2012, p. 467, aux p. 486-493.

100. *Loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine*, préc., note 64, art. 33.

101. *Loi portant des dispositions diverses en matière de justice*, Moniteur belge, 31 décembre 2018, p. 106560, art. 6.

souhaite ainsi « inciter encore davantage les gens à réfléchir aux mesures à prendre »¹⁰² en « renforçant » le mandat de protection extrajudiciaire. En d'autres termes, il favorise le recours à cet instrument en permettant au mandant de prévoir sa protection de façon plus globale au moyen d'un outil unique.

Nous constatons plusieurs similitudes parmi les sources de préoccupations et d'inspiration des quatre législateurs. Les travaux des législateurs sont tous inspirés d'outils de droit international. Ces mêmes outils avaient pour fonction d'orienter les réformes en cours d'élaboration. Les influences sont donc réciproques, stimulant une forme de dialogue. Le mandat de protection québécois et ses équivalents fonctionnels dans les autres régimes juridiques à l'étude sont fondés sur une même volonté d'anticipation de l'incapacité au moyen d'un mandat. Ils cherchent à répondre à des besoins similaires qui émergent dans un contexte sociodémographique comparable. C'est en raison de cette convergence qu'il apparaît opportun de s'intéresser aux régimes juridiques français, belge et suisse ainsi qu'aux sources du droit international les ayant inspirés, pour observer, critiquer et améliorer l'encadrement juridique du mandat de protection québécois.

Même si la finalité poursuivie des mécanismes contractuels de protection est semblable dans les quatre juridictions à l'étude, des particularités dans la conception de l'institution émergent à la lecture de leur définition respective. La comparaison des définitions québécoise et française met en lumière une différence significative à cet égard. Le législateur québécois perçoit le mandat de protection comme une institution qui permet au mandant d'anticiper uniquement sa propre protection¹⁰³. En France, le mandat de protection future pour autrui est possible¹⁰⁴. Le Code civil français prévoit ce qui suit :

Les parents ou le dernier vivant des père et mère, ne faisant pas l'objet d'une mesure de curatelle ou de tutelle ou d'une habilitation familiale, qui exercent l'autorité parentale sur leur enfant mineur ou assument la charge matérielle et affective de leur enfant majeur peuvent, pour le

102. CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS DE BELGIQUE, *Doc. parl., Chambre, 6^e session de la 54^e législature, doc. n° 54 3303/008*, 30 novembre 2018, p. 6.

103. Art. 2166, al. 1 C.c.Q. : « Le mandat de protection est celui donné par une personne majeure en prévision de son inaptitude à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens; il est fait par acte notarié en minute ou devant témoins. » (Nos soulignements).

104. M.-C. DALLE et L. PÉCAUT-RIVOLIER, *préc.*, note 85, p. 25.

cas où cet enfant ne pourrait plus pourvoir seul à ses intérêts pour l'une des causes prévues à l'article 425, désigner un ou plusieurs mandataires chargés de le représenter. Cette désignation prend effet à compter du jour où le mandant décède ou ne peut plus prendre soin de l'intéressé.¹⁰⁵ (Nos soulignements)

Cette disposition permet au parent préoccupé par l'avenir de son enfant, qu'il soit mineur ou majeur, de prévoir la protection juridique de ce dernier pour le moment où il ne pourra lui-même plus s'en occuper. Elle offre une possibilité actuellement inexistante au Québec, celle de prévoir un régime contractuel de protection au bénéfice de personnes qui ne peuvent conclure un mandat de protection en raison de leur inaptitude si la nature de la relation entre le mandant et le bénéficiaire le justifie. La protection contractuelle n'est pas limitée à la personne du mandant. Elle peut être élargie et bénéficier aux enfants mineurs ou majeurs dont le mandant a la charge.

D'autres différences entre les régimes québécois et français permettent aussi de constater des disparités dans la façon d'envisager les fondements de la protection contractuelle ou extrajudiciaire du majeur. Précisons d'entrée de jeu que la préséance accordée à l'exécution du mandat de protection future par rapport à l'ouverture d'un régime légal de protection dans tous les cas où cela est dans l'intérêt de la personne concernée est codifiée du côté de la France¹⁰⁶. Au Québec, la loi n'accorde aucune préséance à l'homologation du mandat de protection par rapport à l'ouverture d'un régime de protection¹⁰⁷. En raison de l'importance du droit à l'autodétermination, elle sera néanmoins préférée si le mandat de protection est complet et ne compromet pas l'intérêt du majeur concerné¹⁰⁸. Comme le mandat de protection a été conçu pour permettre aux citoyens d'éviter le recours aux régimes légaux de protection, l'absence d'une reconnaissance législative de sa préséance nous apparaît inexplicable.

La procédure de mise en œuvre du mandat de protection future français se distingue considérablement de la procédure d'homologation du mandat de protection québécois. Bien qu'il s'agisse d'une

105. Art. 477, al. 3 C.c.fr.

106. Art. 428, al. 1 C.c.fr.

107. S.R. et R.R., 2016 QCCS 3940, par. 80.

108. Lucie LAFLAMME, « Le livre Des personnes : dix ans après », (2003) 105 *R. du N.* 155, 187.

procédure nécessaire, leur finalité est différente. La procédure française ne présente pas le caractère judiciaire de la procédure québécoise, étant présentée devant un greffier qui effectue un contrôle formel de l'acte¹⁰⁹. Bien qu'un certificat médical circonstancié qui doit être complété par un médecin inscrit à une liste à cet effet¹¹⁰ soit nécessaire¹¹¹, il n'y a pas d'évaluation de nature psychosociale requise. De plus, il n'y a aucun contrôle d'opportunité de la part du greffier au moment de la mise en œuvre¹¹².

D'autres particularités de l'encadrement juridique du mandat de protection future français, du mandat pour cause d'inaptitude suisse et du mandat de protection extrajudiciaire belge, telles la possibilité d'une mise en œuvre partielle du mandat reconnue en Suisse¹¹³ et en Belgique¹¹⁴ et la limitation des pouvoirs qui peuvent être accordés par le mandant en fonction de la forme retenue prévue en France¹¹⁵ et en Belgique¹¹⁶, permettent d'envisager une remise en question du modèle adopté par le législateur québécois. Ces particularités appuient également certaines pistes de solutions mises de l'avant par la doctrine et la jurisprudence québécoise, tel que nous le montrerons. La mention répétitive de la *Convention relative aux droits des personnes handicapées*¹¹⁷ lors du processus législatif menant à l'adoption de la *Loi en matière de protection des personnes* (2020) appuie encore davantage la référence aux régimes français, suisse et belge qui ont tous été influencés par cet outil de droit international.

Nous avons vu que le mandat de protection a été conçu dans un contexte de précipitation du législateur, alors qu'il ne bénéficiait d'aucune législation ou doctrine civiliste pour l'inspirer dans l'élaboration de l'encadrement juridique de cette nouvelle institution. Bien qu'il ne s'agisse que d'une hypothèse, cette précipitation est possiblement à l'origine de certaines difficultés contemporaines liées au mandat de protection.

109. Art. 1258-2 C.p.c. fr.

110. Art. 431 C.c.fr.

111. Art. 431 et 481 C.c.fr.

112. Art. 481, al. 2 C.c.fr.

113. L. FAVRE, préc., note 90, p. 151.

114. Art. 490/1 §2 C.c. belge.

115. Art. 490 et 493 C.c.fr.

116. E. BEGUIN et J. FONTEYN, préc., note 96, p. 468.

117. Préc., note 60.

2. L'adaptation du mandat de protection québécois à la société de demain

Les difficultés contemporaines les plus importantes avec le mandat de protection découlent, à notre avis, de l'inadéquation entre les fondements de l'institution et son cadre juridique (2.1). D'autres difficultés semblent plutôt découler de sa mise en œuvre pratique (2.2).

2.1 L'appartenance fondamentale de la protection contractuelle du majeur inapte au droit des personnes

Le mandat de protection est « traditionnellement enseigné et analysé avec [les régimes de protection] »¹¹⁸. Ce constat nous ramène directement au débat doctrinal portant sur la nature du mandat de protection et sur son emplacement dans le *Code civil du Québec*.

On a vu que les dispositions concernant le mandat de protection ont été adoptées lors de la réforme de 1989 relative aux régimes légaux de protection du majeur¹¹⁹, bien que le principe les animant ait été proposé quelques mois plus tôt dans le cadre de la révision du droit des obligations¹²⁰. Elles ont toutefois été ajoutées avec celles traitant du mandat, parmi les contrats nommés, plutôt qu'avec celles sur les régimes de protection. Cette situation à l'intérieur du Code civil est à l'origine d'une réflexion collective sur la nature du mandat de protection, parfois qualifié de contrat, parfois de régime de protection et parfois d'institution hybride.

Les auteurs soutenant la thèse contractuelle utilisent, entre autres, l'argument de l'emplacement des dispositions traitant du mandat de protection dans le *Code civil du Québec* pour appuyer leur réflexion¹²¹. L'ajout de l'article 2167.1 au Code plutôt que le déplacement des articles encadrant le mandat de protection vers le

118. L. LAFLAMME, préc., note 108, p. 179.

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

120. QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, préc., note 19, p. SCI-294 (M. Jean Lambert).

121. Kim DÉSILETS, « Le mandat en cas d'inaptitude : La réconciliation des idées », (2008) 38 *R.D.U.S.* 291, 304.

livre « Des personnes » en 2002 témoigne, selon eux, d'une volonté ferme du législateur de consacrer la thèse contractuelle¹²².

Les auteurs qui défendent la thèse selon laquelle le mandat de protection est un régime de protection ou la thèse hybride fondent plutôt leur analyse sur le contexte dans lequel il a été introduit dans le droit québécois, celui d'une loi visant à réformer le droit des personnes¹²³. Selon certains d'entre eux, les dispositions relatives au mandat de protection devraient se trouver au « Livre premier – Des personnes »¹²⁴.

