

MANDAT DE PROTECTION : DILEMME DU JUGE, DILEMME DU LÉGISLATEUR

Claude FABIEN

Volume 111, Number 2, September 2009

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1044874ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1044874ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

FABIEN, C. (2009). MANDAT DE PROTECTION : DILEMME DU JUGE, DILEMME DU LÉGISLATEUR. *Revue du notariat*, 111(2), 255–276.
<https://doi.org/10.7202/1044874ar>

**MANDAT DE PROTECTION :
DILEMME DU JUGE, DILEMME
DU LÉGISLATEUR**

Claude FABIEN*

INTRODUCTION	257
I. DILEMME DU JUGE	259
A. Lors de l'homologation du mandat	259
1. Le mandat est inadapté à la condition du mandant	259
2. Le mandataire est incompetent	262
B. En cours de mandat	263
1. Contestation d'un acte du mandataire	263
2. Insuffisance des pouvoirs ou des obligations du mandataire	264
II. DILEMME DU LÉGISLATEUR	267
A. Prépondérance de la volonté ou de l'intérêt de la personne vulnérable	267
1. Attribution au juge du pouvoir de modifier le mandat	268
2. Révision du cadre juridique du mandat de protection	270

* Avocat, anciennement professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

B. Mécanismes de protection du mandant contre l'abus	272
1. Inventaire et reddition de compte du mandataire	272
2. Intervention du curateur public ou non ?	273
CONCLUSION	275

INTRODUCTION

Le thème de notre colloque nous invite à poser la question suivante : le mandat de protection, tel que présentement édicté au *Code civil du Québec*, protège-t-il adéquatement le patrimoine du majeur vulnérable ? Notre réponse sera mitigée. Le mandat de protection, dans sa forme actuelle, rend certes de grands services, mais sa mission est parfois compromise par certains dilemmes vécus par le juge chargé de l'appliquer, lesquels se répercuteront sans doute sur le législateur.

Le mandat de protection est une création originale du génie juridique québécois, dont il convient certes de reconnaître les mérites. Il a connu un succès phénoménal auprès des justiciables, qui l'ont massivement adopté, au point où un plus grand nombre de majeurs sont présentement protégés en vertu d'un mandat homologué que par un jugement de tutelle ou de curatelle. Le régime de protection dit conventionnel a donc surpassé les régimes légaux. Toutefois, le succès de l'institution ne doit pas faire taire tout sens critique¹. Notre colloque nous invite d'ailleurs à contribuer à son perfectionnement.

Malgré son ingéniosité et sa popularité, le mandat de protection souffre d'une crise d'identité, tiraillé qu'il est entre sa naissance contractuelle et sa vocation de protection². Cette incertitude sur sa nature juridique, qui donne du fil à retordre aux tribunaux, devrait être résolue par le législateur dans le sens d'une confirmation sans équivoque de sa nature de véritable régime de protection du majeur inapte.

Le mandat de protection est une créature hybride. L'institution tire son héritage génétique de deux sources : d'une part des régimes

1. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude : une institution à parfaire », (2007) 1 *C.P. du N.* 405-438, p. 408.

2. Michel BEAUCHAMP, « Le mandat en cas d'inaptitude : crise d'identité ? », (2005) 1 *C.P. du N.* 335 ; François DUPIN, « État de la jurisprudence en matière de mandats en prévision de l'inaptitude », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée ? (2001)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 297.

légaux de protection, d'autre part du droit des contrats et plus particulièrement des règles du mandat. Cette dualité a créé une certaine confusion sur la nature du mandat de protection. Quelle est la couleur de l'animal ? À quelle espèce appartient-il ? De quoi se nourrit-il ? Certains l'ont rattaché à l'espèce contractuelle et ont fait du respect de la volonté du mandant, telle qu'exprimée dans le mandat, la valeur primordiale à protéger. D'autres l'ont plutôt associé à l'espèce des régimes légaux de protection et y ont vu une institution dominée par une finalité de protection des intérêts du majeur devenu inapte.

Le texte législatif lui-même n'est pas étranger à cette ambiguïté. Le législateur a adopté une appellation faible sur le plan sémantique : « mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant » ne dit pas à quoi il doit servir. Il a fallu le combat de quelques croyants³ pour promouvoir l'appellation « mandat de protection », qui ne s'est pas encore totalement imposée⁴. En outre, le législateur a choisi d'insérer la nouvelle institution à un endroit équivoque dans le Code civil. Il l'a greffée au contrat de mandat⁵, plutôt que de l'intégrer aux régimes légaux de protection. Enfin, il a omis d'indiquer clairement quelles dispositions seraient supplétives, en cas de silence ou d'insuffisance des règles de la nouvelle institution : celles du contrat de mandat ou celles des régimes de protection, dont les principes généraux sont si éloquents⁶.