Le débat sur la nature du mandat de protection est également animé par des valeurs, comme l'a relevé à juste titre l'avocate et chargée de cours Kim Désilets :

Si plusieurs associent le mandat en cas d'inaptitude aux régimes de protection, c'est principalement pour protéger le principe du respect de l'autonomie résiduelle de la personne. Pour les autres, le respect du principe de l'autodétermination de la personne s'avère plus important. Pour cette raison, ces derniers le considèrent comme un contrat.¹²⁵

La doctrine majoritaire s'accorde cependant pour affirmer que « l'homologation du mandat ouvre un véritable régime de protection, même si ce régime marque, à certains égards, des différences notoires d'avec les régimes de tutelle et de curatelle »¹²⁶.

À cet égard, nous croyons qu'il est possible de faire une analogie avec le testament. Malgré son caractère synallagmatique¹²⁷, le mandat de protection est, en quelque sorte, aux régimes de protection ce qu'est le testament¹²⁸ aux règles de la dévolution légale¹²⁹, c'est-à-dire une réponse autodéterminée à la survenance d'un fait dont la loi prévoit normalement les conséquences juridiques. Pourquoi le mandat de protection et les régimes de protection ne se

122. *Ibid.*, 307; M. BEAUCHAMP, préc., note 48, p. 334 et 335; L. LAFLAMME, préc., note 108, p. 181.

123. K. DÉSILETS, préc., note 121, p. 297.

124. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 414; G. GUAY, préc., note 3, n° 8, p. 4; J. LAMBERT, préc., note 62, p. 431 et 432.

125. K. DÉSILETS, préc., note 121, p. 295 et 296.

126. D. GOUBAU, préc., note 15, n° 797, p. 828.

127. M. BEAUCHAMP, préc., note 48, p. 331.

128. Art. 704, al. 1 C.c.Q.

129. Art. 703 C.c.Q.

retrouvent-ils pas dans un même livre du Code civil, comme c'est le cas pour le testament et les dispositions relatives aux successions ? L'étude de l'introduction du mandat de protection en droit québécois nous porte à croire que son rattachement au droit des obligations est artificiel et qu'il découle des circonstances de sa genèse, soit de la proposition de son principe lors de l'étude du droit des obligations¹³⁰.

Il est reconnu que l'organisation des dispositions à l'intérieur d'un Code civil exerce une influence sur leur interprétation et leur étude dans les juridictions de tradition civiliste :

L'argument « systématique » part de l'hypothèse que le droit est ordonné et que ses diverses normes forment un système, dont les éléments peuvent être interprétés en fonction du contexte où ils se trouvent insérés.¹³¹

Les règles encadrant le mandat de protection future se trouvent au « Livre I^{er} : Des personnes » du Code civil français. Les dispositions pertinentes du Code civil belge au sujet du mandat de protection extrajudiciaire se trouvent « dans la section 2 (“De la protection extrajudiciaire”) du chapitre II (“Des personnes protégées”), du titre XI (“De la majorité”) du Livre I^{er} (“Des personnes”) du Code civil, et non sous le Titre XIII du même Code consacré au mandat »¹³² de façon similaire au modèle français. Ces choix des législateurs européens ont l'avantage de souligner le caractère distinct du mandat rédigé en prévision d'une perte des facultés cognitives du mandant ainsi que sa fonction première, soit la protection de l'adulte.

130. C. FABIEN, « Mandat de protection : dilemme du juge, dilemme du législateur », préc., note 4, p. 270 et 271; J. LAMBERT, préc., note 20, p. 89.

131. Jean-Louis BERGEL, « Spécificité des codes et autonomie de leur interprétation », dans Pierre-André CÔTÉ (dir.), *Le nouveau Code civil : interprétation et application. Les journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 3, à la p. 15. Voir également Pierre-André CÔTÉ, avec la collab. de Stéphane BEAULAC et Mathieu DEVINAT, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2009, EYB2009THM225, n^o 1162 : « La préoccupation de cohérence dans l'interprétation se manifeste aussi bien en common law qu'en droit civil, mais elle prend, dans le cadre de l'interprétation d'un code, une importance toute particulière. D'une part, l'idée même de code, dans la tradition civiliste, connote les idées de système et de cohérence. »

132. Audrey LEUBA, « Le mandat pour cause d'inaptitude dans le projet de révision du code civil », dans Margareta BADDELEY (dir.), *La protection de la personne par le droit : Journée de droit civil 2006 en l'honneur du Professeur Martin Stettler*, Genève, Schulthess, 2007, p. 41 et 42.

L'emplacement des dispositions relatives à la protection contractuelle des majeurs inaptes dans le Code civil suisse se distingue à la fois de celui des dispositions analogues québécoises et de celui des dispositions françaises et belges. Elles se trouvent au deuxième livre (Droit de la famille). Nous croyons cependant qu'il est préférable de ne pas associer systématiquement la protection des personnes en situation de vulnérabilité ou inaptes au droit de la famille, car nous considérons que ce lien ne met pas en avant-plan l'identité du bénéficiaire, soit l'individu lui-même, et le rôle que la collectivité peut assumer à son égard¹³³.

Il serait souhaitable que l'emplacement des dispositions relatives au mandat de protection reflète plus adéquatement l'ensemble des valeurs devant sous-tendre l'encadrement juridique de la protection anticipée contractuellement du majeur inapte, soit la primauté de l'intérêt de la personne, du respect de ses droits et de la sauvegarde de son autonomie dans le cadre de la prise de décisions à son sujet¹³⁴. C'est pourquoi nous adhérons au courant doctrinal qui propose le déplacement des articles 2166 et suivants du Code civil vers le livre « Des personnes »¹³⁵. Concrètement, le déplacement de ces articles vers le livre « Des personnes » mettrait de l'avant la prise en considération de la sauvegarde de l'autonomie résiduelle du majeur dans le contexte de l'homologation et de l'exécution du mandat de protection. Le législateur a plutôt opté pour l'ajout d'une disposition précisant ces valeurs dans la section du Code civil portant sur le mandat de protection¹³⁶. Nous continuons néanmoins de croire que le déplacement des articles pertinents du livre « Des obligations » vers le livre « Des personnes » enverrait un message significativement plus marquant. Le droit supplétif s'y appliquant

133. M. ALBERTSON FINEMAN, « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », (2008) 20 *Yale L.J. & Feminism* 1, 11 : « In addition, society has historically dealt with dependency by relegating the burden of care-taking to the family, which is located within a zone of privacy, beyond the scope of state concern absent extraordinary family failures, such as abuse or neglect. Thus largely rendered invisible within the family, dependency is comfortably and mistakenly assumed to be adequately managed for the vast majority of people. »

134. Art. 257 C.c.Q.

135. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 414, 415 et 434; G. GUAY, préc., note 3, n° 8, p. 4; J. LAMBERT, préc., note 20, p. 92.

136. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 84.

devenant celui prévu aux dispositions relatives aux régimes de protection plutôt qu'au mandat, certaines difficultés pratiques seraient ainsi corrigées¹³⁷.

De plus, à des fins pédagogiques, il serait pertinent de retrouver l'ensemble des dispositions relatives à la protection juridique des majeurs inaptes dans un tout cohérent plutôt qu'à deux endroits très distincts du Code civil. L'appartenance fondamentale du mandat de protection au droit des personnes ne serait que renforcée par son appartenance structurelle au livre du Code civil qui en traite.

Bien que cette voie n'ait pas été retenue par le législateur dans la *Loi en matière de protection des personnes* (2020)¹³⁸, rappelons que le mandat de protection devrait bientôt être modifié en profondeur pour une première fois par une loi intitulée « *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes* » (nos soulignements). Malgré le fait que son principe ait été proposé lors de l'étude du droit des obligations dans le cadre des travaux devant mener à l'adoption du *Code civil du Québec*¹³⁹, le mandat de protection a été introduit dans une loi concernant le droit des personnes¹⁴⁰. Il sera modifié par une loi de même nature. Nous pouvons en déduire que le législateur associe étroitement le mandat de protection à cette branche du droit.

Cette association s'explique notamment par le fait que le mandat de protection répond à des besoins qui apparaissent dissonants dans le contexte du droit des contrats, selon lequel chaque partie est la personne la mieux placée pour défendre ses propres intérêts¹⁴¹. Le fonctionnement traditionnel du mandat repose sur la nécessité d'une surveillance par le mandant des gestes que le mandataire

137. B. LEFEBVRE, préc., note 62, p. 81 et 82.

138. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8.

139. *Supra*, section 1.1.

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

141. Au sujet de l'autonomie de la volonté, des critiques et de l'affaiblissement de cette théorie, voir : Jean-Louis BAUDOIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd. par P.-G. JOBIN et Nathalie VÉZINA, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, nos 80-82, p. 132-138; Frédéric LEVESQUE, *Précis de droit québécois des obligations – Contrat. Responsabilité. Exécution et extinction*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, nos 39-41, p. 25-27.

pose en son nom, qui est incompatible avec son inaptitude¹⁴². C'est en raison de l'impossibilité pour le mandant de protéger ses propres intérêts qu'un mandat « ordinaire » doit prendre fin et qu'un régime de protection doit être ouvert ou que le mandat de protection doit être homologué. On aurait donc pu s'attendre à ce que le législateur prévoie des mesures de surveillance importantes du mandataire dans le cadre de l'exécution du mandat de protection. Ce n'est pas ce qui avait été fait et cette absence a entraîné des problèmes pour des mandants.

La *Loi en matière de protection des personnes* (2020) prévoit que le mandataire sera tenu de produire un inventaire des biens à administrer dans un délai de 60 jours suivant l'homologation et de le transmettre à la personne désignée pour recevoir les comptes rendus, sans possibilité pour le mandant de prévoir une exemption à ce sujet¹⁴³. Conséquemment à l'entrée en vigueur de la *Loi en matière de protection des personnes* (2020), le mandant devra également prévoir une reddition de compte :

Le mandat doit indiquer la personne à qui le mandataire doit rendre compte ainsi que la fréquence de la reddition de compte, laquelle ne peut excéder trois ans. À défaut de désignation de la personne à qui le mandataire doit rendre compte ou lorsque la personne désignée pour recevoir le compte ne peut agir, le tribunal peut désigner une personne qui le recevra. Le curateur public peut être désigné pour recevoir le compte, tant par le mandant que par le tribunal.¹⁴⁴

Pour comprendre en quoi ces modifications législatives apparaissaient nécessaires, il convient de revenir à l'état actuel du droit. Lors de la rédaction du mandat, le mandant doit déterminer s'il souhaite mettre en place des mécanismes de surveillance du mandataire dans le cadre de son administration, dont l'inventaire et la reddition de compte. Le mandant peut aussi, pour le moment, choisir de ne mettre en place aucune mesure de surveillance du mandataire.

142. C. MORIN, préc., note 23, p. 246.

143. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 84.

144. Art. 2166.1, al. 3 C.c.Q., tel qu'édicte par la *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 83 (non en vigueur).

Le curateur public peut exercer une certaine surveillance des gestes posés par le mandataire, mais ses pouvoirs sont restreints dans le cadre de l'exécution d'un mandat de protection en l'absence de dénonciation¹⁴⁵. Le curateur public peut agir de sa propre initiative ou sur signalement¹⁴⁶, mais il ne peut être nommé pour recevoir une reddition de compte ni par le mandant lui-même ni par le tribunal¹⁴⁷. Le tribunal ne possède d'ailleurs pas la compétence matérielle requise pour imposer une reddition de compte au mandataire si le mandant ne l'a pas fait lui-même, que la personne chargée de la recevoir soit un proche ou le curateur public¹⁴⁸. Or, si le mandant fait le choix de ne pas prévoir de reddition de compte, la possibilité qu'une dénonciation soit faite au curateur public devient quelque peu illusoire. En 2009, l'avocat et ancien professeur Claude Fabien rédigeait ce qui suit :

Entre le modèle actuel qui écarte le curateur public et celui qui le chargerait de la surveillance de tous les mandats de protection, il existe des solutions mitoyennes. Par exemple, le mandant qui ne connaît personne pour recevoir le compte pourrait obliger le mandataire à le présenter au curateur public, comme s'il s'agissait d'une tutelle. Le juge qui homologue le mandat pourrait faire de même, si les circonstances justifient une telle mesure. De la même manière, le juge saisi d'une contestation de la gestion du mandataire pourrait imposer une telle solution, s'il est d'avis que l'intérêt du mandant milite en faveur du maintien du mandat, tout en l'assortissant d'un mécanisme de surveillance que le mandant n'avait pas prévu. De telles mesures de souplesse permettraient de couvrir les majeurs inaptes qui en ont le plus besoin, sans ruiner le budget de la justice.¹⁴⁹

Certes, l'un des objectifs de la création du mandat de protection était précisément d'offrir la possibilité aux citoyens de bénéficier d'un mécanisme de protection où l'intervention de l'État était très limitée¹⁵⁰. Cependant, « l'expérience des dernières années a démontré des cas d'abus et de mauvaise administration de la part de certains mandataires »¹⁵¹.

145. Au contraire, il exerce une surveillance étroite lorsqu'un régime de protection est ouvert au majeur : *Loi sur le curateur public*, RLRQ, c. C-81, art. 20.

146. *Ibid.*, art. 27.

147. *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 17.

148. *Ibid.*

149. C. FABIEN, « Mandat de protection : dilemme du juge, dilemme du législateur », préc., note 4, p. 275.

150. *Supra*, section 1.1.

151. G. GUAY, préc., note 3, n° 121, p. 35.

Une intervention législative s'imposait en matière de surveillance du mandataire, ce qui a été répété à maintes reprises dans la littérature¹⁵². Dès 2006, la Cour d'appel interpellait le législateur à ce sujet¹⁵³. La *Convention relative aux droits des personnes handicapées*, adoptée à l'Organisation des Nations Unies en 2006, alimente également les réflexions sur les mesures de surveillance du mandataire :

Les États Parties font en sorte que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique soient assorties de garanties appropriées et effectives pour prévenir les abus, conformément au droit international des droits de l'homme. Ces garanties doivent garantir que les mesures relatives à l'exercice de la capacité juridique respectent les droits, la volonté et les préférences de la personne concernée, soient exemptes de tout conflit d'intérêts et ne donnent lieu à aucun abus d'influence, soient proportionnées et adaptées à la situation de la personne concernée, s'appliquent pendant la période la plus brève possible et soient soumises à un contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire. Ces garanties doivent également être proportionnées au degré auquel les mesures devant faciliter l'exercice de la capacité juridique affectent les droits et intérêts de la personne concernée.¹⁵⁴ (Nos soulignements)

Diverses solutions étaient envisageables, dont certaines émanent du droit comparé. La France se distingue du Québec en imposant une surveillance du mandataire par des mécanismes de contrôle rigoureux¹⁵⁵. Dans le cas spécifique du mandat de protection future notarié, la surveillance de l'exécution du mandat est prévue à même la loi. Le notaire qui a reçu l'acte doit lui-même recevoir l'inventaire et les redditions de compte du mandataire dans l'éventualité de la survenance de l'inaptitude du mandant¹⁵⁶. Plus encore, le législateur lui impose un devoir d'alerter le juge des tutelles en cas d'utilisation inadéquate des fonds¹⁵⁷. La mission de l'officier public perdue donc bien après la réception de l'acte.

152. Voir notamment C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 423 et 424; L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 28, p. 135 et s.; J. LAMBERT, préc., note 62, p. 441 et 442.

153. *Québec (Curateur public) c. D.S.*, préc., note 17, par. 38 : « Cela dit, il serait souhaitable que le législateur se penche sur la question des conditions dont un tribunal peut assortir l'homologation d'un mandat de protection, notamment au chapitre de la reddition de compte, pour permettre d'assurer au mieux l'intérêt et la protection des mandants inaptes. »

154. Préc., note 60, art. 12, al. 4.

155. Art. 486 C.c.fr.

156. Art. 491, al. 1 C.c.fr.

157. Art. 491, al. 2 C.c.fr.

Tout comme l'avait notamment suggéré la professeure Brigitte Lefebvre, nous croyons que le législateur québécois a apporté une solution intéressante au manque de surveillance du mandataire en reproduisant en partie ce qui a été prévu en France¹⁵⁸. Plutôt que de laisser une totale liberté au mandant quant aux mécanismes de surveillance prévus à même son mandat, il est préférable d'exiger qu'un inventaire soit confectionné dès le début de l'administration¹⁵⁹. Considérant que le mandataire doit impérativement produire une reddition de compte finale¹⁶⁰, plutôt qu'ajouter un fardeau inutile, cette obligation facilitera sa tâche qui serait autrement compliquée en l'absence d'inventaire initial¹⁶¹.

La question de la reddition de compte a cependant une réponse beaucoup moins simple. Les projets de loi de 2012¹⁶², 2016¹⁶³ et 2019¹⁶⁴ prévoyaient tous un système où le mandant devait expressément exempter son mandataire de produire une reddition de compte ou en prévoir les modalités à même son mandat. Cependant, des amendements apportés au projet de loi 18 ont fait évoluer la proposition vers une disposition ne permettant pas une telle dispense¹⁶⁵.

La nouvelle proposition du législateur québécois apparaît intéressante. Ce modèle se rapproche de celui de la France en excluant la possibilité d'accorder une dispense et en traitant de la fréquence à laquelle les redditions de compte doivent avoir lieu, mais laisse plus de flexibilité dans la détermination des modalités. La réponse

158. B. LEFEBVRE, préc., note 62, à la p. 82.

159. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 425.

160. Art. 2184 C.c.Q.

161. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 425; G. GUYAY, préc., note 3, n° 117, p. 34.

162. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection des personnes*, projet de loi n° 45, préc., note 50, art. 35.

163. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection des personnes*, projet de loi 96 (2016), préc., note 53, art. 27.

164. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, projet de loi n° 18, (présentation – 10 avril 2019), 1^{re} sess., 42^e légis., art. 81.

165. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 84.

législative à cette lacune importante de l'encadrement juridique du mandat de protection est une modification à la fois audacieuse et très attendue.

Le législateur a également anticipé le cas où la personne désignée pour recevoir le compte ne peut agir en permettant au tribunal d'identifier un remplaçant¹⁶⁶, solution qui sera vraisemblablement interprétée comme étant applicable aux cas où cette même personne ne *veut* pas agir. Particulièrement, la possibilité nouvellement reconnue, tant au mandant qu'au tribunal, de désigner le curateur public comme entité devant recevoir les comptes est la bienvenue dans un contexte où il est possible que cette option soit préférable, que ce soit en raison du nombre limité de personnes dans l'entourage du mandant en qui il a suffisamment confiance pour accorder une tâche de cette nature ou du contexte familial qui est le sien. Nous soulignons au passage que le pouvoir nouvellement reconnu au tribunal de suppléer à l'absence de mécanismes de surveillance dans le mandat de protection existe déjà dans le régime juridique belge¹⁶⁷.

La *Loi en matière de protection des personnes* (2020) ne contraint pas le notaire à recevoir les redditions de compte du mandataire une fois qu'un mandat qu'il a reçu a été homologué, comme c'est le cas en France. Considérant la réticence des notaires français à faire la promotion du mandat de protection future en conséquence de la lourde responsabilité professionnelle qui leur incombe pour cette raison¹⁶⁸, il était préférable d'éviter de répliquer ce mécanisme.

En attendant l'entrée en vigueur de ces modifications législatives, il est du devoir du conseiller juridique de discuter avec le mandant de l'importance de prévoir des mesures de surveillance de l'administration du mandataire. Comme cela a été dit avec éloquence par Claude Fabien, « [on] s'en remet à la loi, sans savoir qu'elle en dit malheureusement trop peu »¹⁶⁹. C'est pourquoi il importe de renseigner le mandant sur les risques encourus en l'absence de confection d'un inventaire en début d'administration et de reddition de compte annuelle¹⁷⁰. Nous considérons comme

166. *Ibid.*

167. Art. 490/1 §2 C.c. belge.

168. P. MALAURIE, préc., note 92, n° 736.

169. C. FABIEN, « Mandat de protection : dilemme du juge, dilemme du législateur », préc., note 4, p. 266.

170. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 426; C. MORIN, préc., note 54, p. 543.

préoccupante la pratique répandue de ne pas prévoir ces mesures élémentaires de protection du mandant¹⁷¹. Pour reprendre les propos de la professeure Christine Morin, « [la] confection d'un inventaire au moment de l'entrée en fonction du mandataire et la reddition de comptes annuelle font partie des mesures minimales de surveillance à prévoir dans le mandat de protection »¹⁷².