La croyance des uns et des autres sur la nature de l'institution a trouvé écho chez les juges qui ont eu à vivre ce dilemme. On observe dans la jurisprudence une tension entre deux pôles : d'une part, celui du respect de la volonté contractuelle du mandant telle qu'exprimée au moment où il a écrit le mandat et, d'autre part, celui de la protection des intérêts véritables du mandant au moment où la menace se manifeste. Cette tension a produit une jurisprudence contradictoire. Le texte de la loi en est en partie responsable. Si le législateur a contribué à créer le problème, il est aussi maître de la solution. Il lui appartiendra d'intervenir et de mieux faire son lit. Le dilemme du juge deviendra ainsi celui du législateur.

3. Jean LAMBERT, « Le mandat de protection a 17 ans : s'émancipera-t-il bientôt ? », (2007) 109 *R. du N.* 45 ; Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 651.

4. Lucie LAFLAMME, Robert P. KOURI, Suzanne PHILIPS-NOOTENS, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 239 p.

5. *Code civil du Québec*, art. 2166 à 2174.

6. *Code civil du Québec*, art. 256 à 267.

Mais avant de voir ce que le législateur pourrait faire pour parfaire son œuvre, il y a lieu de se pencher d'abord sur le dilemme du juge.

I. DILEMME DU JUGE

Le juge se trouve devant un dilemme lorsqu'il y a un conflit entre la volonté exprimée par le mandant au moment où il a signé son mandat et la protection de ses intérêts véritables lorsqu'il est devenu inapte. Ce conflit peut se présenter lors de la demande d'homologation du mandat, mais aussi au cours de la vie d'un mandat déjà homologué. Rappelons que l'homologation du mandat de protection, en droit québécois, est un jugement par lequel le tribunal décide de son entrée en vigueur⁷. Il est alors appelé à contrôler la validité du mandat et la survenance de l'inaptitude chez le mandant.

A. Lors de l'homologation du mandat

Lors de la demande d'homologation du mandat, le juge peut être confronté à deux situations embarrassantes : le mandat est inadapté à la condition du mandant ou le mandataire désigné est incompetent.

1. Le mandat est inadapté à la condition du mandant

Paradoxalement, le premier cas est fréquent, pour deux raisons. D'une part, la pratique contractuelle a favorisé la stipulation, quasi automatique, d'attribution au mandataire des pouvoirs de la « pleine administration » au futur mandataire. Il s'agit des pouvoirs équivalents à ceux du curateur, qui est le régime de protection pour les cas les plus lourds, en droit québécois⁸. Le représentant a le pouvoir de tout faire, y compris les actes de propriété et d'aliénation, ainsi que toute espèce de placement. D'autre part, si le mandant est atteint d'une inaptitude progressive, il y a de bonnes chances qu'elle soit plutôt légère, au moment de l'homologation, avant d'évoluer plus ou moins lentement vers une détérioration complète des aptitudes mentales. Il en résulte, au moment de l'homologation, une nette disproportion entre le degré d'inaptitude du mandant et l'ampleur des pouvoirs attribués au mandataire, au détriment de l'autonomie du mandant.

7. *Code de procédure civile*, art. 863.3, 884.1 à 884.8, 885.

8. *Code civil du Québec*, art. 281 à 284.

Si personne ne s'en plaint, il n'y a pas de problème. Mais s'il y a contestation, notamment de la part du mandant, le juge est placé devant le dilemme suivant : soit homologuer le mandat les yeux fermés en se disant lié par la volonté contractuelle du mandant qui a stipulé d'entrée de jeu les pouvoirs de la pleine administration, soit au contraire refuser l'homologation et ordonner l'ouverture d'un régime de protection légale de moindre intensité, comme la nomination d'un conseiller au majeur⁹ ou d'un tuteur¹⁰.