Face à des réticences de la part d'un client, son conseiller juridique peut l'éduquer sur le fait que l'inventaire et la reddition de compte ne devraient pas être perçus comme des signes de méfiance envers le mandataire. Au contraire, il s'agit de mesures de protection qui profitent tant au mandant qu'à son représentant légal, qui bénéficiera de preuves si des doutes étaient soulevés quant à son administration du patrimoine. L'entrée en vigueur des modifications législatives facilitera la tâche des conseillers juridiques à cet effet en faisant de la mise en place de ces mesures un élément obligatoire du contenu du mandat. Toutefois, il serait préférable que les praticiens adaptent dès maintenant leur pratique à l'état projeté du droit en prévoyant systématiquement la confection d'un inventaire et les modalités d'une reddition de compte.

La *Loi en matière de protection des personnes (2020)* est à l'origine d'une importante réforme dans le cadre de laquelle les notaires et avocats devront répondre à un besoin d'éducation de la population au sujet de l'évolution récente du droit. De plus, l'importance pour les professionnels du droit de transmettre une information juste et fiable est indéniable lorsque certains mythes persistent.

L'un des mythes qui subsistent au sujet de l'encadrement juridique du mandat de protection est mis en lumière par une étude récente réalisée auprès d'une centaine de personnes de 68 ans et plus¹⁷³ qui révèle ce qui suit :

En ce qui concerne l'énoncé « Le Curateur public du Québec (ou la curatelle publique) surveille l'administration de tous les mandataires

171. François DUPIN, « Les valeurs éthiques du mandat de protection à l'aune de la jurisprudence », dans S.Q.P.B.Q., vol. 452, *La protection des personnes vulnérables (2019)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 203, à la p. 218.

172. C. MORIN, préc., note 54, p. 543.

173. Christine MORIN et Marc-Antoine RIOUX, « DMA et autres instruments juridiques à la portée du citoyen : quelques problématiques », dans S.Q.P.B.Q., vol. 452, *La protection des personnes vulnérables (2019)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 171, à la p. 192.

qui agissent en vertu d'un mandat en cas d'inaptitude [aussi appelé mandat de protection] », seulement 24 % des personnes interrogées savaient que ce n'est pas le cas. Au contraire, 39 % des répondants croient que le Curateur public surveille les mandataires en fonction, alors que 37 % disent ignorer la réponse. Au total, 76 % des répondants ne savent donc pas que le Curateur public ne surveille pas systématiquement l'administration des mandataires.¹⁷⁴

Considérant le risque sérieux que court un mandant dont le mandat ne prévoit aucun mécanisme de surveillance du mandataire, une telle statistique inquiète. Nous souhaitons voir les professionnels du droit saisir cette occasion de faire bénéficier l'ensemble de la population de leurs connaissances tout en faisant une promotion déontologiquement appropriée de leurs services.

Toujours au sujet des mesures de surveillance de l'exécution du mandat par le mandataire, une autre distinction entre l'encadrement juridique des régimes de protection et celui du mandat de protection attire notre attention. L'article 278, al. 1 du *Code civil du Québec* prévoit ce qui suit :

Le régime de protection est réévalué, à moins que le tribunal ne fixe un délai plus court, tous les trois ans s'il s'agit d'un cas de tutelle ou s'il y a eu nomination d'un conseiller, ou tous les cinq ans en cas de curatelle.

Aucune révision similaire n'est prévue une fois qu'un mandat de protection a été homologué¹⁷⁵. Une fois de plus, il s'agit d'une lacune corrigée par le législateur dans la *Loi en matière de protection des personnes* (2020) : le mandant pourra désormais prévoir un délai dans lequel il devra être soumis de nouveau à des évaluations médicale et psychosociale¹⁷⁶.

Une difficulté qui n'a cependant pas été résolue par le législateur lors de la réforme de 2020 concerne les pouvoirs d'intervention du tribunal lorsqu'une difficulté survient en cours d'exécution du mandat. Si le mandataire commet une erreur de conduite, le tribunal pourra le sanctionner en le destituant¹⁷⁷ ou en révoquant¹⁷⁸ le

174. *Ibid.*, p. 197 et 198; voir également C. MORIN, préc., note 54, p. 534.

175. K. DÉSILETS, préc., note 121, p. 331.

176. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 83.

177. M. BEAUCHAMP, préc., note 48, p. 391-393.

178. D. GOUBAU, préc., note 15, n° 822, p. 845-847.

mandat de protection. Aucune disposition législative ne permet au tribunal de réviser les décisions du mandataire de façon ponctuelle¹⁷⁹. Cette limitation des possibilités d'intervention par le tribunal découle d'une adhésion du législateur québécois au principe que le « juge ne devrait pas [...] modifier ni remettre en question l'accord sur lequel les parties ont donné leur consentement et nuire ainsi aux échanges »¹⁸⁰ ou, autrement dit, s'immiscer dans la relation contractuelle. Il s'agit, une fois de plus, d'une difficulté liée à la conception contractuelle du mandat de protection retenue par le législateur.

Cette solution dichotomique s'arrime difficilement avec la réalité tout en subtilités et en nuances des questions relatives à la protection d'un majeur inapte. Elle peut être inappropriée dans le cas d'un simple écart de conduite d'un mandataire autrement bienveillant, qui assume ses fonctions adéquatement¹⁸¹.

La Recommandation CM/Rec (2009)11 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité prévoit ce qui suit :

Les États devraient envisager l'introduction d'un système de contrôle par lequel une autorité compétente pourrait être habilitée à enquêter. Lorsque le mandataire n'agit pas conformément à la procuration permanente, ou dans l'intérêt du mandant, l'autorité compétente devrait pouvoir intervenir. Une telle intervention devrait inclure l'extinction partielle ou totale de la procuration permanente. L'autorité compétente devrait pouvoir agir sur demande ou de sa propre initiative.¹⁸² (Nos soulignements)

Le législateur québécois pourrait envisager, en s'inspirant de la Recommandation, de permettre l'extinction partielle du mandat de protection. Par exemple, un mandataire qui s'acquitte adéquatement de ses tâches liées à la personne, mais administre de façon

179. François DUPIN, « Contester une décision d'un tuteur, curateur ou mandataire dans l'exercice de sa charge » dans S.F.C.B.Q., vol. 283, *Obligations et recours contre un tuteur, curateur ou mandataire défaillant*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 85, à la p. 91.

180. J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, préc., note 141, p. 138 et 139.

181. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 430 et 431.

182. CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ DES MINISTRES, préc., note 69, Principe 12 – Contrôle, point 2.

lacunaire le patrimoine du mandant, pourrait ne voir que ses pouvoirs liés à l'administration du patrimoine s'éteindre.

François Dupin a déjà suggéré « la création d'un organisme à vocation spécialisée »¹⁸³ en protection des majeurs inaptes. Le modèle suisse de l'Autorité de protection des adultes pourrait inspirer le législateur québécois en la matière. Toutefois, afin de déterminer si cette solution est appropriée dans le contexte du Québec, une étude plus approfondie des avantages et des conséquences de la création d'un tel organisme devrait être réalisée.

Les conséquences du débat, en apparence théorique, au sujet de la nature du mandat de protection ont des répercussions concrètes, notamment en ce qui concerne la surveillance des gestes posés par le mandataire par des tiers. D'autres problématiques sont plutôt liées à des imprécisions liées au silence du législateur sur certaines questions dans l'encadrement juridique du mandat de protection ou à son inadéquation au contexte auquel il s'applique.

2.2 L'adéquation de l'encadrement juridique du mandat de protection au contexte de sa mise en œuvre

Certaines lacunes dans la mise en œuvre de l'encadrement juridique du mandat de protection résultent du silence du législateur, duquel découlent des débats doctrinaux et jurisprudentiels. On pourrait y remédier par des modifications législatives ou l'adoption de certaines pratiques par les notaires ou les avocats. Notre étude se tourne donc maintenant vers ces lacunes et leurs solutions en les abordant dans un ordre chronologique, de la rédaction à l'extinction du mandat.

En ce qui concerne les conditions de forme, la *Loi en matière de protection des personnes* (2020)¹⁸⁴ vient interdire le mandat de protection conjoint au moyen d'une disposition qui rappelle celle prohibant le testament conjoint¹⁸⁵. Cette modification vient corriger le fait qu'actuellement, aucune disposition ne prévoit que le mandat de

183. François DUPIN, « Le praticien et la protection des inaptes », dans S.F.P.B.Q., vol. 67, *Développements récents en droit familial* (1995), Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 53, à la p. 93.

184. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 82.

185. Art. 704, al. 2 C.c.Q.

protection doit être rédigé par une seule personne et aucune n'interdit expressément que le mandat de protection ait pour mandants deux ou plusieurs personnes¹⁸⁶. Il serait de bonne pratique de s'abstenir, dès maintenant, de recevoir des mandats de protection anticipant l'inaptitude de plus d'un mandant¹⁸⁷.

En ce qui concerne le mandat devant témoins, les témoins doivent signer en présence du mandant, mais ils ne doivent pas obligatoirement être en présence l'un de l'autre selon une certaine jurisprudence¹⁸⁸. Le mandant a donc la liberté de prendre rendez-vous avec chacun d'eux individuellement aux fins de la signature sans compromettre la validité de l'acte. Le tribunal a eu recours à l'article 714 du *Code civil du Québec*, applicable à la vérification des testaments, par analogie pour reconnaître la validité d'un mandat où les deux témoins n'étaient pas en présence l'un de l'autre tout en précisant qu'il ne s'agit pas d'une condition de forme essentielle¹⁸⁹. Une décision plus récente s'oppose toutefois au recours à cet article dans le contexte de la vérification d'un mandat de protection¹⁹⁰.

Le législateur pourrait régler l'ambiguïté relative à la validité du mandat de protection devant témoins signé sans que ceux-ci soient en présence l'un de l'autre de deux façons : soit en codifiant la solution jurisprudentielle de l'applicabilité *mutatis mutandis* de l'article 714 du *Code civil du Québec* au mandat de protection, soit en ajoutant une précision au libellé de l'article 2167, al. 2 du *Code civil du Québec* quant à l'exigence de la présence simultanée des deux témoins. Bien qu'ils soient plus fréquemment appelés à intervenir dans le cadre de mandats de protection notariés, les notaires consultés pour des conseils juridiques peuvent fortement recommander au mandant de faire signer le mandat de protection par les deux témoins en présence l'un de l'autre. Quant aux avocats qui rédigent des mandats de protection devant témoins, ils peuvent s'assurer que tous les signataires soient présents lors de la signature de l'acte.

Rappelons que même une fois déposé parmi les minutes d'un notaire, le mandat de protection fait devant témoins n'acquiert pas

186. G. GUAY, préc., note 3, n° 55, p. 19.

187. M. BEAUCHAMP, préc., note 48, p. 340; G. GUAY, préc., note 3, n° 56, p. 19.

188. *F.D. (Re)*, 2010 QCCS 4461; *A.O. c. D.B.*, 2016 QCCS 2300, par. 50-54; D. GOUBAU, préc., note 15, n° 789, p. 814, à la note de bas de page 53.

189. *F.D. (Re)*, préc., note 188; *A.O. c. D.B.*, préc., note 188, par. 48-54.

190. *L.G. et B.G.*, 2019 QCCS 3312, par. 37.

l'authenticité¹⁹¹. De plus, le notaire ne peut pas déposer au tribunal l'original du mandat de protection joint à son acte de dépôt, ce qui complique significativement le processus d'homologation¹⁹². Ces difficultés devraient être mises en évidence par le notaire qui accepte de déposer un tel mandat de protection parmi ses minutes. Nous nous rallions à l'opinion du notaire Gérard Guay qui mentionne qu'il est préférable d'éviter de recourir à l'acte de dépôt en matière de mandat de protection¹⁹³.

L'une des décisions les plus importantes que le mandant doit prendre lors de la rédaction de l'acte est la désignation de son mandataire. Bien qu'il soit possible d'en nommer plus d'un et de diviser leurs tâches, faire ce choix comporte des risques qu'un litige survienne si le champ des responsabilités respectives des mandataires n'est pas précisément délimité¹⁹⁴. D'ailleurs, par analogie avec le droit en vigueur en matière de tutelle, le professeur Dominique Goubau soutient qu'il est possible d'avoir plus d'un mandataire aux biens, mais que cette possibilité ne devrait pas être reconnue pour ce qui est du mandat à la personne¹⁹⁵.

Le législateur pourrait prohiber expressément la désignation de plus d'un mandataire à la personne, ce qu'il n'a pas fait dans la *Loi en matière de protection des personnes* (2020)¹⁹⁶. Cette précision améliorerait la cohérence du régime juridique relatif à la protection des majeurs en harmonisant ce qui prévaut en matière de régimes légaux de protection et en matière de mandat de protection¹⁹⁷. Elle limiterait le risque de litiges dans le cadre de la prise de décisions relatives à la personne en laissant à un seul individu le rôle décisionnel en cette matière¹⁹⁸. Autrement, le notaire ou l'avocat peut immé-

191. Alain ROY, *Déontologie et procédure notariale*, dans Chambre des notaires du Québec, R.D./N.S., « Pratique notariale », Doctrine – Document n° 2, Montréal, 2002, n° 336, p. 87.

192. G. GUAY, préc., note 3, nos 241-243, p. 70-72.

193. *Ibid.*, n° 11, p. 5.

194. G. GUAY, préc., note 3, n° 66, p. 22.

195. D. GOUBAU, préc., note 15, n° 785, p. 811 et 812; *contra* : G. GUAY, préc., note 3, n° 67, p. 23.

196. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8.

197. Notons toutefois que le législateur a reconnu la possibilité de « nommer deux tuteurs à la personne lorsqu'il s'agit des père et mère du majeur » concerné : *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 31.

198. D. GOUBAU, préc., note 15, n° 785, p. 811 et 812.

diatement contribuer à atténuer les difficultés liées au mandat prévoyant plus d'un mandataire à la personne en ne recevant pas de tels actes et en expliquant aux clients les problématiques auxquelles ils seraient exposés dans le cas contraire.

Dans la même ligne de pensée, on pourrait considérer judiciaire de séparer la charge de mandataire aux biens entre deux personnes dans le cas où le patrimoine du mandant est composé d'actifs importants ou dont la gestion est complexe, justifiant la nomination de personnes qualifiées à titre de mandataire¹⁹⁹. Peu importe la solution retenue par le client, un notaire ou un avocat devrait insister sur le degré de confiance élevé qui doit régner entre celui-ci et le mandataire pressenti²⁰⁰. Le degré de culture juridique et financière du mandataire envisagé devrait également être discuté afin de s'assurer qu'il possède les connaissances et les compétences nécessaires afin de s'acquitter de sa tâche²⁰¹. La Cour d'appel a expressément reconnu que l'homologation du mandat de protection peut être refusée si le mandataire « fait preuve d'incompétence »²⁰². L'existence potentielle de conflits familiaux doit être prise en compte dès la rédaction de l'acte. En effet, la jurisprudence tend à refuser d'homologuer un mandat de protection dans un contexte où il n'est pas dans l'intérêt du mandant de procéder à l'homologation²⁰³. Les tensions entre les membres de la famille de la personne concernée font partie du contexte retenu par les tribunaux pour justifier certains refus²⁰⁴. Dans un tel contexte et malgré le fait que ce choix nécessitera vraisemblablement de prévoir une rémunération pour cette personne, le conseiller juridique doit mettre en lumière qu'il est possible de nommer un professionnel à titre de mandataire²⁰⁵.

Il est également de bonne pratique de nommer un remplaçant au mandataire, advenant toute situation où celui-ci ne voudrait ou ne pourrait agir comme représentant au moment de la survenance

199. G. GUAY, préc., note 3, n° 66, p. 23.

200. À ce sujet, voir F. DUPIN, préc., note 171.

201. C. FABIEN, « Mandat de protection : dilemme du juge, dilemme du législateur », préc., note 4, p. 262; D. GOUBAU, préc., note 15, n° 792, p. 820 à la note de bas de page 81; C. MORIN, préc., note 54, p. 539.

202. *M.B. c. Me.L.*, 2014 QCCA 1271, par. 18.

203. D. GOUBAU, préc., note 15, n° 793, p. 821 et 822.

204. Voir notamment *Québec (Curateur public) c. L.T.*, 2013 QCCA 833, par. 9; *G.N. c. E.L.*, 2012 QCCS 5601, par. 101; *S.C. c. P.C.*, 2017 QCCS 63, par. 61.

205. D. GOUBAU, préc., note 15, n° 780, p. 806 et 807.

de l'incapacité du mandant²⁰⁶. Les réflexions aux fins de ce choix sont, à toutes fins utiles, les mêmes que celles à effectuer pour choisir le mandataire.

Une fois le mandat rédigé, plusieurs mois ou plusieurs années peuvent passer avant que l'incapacité du mandant survienne, le cas échéant. La situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve le mandant est exacerbée pendant la période qui s'écoule entre la survenance factuelle de l'incapacité et l'homologation du mandat.

En principe, le mandataire est la seule personne habilitée à demander l'homologation du mandat²⁰⁷. Cependant, s'il ne peut pas ou ne veut pas agir, le mandataire remplaçant peut procéder à la demande²⁰⁸. En l'absence de mandataire remplaçant qui est en mesure d'agir et qui accepte de le faire, le processus se dirige vers l'ouverture d'un régime de protection. Dans l'intervalle, l'absence de protection juridique peut permettre à une personne mal intentionnée de tenter de profiter de l'incapacité factuelle du mandant, par exemple en obtenant des donations de la part du majeur dont la capacité cognitive décline progressivement, ce déclin l'empêchant de défendre ses intérêts et d'effectuer une réflexion suffisante sur sa propre réelle intention²⁰⁹.

Le cœur du problème réside dans la période de temps s'écoulant avant que la décision d'introduire une instance soit prise. À ce moment, le mandataire peut ignorer qu'il a été désigné à ce titre par le mandant. Aucune disposition ne contraint le mandant à aviser le mandataire de sa nomination. Son identité peut demeurer inconnue de tous à l'exception du mandant et du notaire ou des témoins si le mandant leur a fait part du contenu de l'acte. Il convient également de noter que le régime encadrant le mandat de protection « ne comporte aucune obligation pour le mandataire de faire homologuer ledit mandat »²¹⁰. Or, plusieurs facteurs peuvent

206. *Mandat de protection*, R.D./N.S., Modèle d'acte, « Mandat », Document n° 2, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2016, clause 2.2.

207. Art. 2166, al. 2 *in fine* C.c.Q.

208. G. GUAY, préc., note 3, n° 219, p. 64.

209. Voir, par exemple, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Succession Lajoie) c. Lajoie*, 2016 QCTDP 13.

210. Marie Annik GRÉGOIRE, « La personne vulnérable, une oubliée du Code civil du Québec ? – Quand l'effectivité du droit ne rime pas avec efficacité », dans Vicent CARON, Gabriel-Arnaud BERTHOLD, Charlotte DESLAURIERS-GOULET et Jérémie TORRES-CEYTE (dir.), *Les oubliés du Code civil du Québec*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, p. 31, à la p. 46.

faire en sorte que la démarche ne sera tout simplement pas entamée. Parmi ceux-ci, l'avocat Jean-Pierre Ménard identifie la maladie, l'éloignement, le décès et le désintérêt du mandataire²¹¹. La professeure Brigitte Lefebvre, quant à elle, mentionne d'autres facteurs pour retarder la démarche « tels que la lenteur du processus, les frais qu'elle occasionne, ainsi que des motivations plus humaines qui visent à ne pas faire subir au mandant le poids émotif de la reconnaissance de son inaptitude »²¹².

Une solution à ce problème serait de prévoir des mesures incitant le mandataire à déposer la demande d'homologation du mandat de protection au moment opportun. À ce sujet, le législateur pourrait envisager de « faire concourir le mandataire à la formation du contrat par sa signature à l'acte »²¹³. En France, peu importe si la forme olographe ou notariée est retenue par le mandant, l'acte doit être signé par le mandataire ou les mandataires et la personne ou les personnes de confiance à qui la reddition de compte sera faite²¹⁴.

Un tel changement législatif aurait deux avantages. Il permettrait de s'assurer que le mandataire est prêt à accepter la charge, à tout le moins au moment de la signature du mandat. Il aurait aussi pour effet d'obliger le mandataire à surveiller l'état du mandant et à demander l'homologation du mandat ou, si sa situation ne lui permet plus d'accepter la charge, d'en aviser le mandant pour qu'il désigne un nouveau mandataire. Il découlerait de la nature du contrat et des circonstances que le mandataire ayant signé le mandat est tenu de vérifier périodiquement l'état du mandant²¹⁵. Pour plus de clarté, une disposition pourrait expressément prévoir le maintien d'une relation de proximité entre le mandant et le mandataire²¹⁶. Par la même occasion, le législateur devrait également prévoir la possibilité de résilier unilatéralement le mandat à tout moment avant l'homologation tant pour le mandant que le mandataire²¹⁷.

211. Jean-Pierre MÉNARD, « Mandat en prévision d'inaptitude et consentement aux soins », dans S.F.C.B.Q., vol. 165, *Être protégé malgré soi (2002)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 129, à la p. 150.

212. B. LEFEBVRE, préc., note 62, p. 90.

213. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 419.

214. Art. 489, al. 1 et 492, al. 2 C.c.f.

215. Art 1426 C.c.Q.

216. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 419.

217. *Ibid.*

Le législateur pourrait-il envisager, si le mandataire a déjà accepté le mandat au moyen d'une signature, de permettre à la personne chargée de recevoir la reddition de compte de déposer la demande en homologation ? Comme il ne s'agit pas d'un tiers à l'acte et que la relation contractuelle entre le mandant et le mandataire serait déjà parfaite dans une telle hypothèse, rien ne semble s'y opposer.

Même en l'absence de dispositions législatives en ce sens, le conseiller juridique peut déjà inciter le mandant à demander au mandataire de concourir à l'acte²¹⁸. Minimale, le notaire ou l'avocat devrait souligner au mandant l'importance d'informer le mandataire de sa nomination et de s'assurer qu'il est disposé à accepter la charge.

L'article 2167.1 du *Code civil du Québec* apporte une solution intéressante lorsque l'instance est en cours ou imminente. Il prévoit ce qui suit :

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

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

Rappelons que le mandataire aux termes d'un mandat « ordinaire » doit déposer une demande d'homologation pour pouvoir s'en prévaloir, sans quoi ses actes ne sont pas valides considérant le fait que le mandat prend fin par la déclaration de l'incapacité du mandant²¹⁹.

Le dépôt de la demande ne garantit pas l'homologation du mandat, et ce, malgré la survenance de l'incapacité et la présence d'un mandat valide sur le plan formel.

218. *Ibid.*, p. 420.

219. D. GOUBAU, préc., note 15, n° 795, p. 822-826.

Le législateur suisse a expressément prévu une étude de l'opportunité de mettre le mandat en œuvre compte tenu de l'identité spécifique du mandataire²²⁰. Bien qu'il s'agisse, dans les faits, d'un élément qui est vérifié par le juge québécois lors de l'homologation du mandat de protection²²¹, nous considérons que la codification de cette portion du rôle du juge a une fonction pédagogique à ne pas sous-estimer.

La qualification de l'inaptitude du mandant comme étant partielle a aussi donné lieu à deux tendances jurisprudentielles²²².

Selon le premier courant jurisprudentiel, le tribunal est tenu de refuser l'homologation du mandat de protection en présence de pouvoirs de pleine administration et d'une inaptitude partielle. Ce courant est celui suivi dans l'arrêt *L.P. c. F.H.*²²³ rendu par la Cour d'appel. Nous soulignons toutefois un fait de cette affaire qui a eu un impact important sur la décision rendue, soit l'opposition de la personne concernée à l'homologation de son mandat de protection²²⁴.

C'est précisément sur la question de l'opposition de la personne concernée que les faits de l'arrêt *Curateur public du Québec c. H.P.*²²⁵, représentatif du second courant, diffèrent. Ce courant considère que seule une disproportion *importante* entre les pouvoirs accordés dans le mandat et le degré d'inaptitude du mandant *peut* mener à un refus d'homologuer, si une analyse de *l'ensemble des circonstances* justifie une telle décision²²⁶. L'approche holistique retenue par les tenants de ce courant implique une prise en considération de la situation de la personne concernée dans son ensemble, incluant la potentielle discordance entre les pouvoirs attribués au mandataire et les besoins du mandant.

220. Art. 363 C.c. suisse.

221. D. GOUBAU, préc., note 15, n° 793, p. 820.

222. Pour plus de détails au sujet du débat jurisprudentiel sur cette question, voir *M.R. et C.R.*, 2019 QCCS 4056, par. 63-88.

223. 2009 QCCA 984.

224. *L.P. c. F.H.*, préc., note 223, par. 39 : « À cet égard, je suis d'avis qu'un tribunal va à l'encontre de la volonté d'une personne en procédant à l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude contre le gré du mandant, lorsque cette volonté est lucidement exprimée et que les circonstances indiquent que l'homologation est disproportionnée vu une inaptitude partielle. Homologuer un mandat en cas d'inaptitude, en pareil cas, contrecarre le respect de l'autonomie résiduelle d'une personne. » (Nos soulignements).

225. 2019 QCCA 795.

226. *Ibid.*, par. 32-34.

Cet arrêt n'a cependant pas réussi à convaincre tous les tribunaux des instances inférieures de cesser de référer à l'arrêt *L.P. c. F.H.* Un jugement rendu en Cour supérieure se distingue de l'arrêt *Curateur public du Québec c. H.P.* après un développement très complet sur la question de l'homologation en cas d'inaptitude partielle²²⁷. Ce jugement a fait l'objet d'une révision judiciaire²²⁸. Le juge conclut qu'il y a eu erreur en droit et qu'il convient d'homologuer le mandat de protection de la personne concernée à la lumière de la plus récente jurisprudence émanant de la Cour d'appel²²⁹. Toutefois, le premier jugement rendu dans cette affaire témoigne de la persistance des deux courants jurisprudentiels s'opposant depuis plusieurs années.

Notons au passage que le débat ne s'est pas limité aux tribunaux. Les auteurs de doctrine ont également écrit sur la question de l'inaptitude partielle²³⁰. Du côté de la pratique, afin de permettre l'homologation du mandat de protection malgré l'inaptitude partielle, deux types de clauses ont été mises de l'avant : les clauses de préséance et les clauses de pondération.

La clause de préséance précise que le mandant souhaite que son mandat de protection soit homologué sans égard au degré de son inaptitude. Sa validité a été reconnue en jurisprudence²³¹, sans toutefois qu'un consensus existe à ce sujet²³². La doctrine est également divisée, un courant considérant que les clauses de préséance devraient être inopérantes²³³ alors que l'autre est en faveur de leur utilisation²³⁴. Le législateur a envisagé de reconnaître expressément la possibilité d'inclure une clause de préséance dans un mandat de protection en 2012²³⁵ et en 2016²³⁶. Ce n'est cependant pas ce qu'il

227. *M.R. et C.R.*, préc., note 222.

228. *M.R. c. C.R.*, 2020 QCCS 3569.

229. *Ibid.*, par. 18-28.

230. Voir, notamment, *M. BEAUCHAMP*, préc., note 48, p. 377 et *D. GOUBAU*, préc., note 15, n° 791, p. 817 et 818.

231. *A.D. et O.P.*, 2016 QCCS 1216, par. 31; *M.O. et J.G.*, 2018 QCCS 3778, par. 42-48.

232. *M.O. et J.G.*, 2018 QCCS 1464, par. 71-90; *M.G. et A.R.*, 2019 QCCS 1782, par. 138-147; *M.R. et C.R.*, préc., note 222, par. 182-190.

233. *D. GOUBAU*, préc., note 15, n° 811, p. 839.

234. *G. GUAY*, préc., note 3, n° 204, p. 60.

235. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection des personnes*, projet de loi n° 45, préc., note 50, art. 35.

236. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile et la Loi sur le curateur public en matière de protection des personnes*, projet de loi n° 96, préc., note 53, art. 27.

a fait dans la *Loi en matière de protection des personnes* (2020), muette à leur sujet.

La clause de pondération, quant à elle, prévoit que le tribunal module les pouvoirs du mandataire au moment de l'homologation afin qu'ils correspondent aux besoins et au degré d'inaptitude du mandant. Ce type de clause n'est pas reconnu dans l'état actuel du droit, et ce, tant en doctrine qu'en jurisprudence²³⁷.

L'intervention du législateur sur la question de l'homologation du mandat de protection en contexte d'inaptitude partielle serait la bienvenue. Dans quel sens devrait-il trancher ? La question est complexe. Tout d'abord, les professionnels de la santé reconnaissent eux-mêmes que l'évaluation de l'aptitude d'une personne présente de nombreux défis²³⁸. La solution devrait-elle être la même dans *tous* les cas d'inaptitude partielle ? Nous croyons, comme la Cour d'appel, qu'il est préférable de trancher à la lumière de l'ensemble des faits de chaque affaire²³⁹. Tel que l'a rappelé François Dupin, il serait prudent de se garder de faire une règle d'application générale en la matière²⁴⁰.

Un aspect peu mis de l'avant par la jurisprudence et la doctrine est que l'inaptitude partielle peut être causée par une maladie dégénérative qui, inexorablement, entraînera une inaptitude totale et permanente du majeur. Recourir à des pouvoirs de pleine administration tout au long de l'exécution du mandat pour la simple raison que les besoins évolueront et que le juge ne peut pas accorder plus de pouvoirs au mandataire que ce qui est prévu au mandat restreint indûment son autonomie résiduelle :

L'effet pervers de cette rigidité est bien évidemment d'inciter praticiens et mandants à stipuler, par automatisme, les pouvoirs de pleine administration « au cas où » on en aurait besoin. Cette précaution, faite au nom d'une supposée économie de temps et d'argent, est mal comprise par les mandants, dans ses effets néfastes. Le mandant ne sait pas que, dès l'homologation du mandat, il sera plongé dans un état de dépendance équivalent à celui d'un régime de curatelle. Il ne sera plus

237. *G.D. et R.F.*, 2008 QCCS 2486, par. 8; *M.G. et A.R.*, préc., note 232, par. 132-139; D. GOUBAU, préc., note 15, n° 811, p. 838; B. LEFEBVRE, préc., note 62, p. 84.

238. Martin G. COLE, « Clinical Assessment of the Mental Capacity of the Older Adult », (2011) 5:2 *RDSM* 273.

239. *Curateur public du Québec c. H.P.*, préc., note 225, par. 31.

240. F. DUPIN, préc., note 171, p. 210.

maître des décisions relatives à son bien-être et à la conduite de ses affaires. En outre, il investira son mandataire de pouvoirs absolus d'administration et de disposition de son patrimoine, qui permettraient à ce dernier de tout faire, sans surveillance et sans compte à rendre à quiconque, y compris de vendre, de donner, de distribuer, voire de dilapider son patrimoine jusqu'à sa ruine.²⁴¹

À la lumière de l'intention originale du législateur qui était de favoriser l'autodétermination²⁴² et avec égards pour l'opinion contraire, nous considérons que le refus d'homologuer le mandat de protection *uniquement* en raison du degré d'inaptitude du mandant lorsque celui-ci exprime un souhait clair de voir son mandat être homologué déconsidère l'institution du mandat de protection et empêche les citoyens d'éviter le recours aux régimes légaux de protection dans l'éventualité de leur inaptitude. Certes, si d'autres faits justifient d'écarter le mandat de protection au profit d'un régime de protection dans l'intérêt du mandant, c'est la voie qui doit être privilégiée. Nous joignons notre voix à celle de la Cour d'appel²⁴³ et de certains auteurs²⁴⁴ pour appeler à une application nuancée des principes dégagés de l'affaire *L.P. c. F.H.*²⁴⁵.

La question, semble-t-il, demeure entière en l'absence d'intervention législative. Comme le problème de disproportion entre les besoins du mandant et les pouvoirs du mandataire se pose principalement lorsque sont prévus des pouvoirs de pleine administration, nous devons remettre en question l'attribution systématique de tels pouvoirs dans un mandat de protection²⁴⁶.

Le législateur québécois a permis au mandant de prévoir le même contenu dans son mandat de protection, peu importe la forme retenue. Bien qu'une modulation soit possible, le choix qui se posera sera le plus souvent restreint à deux options, soit le régime de la simple ou de la pleine administration du bien d'autrui, ce dernier étant généralement retenu²⁴⁷. Le notaire Jean Lambert a critiqué la possibilité d'accorder des pouvoirs de pleine administration lorsque

241. C. FABIEN, « Mandat de protection : dilemme du juge, dilemme du législateur », préc., note 4, p. 265; *Contra* : M. BEAUCHAMP, préc., note 48, p. 343.

242. *Supra*, section 1.1, p. 329.

243. *Curateur public du Québec c. H.P.*, préc., note 225, par. 29.

244. M. BEAUCHAMP, préc., note 48, p. 376; G. GUAY, préc., note 5, p. 161 et 162.

245. Préc., note 223.

246. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4, p. 421.

247. M. BEAUCHAMP, préc., note 48, p. 342 et 343.

le mandat est conclu devant deux témoins. Ses craintes concernent principalement les cas où le mandant n'a pas recours aux services d'un conseiller juridique en mesure de lui expliquer les conséquences qui découlent de l'attribution de pouvoirs aussi importants²⁴⁸.

Nous croyons qu'il serait préférable que le mandat fait sous seing privé ne puisse contenir que des pouvoirs de simple administration alors que le mandat notarié pourrait, quant à lui, prévoir des pouvoirs de pleine administration. L'idée était déjà proposée par la littérature en 2007 et en 2008 au Québec²⁴⁹.

On l'a vu, la question des pouvoirs que le mandant peut accorder au mandataire en fonction de la forme du mandat a été considérée dans le régime français. Les pouvoirs du mandataire peuvent être beaucoup plus étendus, s'apparentant à la pleine administration du bien d'autrui, si la forme notariée est choisie²⁵⁰. La possibilité de prévoir un mandat de protection future pour autrui est limitée au mandat conclu sous la forme authentique²⁵¹. Un mandat conclu sous seing privé peut uniquement prévoir des pouvoirs plus restreints²⁵². Le législateur belge a également choisi de soumettre la possibilité d'accorder certains pouvoirs au mandataire à la condition de retenir la forme authentique. À titre d'exemple, les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels et la reconnaissance d'un lien de filiation entre le mandant et un enfant ne seraient possibles que lorsque le mandat est conclu devant notaire²⁵³.

Il apparaît toutefois préférable de continuer à permettre aux citoyens de recourir à la forme sous seing privé²⁵⁴. Bien que

248. J. LAMBERT, préc., note 62, p. 433-435.

249. *Ibid.*, p. 435; 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, 238.

250. Art. 490 C.c.fr. : « Par dérogation à l'article 1988, le mandat, même conçu en termes généraux, inclut tous les actes patrimoniaux que le tuteur a le pouvoir d'accomplir seul ou avec une autorisation.

Toutefois, le mandataire ne peut accomplir un acte de disposition à titre gratuit qu'avec l'autorisation du juge des tutelles. »

251. Art. 477, al. 4 C.c.fr.

252. Art. 493 C.c.fr. : « Le mandat est limité, quant à la gestion du patrimoine, aux actes qu'un tuteur peut faire sans autorisation.

Si l'accomplissement d'un acte qui est soumis à autorisation ou qui n'est pas prévu par le mandat s'avère nécessaire dans l'intérêt du mandant, le mandataire saisit le juge des tutelles pour le voir ordonner. »

253. E. BEGUIN et J. FONTEYN, préc., note 96, p. 468.

254. *Contra* : K. DÉSILETS, préc., note 121, p. 333.

l'importance des conséquences juridiques qu'entraîne la rédaction d'un mandat de protection pourrait justifier l'imposition de la forme authentique, revenir à l'intention originale du législateur nous a rappelé qu'il souhaitait en faire un outil accessible au plus grand nombre²⁵⁵.

À la lumière de l'évolution projetée du droit conséquemment à l'adoption de la *Loi en matière de protection des personnes* (2020), l'émergence de critiques de la possibilité d'accorder des pouvoirs de pleine administration au mandataire dans le cadre d'un mandat de protection, peu importe la forme retenue, est prévisible. En effet, avec l'abolition du régime de curatelle, la seule possibilité qu'un représentant ait de tels pouvoirs dans le cadre de la représentation d'une personne inapte sera la conclusion d'un mandat de protection. Nous croyons que les auteurs s'intéressant à la question de la protection juridique des personnes incapables verront une occasion de faire avancer la réflexion à ce sujet en étudiant la disparité entre les limites aux pouvoirs qui peuvent être accordés aux tuteurs et celles que la législation impose au mandataire dans le cadre de la rédaction du mandat de protection par le mandant.

Même si l'adaptation du mandat à chaque situation particulière paraît souhaitable, nous reconnaissons qu'il peut être difficile, voire impossible, de savoir à l'avance les pouvoirs qui seront appropriés si l'incapacité du mandant survient effectivement²⁵⁶. Le décideur suisse²⁵⁷ et le décideur belge²⁵⁸ bénéficient de la possibilité d'accorder une mise en œuvre partielle du mandat pour cause d'incapacité. Cela permet de respecter la volonté exprimée par le mandant dans cette éventualité tout en préservant son autonomie résiduelle en limitant la mise en œuvre des pouvoirs du mandataire à ceux qui sont requis à la lumière des besoins du mandant. Cette solution pourrait être étudiée par le législateur québécois.

Un autre problème lié à la prévisibilité des événements est que la volonté du mandant peut évoluer entre le moment de la rédaction et celui de l'homologation du mandat. À ce problème, la solution

255. *Supra*, section 1.1.

256. François DUPIN, « Vers la reconnaissance d'un principe d'individualisation d'une mesure de protection légale à l'égard d'un majeur vulnérable », dans S.F.C.B.Q., vol. 409, *La protection des personnes vulnérables* (2016), Montréal, Éditions Yvon Blais, p. 1, à la p. 20; L. LAFLAMME, préc., note 17, p. 115.

257. L. FAVRE, préc., note 90, p. 151.

258. Art. 490/1 §2 C.c. belge.

consistant à prévoir un délai au-delà duquel le mandant devrait actualiser ses volontés a été proposée²⁵⁹. Cette possibilité a également été étudiée en France²⁶⁰, mais le législateur français ne l'a pas retenue²⁶¹. Les conseillers juridiques devraient encourager les mandants à réviser leur mandat de façon périodique et lors de moments significatifs, tels un deuil ou un mariage. Il s'agit d'une solution qui, bien qu'imparfaite, peut limiter le risque que le mandat ne reflète plus ses volontés.

Si l'étendue des pouvoirs du mandataire est problématique, les conséquences des gestes posés par le mandant postérieurement à l'homologation du mandat de protection étaient également à la source de difficultés jusqu'à l'adoption de la *Loi en matière de protection des personnes* (2020). Un *flou* demeurait quant au sort de l'acte conclu par le mandant dans ces circonstances, tel que relevé par la doctrine²⁶². La solution que le législateur a retenue est l'ajout d'un alinéa à la fin de l'article 2170 du *Code civil du Québec*. Cet alinéa prévoit que les actes passés par le mandant seul une fois le mandat homologué alors qu'ils devaient être conclus par le mandataire ou avec son assistance pourront être annulés ou ses obligations y étant relatives, réduites, uniquement dans la mesure du préjudice subi²⁶³.

Toujours au sujet des effets juridiques de l'homologation du mandat de protection, il existe un consensus autour du fait qu'elle entraîne une limitation de la capacité d'exercice du mandant²⁶⁴. Cependant, aucune disposition ne prévoit expressément la limitation de la capacité juridique du majeur dont le mandat de protection a été homologué²⁶⁵, ne permettant donc pas de satisfaire aux

259. L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 28, p. 141 et 142; J. LAMBERT, préc., note 62, p. 439 et 440.

260. « Un livre blanc pour l'évolution de la protection juridique des majeurs », *Deffrénois* n° 13-14, juillet 2012.

261. N. PETERKA, préc., note 68 : « Si l'on se félicite que la proposition du *Livre blanc sur la protection des majeurs* de limiter la durée du mandat à cinq ans renouvelable sur décision du mandant n'ait pas été consacrée (*Livre blanc sur la protection juridique des majeurs*, 2012, prop. n° 17, p. 51), il n'en incombe pas moins aux parties d'ajuster périodiquement leurs prévisions. »

262. F. LEVESQUE, préc., note 141, n° 161, p. 85 et 86.

263. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 86.

264. D. GOUBAU, préc., note 15, n° 797, p. 828.

265. C. MORIN et K. CHAMPAGNE, préc., note 60, p. 22.

exigences de l'article 154 du *Code civil du Québec*. Cette lacune est heureusement corrigée par la *Loi en matière de protection des personnes* (2020)²⁶⁶.

Malgré les difficultés que le processus judiciaire d'homologation du mandat de protection et ses conséquences immédiates comporte, nous reconnaissons qu'il représente un mécanisme efficace de préservation des intérêts du majeur dont l'incapacité est survenue. Il constitue une particularité du régime québécois considérée comme préférable à la voie administrative retenue par le législateur français²⁶⁷.

Une fois survenue l'incapacité, la protection du mandant est factuellement entre les mains du mandataire. Comme la qualité de la protection du mandant dépend, dans une large mesure, de la qualité de la relation qu'il entretient avec le mandataire, les diverses mesures pouvant être envisagées pour le soutenir dans l'exécution de ses tâches et contribuant à son bien-être favorisent, indirectement, celui du mandant²⁶⁸.

Les conseillers juridiques peuvent être de précieux alliés pour le mandataire, et ce, des premières démarches liées à l'homologation du mandat de protection jusqu'à la reddition de compte finale. Ils sont qualifiés pour assister ou représenter le mandataire dans le cadre du processus d'homologation du mandat. Comme le mandataire n'est pas tenu d'accepter le mandat, une partie du rôle du conseiller juridique est de lui expliquer l'étendue et les limites de ses pouvoirs ainsi que toutes les obligations découlant de sa charge, dont la reddition de compte finale²⁶⁹. Non seulement ces précieux renseignements permettront à la personne désignée comme mandataire de faire un choix éclairé quant à l'acceptation de la charge, mais ils éviteront également la commission d'erreurs de bonne foi

266. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 5.

267. Dominique FENOUILLET, « Le mandat de protection future ou la double illusion », *Deffrénois* 2009.2.142. Voir également P. MALAURIE, préc., note 92, n° 737.

268. Voir la notion de « droit au répit » développée en France : Aude DENIZOT, « Vieillesse de la population – Protection juridique des majeurs – Droit au répit », *RTD Civ.* 2016.196. Voir également la *Loi visant à reconnaître et à soutenir les personnes proches aidantes et modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 2020, c. 22.

269. Art. 2184 C.c.Q.; voir également G. GUAY, préc., note 3, nos 134-137, p. 38.

liées à un manque de compréhension de l'encadrement juridique du rôle de mandataire²⁷⁰.

Les dispositions suisses prévoient la remise de documentation au mandataire par l'Autorité de protection de l'adulte explicitant précisément l'étendue de son pouvoir de représentation, preuve qui peut ensuite être utilisée par les tiers afin de s'assurer que le mandataire est habilité à poser le geste envisagé²⁷¹. Par la même occasion, l'Autorité de protection des adultes doit renseigner le mandataire sur la nature exacte des obligations auxquelles il est tenu²⁷². Joindre un document comprenant ces informations au jugement d'homologation qui est remis au mandataire aurait un effet pédagogique. De plus, la possibilité que le mandataire soit dissuadé d'agir d'une façon contraire aux intérêts du mandant après en avoir pris connaissance n'est pas à négliger.

Divers évènements pourront survenir en cours d'exécution du mandat et être à l'origine de l'extinction du mandat de protection²⁷³. Le mandat de protection ne peut être révoqué par le mandant en cours d'exécution²⁷⁴. C'est pourquoi le Code civil a prévu ce qui suit :

2177. Lorsque le mandant est inapte, toute personne intéressée, y compris le curateur public, peut, si le mandat n'est pas fidèlement exécuté ou pour un autre motif sérieux, demander au tribunal de révoquer le mandat, d'ordonner la reddition de compte du mandataire et d'ouvrir un régime de protection à l'égard du mandant.²⁷⁵

Cette disposition a été utilisée afin de refuser l'homologation du mandat de protection, bien que le libellé de l'article ne traite expressément que de révocation. Bien qu'elle soit favorable à la protection de l'intérêt du mandant, cette interprétation jurisprudentielle constitue « un écart à la lettre de la loi »²⁷⁶. Nous croyons qu'elle devrait être codifiée afin d'assurer une harmonie entre la loi telle que rédigée et la pratique.

Si l'extinction du mandat de protection survient en raison du décès du mandataire, le liquidateur de sa succession doit en aviser

270. C. MORIN, préc., note 54, p. 540.

271. Art. 363, al. 3 C.c. suisse.

272. *Ibid.*

273. Art. 2175 C.c.Q.

274. Art. 2172 C.c.Q. *a contrario*; voir aussi L. LAFLAMME, préc., note 108, p. 186.

275. Art. 2177 C.c.Q.

276. C. FABIEN, « Mandat de protection : dilemme du juge, dilemme du législateur », préc., note 4, p. 263.

le curateur public²⁷⁷. La finalité de l'article 2183, al. 2 est d'assurer une continuité dans la protection juridique du mandant. À partir de l'entrée en vigueur de la *Loi en matière de protection des personnes* (2020), le curateur public devra également être avisé de l'entrée en fonction d'un mandataire remplaçant²⁷⁸ ou du décès du mandant²⁷⁹. Cet avis permettra d'assurer l'exactitude du registre des mandats homologués qu'il doit tenir²⁸⁰.

Tout bien considéré, la *Loi en matière de protection des personnes* (2020) corrige un nombre significatif des lacunes de l'encadrement juridique du mandat de protection qui avaient été documentées par la doctrine et la jurisprudence. La protection juridique des mandants devenus inaptes peut toutefois être améliorée dès maintenant par l'adoption de certaines pratiques par les notaires et les avocats, qu'il s'agisse simplement d'une adaptation anticipée de pratiques existantes à l'évolution prévue du droit ou de mesures proactives relatives aux aspects qui ne sont pas considérés par la réforme.

CONCLUSION

Lorsqu'il a adopté le mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant, le législateur avait l'intention d'offrir une protection simplifiée et autodéterminée au majeur inapte. L'analyse de l'encadrement juridique actuel du mandat de protection ne révèle qu'une atteinte partielle de cet objectif. Le mandat de protection est certes une institution populaire, mais elle demeure à parfaire²⁸¹.

L'examen des principales lacunes du mandat de protection permet de constater qu'elles découlent, en grande partie, de l'inadéquation entre la conception contractuelle de l'institution et les finalités qu'elle poursuit.

277. Art. 2183, al. 2 C.c.Q.

278. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 89.

279. *Loi modifiant le Code civil, le Code de procédure civile, la Loi sur le curateur public et diverses dispositions en matière de protection des personnes*, préc., note 8, art. 92. Voir, à ce sujet, L. LAFLAMME, R.P. KOURI et S. PHILIPS-NOOTENS, préc., note 28, p. 163.

280. *Loi sur le curateur public*, préc., note 145, art. 54.

281. C. FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », préc., note 4.

Plusieurs lacunes relevées par la doctrine et la jurisprudence trouvent une solution dans la *Loi en matière de protection des personnes* (2020). Le fait de pouvoir « suivre en temps réel » la naissance de cette loi, de sa présentation à son adoption, a représenté une occasion d'enrichir nos réflexions. Nos recherches nous laissent croire que cette loi améliorera considérablement la protection juridique du mandant dont l'inaptitude est survenue et de toutes les personnes majeures en situation de vulnérabilité. Les dispositions relatives à la surveillance du mandataire, qu'il s'agisse de l'inventaire, la reddition de compte ou la révision périodique de la situation du mandant, sont prometteuses. En revanche, la question épineuse de l'homologation du mandat de protection lorsque l'inaptitude du mandant est partielle ne sera toujours pas réglée par l'entrée en vigueur de la loi. De plus, bien que les tribunaux se voient attribuer un pouvoir d'intervention plus important, la réforme ne permettra toujours pas une mise en œuvre partielle du mandat de protection et elle n'offrira aucune solution de rechange à la destitution du mandataire et à la révocation du mandat au tribunal qui fait face à un défaut ponctuel d'un mandataire autrement bienveillant. Nous croyons par ailleurs qu'il serait judicieux que le législateur québécois procède, comme le législateur belge s'est contraint à le faire²⁸², à un exercice de révision de sa réforme dans quelques années.

Le retour sur la genèse et sur l'évolution des équivalents fonctionnels au mandat de protection en France, en Suisse et en Belgique a mis en lumière des pistes de solutions qui pourraient inspirer le législateur québécois. Parmi celles-ci, la modulation des pouvoirs accordés au mandataire en fonction de la forme du mandat, comme c'est le cas en France et en Belgique, semble un compromis judicieux entre l'accessibilité de l'institution et la protection du mandant grâce aux conseils du notaire lorsque le mandant envisage l'attribution de pouvoirs importants au mandataire. La réponse judiciaire plus flexible qui permet une mise en œuvre et une extinction partielle du mandat, prévue par les législateurs suisse et belge, pourrait être une solution à la question de l'homologation en contexte d'inaptitude partielle et à celle de l'imprévisibilité des besoins du mandant.

Les solutions aux lacunes de l'encadrement juridique du mandat de protection dépassent cependant le strict cadre de l'interven-

282. *Loi réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine*, préc., note 64, art. 224.

tion législative. Nous avons montré que les avocats et les notaires ont, dans l'attente des améliorations proposées et espérées, le pouvoir d'améliorer dès maintenant la protection juridique du mandant devenu inapte. Plus encore, leur rôle n'est pas limité aux conseils et services qu'ils peuvent offrir au mandant ou au mandataire, mais il s'étend à l'ensemble de la population. L'entrée en vigueur de *Loi en matière de protection des personnes* (2020) prévue en 2022²⁸³ devrait permettre de mettre en évidence le rôle de vulgarisateur et d'éducateur des conseillers juridiques. C'est l'ensemble de la société qui bénéficiera d'une meilleure culture juridique des citoyens.

Enfin, au-delà des modifications législatives et de l'évolution de la pratique des professionnels du droit, c'est le regard que toute la société pose sur les majeurs inaptes qui doit, d'abord et avant tout, évoluer.

283. *Débats de l'Assemblée nationale du Québec*, préc., note 9, p. 2185 (M. Mathieu Lacombe)