Nos juges ont eu tendance à poursuivre la première voie et à s'incliner devant la volonté du mandant, exprimée dans les mots du mandat, en se disant sans compétence pour y changer quoi que ce soit¹¹. Certains invoqueront le respect de l'autonomie de la volonté du mandant ou son droit à l'autodétermination pour justifier leur stricte obédience au contrat¹². Mais il y a aussi ces juges, plus interventionnistes, qui refusent de suivre cette voie, préférant plutôt adhérer à l'esprit de la réforme des régimes de protection de 1990 et à ses principes, si clairement énoncés dans le Code :

257. Toute décision relative à l'ouverture d'un régime de protection ou qui concerne le majeur protégé doit être prise dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie.

Le majeur doit, dans la mesure du possible et sans délai, en être informé.

258. Il est nommé au majeur un curateur ou un tuteur pour le représenter, ou un conseiller pour l'assister, dans la mesure où il est inapte à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens, par suite, notamment, d'une maladie, d'une déficience ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté.

Il peut aussi être nommé un tuteur ou un conseiller au prodigue qui met en danger le bien-être de son époux ou conjoint uni civilement ou de ses enfants mineurs.

9. *Code civil du Québec*, art. 291 à 294.

10. Le tuteur, en droit québécois, est pourvu des pouvoirs de la « simple administration », qui sont moindres que ceux du curateur. *Code civil du Québec*, art. 285 à 290.

11. *Y.L. c. J.L.*, C.S. Beauce, n° 350-14-000008-052, 20 juillet 2005, AZ-50325708, par. 17.

12. *C.L. c. M.L.*, 2008 QCCS 591, AZ-50474535 (C.S.) ; *P.(L.)*, C.S. Beauce, n° 350-14-000007-047, 29 novembre 2004.

259. Dans le choix d'un régime de protection, il est tenu compte du degré d'inaptitude de la personne à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens.

276. Le tribunal saisi de la demande d'ouverture d'un régime de protection prend en considération, outre l'avis des personnes susceptibles d'être appelées à former le conseil de tutelle, les preuves médicales et psychosociales, les volontés exprimées par le majeur dans un mandat qu'il a donné en prévision de son inaptitude mais qui n'a pas été homologué, ainsi que le degré d'autonomie de la personne pour laquelle on demande l'ouverture d'un régime.

Il doit donner au majeur l'occasion d'être entendu, personnellement ou par représentant si son état de santé le requiert, sur le bien-fondé de la demande et, le cas échéant, sur la nature du régime et sur la personne qui sera chargée de le représenter ou de l'assister.

À la lumière de ces principes, il répugnera à un juge d'homologuer un mandat en pleine administration et de placer le mandant dans une situation pratique équivalant à la curatelle, alors qu'il n'aurait besoin de rien d'autre que de l'assistance d'un tuteur¹³ ou d'un conseiller¹⁴. Plusieurs juges ont ainsi pris l'initiative d'écarter le mandat, dans de telles circonstances, et d'ordonner l'ouverture d'un régime de protection adapté au degré d'autonomie de l'inapte¹⁵. En accédant à pareille demande, le juge fait preuve de compassion et fait triompher le sens commun, que l'on appelle parfois aussi « le bon sens ». Mais en même temps, il s'expose à se faire reprocher une erreur de droit.

Les tenants de la première école, celle de la stricte adhésion au contrat, pensent que le législateur a dressé une cloison étanche entre le mandat de protection et les régimes légaux de protection. Les principes généraux qui régissent et inspirent ces derniers ne pourraient pas être invoqués, même à titre supplétif, pour l'interprétation et l'application du mandat de protection.

Étrangement, ils semblent se réclamer de ces principes, lorsqu'ils justifient leur décision par le respect de l'autonomie de la

13. *A. et C.*, 2007 QCCS 124, 19 janvier 2007 ; *B. c. F.*, REJB 1999-14637 (C.S.) ; *Dion c. Dion*, C.S. Montréal, n° 500-14-025083-056, 14 mars 2006, par. 51 et 52 ; *A. (D.) et J. D.*, C.S., n° 410-14-000741-043, 31 mars 2004 ; *Bessette c. Fortier*, REJB 1999-14637 (C.S.).

14. *G.D. c. R.D.*, [2006] R.J.Q. 1442, 1457 (C.S.). Voir aussi *R.G. c. L.G.*, C.S., n° 155-14-000008-030, 23 octobre 2003, où le juge semble animé du même esprit.

15. *S.P.-B. c. F.B.*, 2006 QCCS 2824, 24 mai 2006, AZ-50375336, par. 106.

volonté du mandant, telle qu'exprimée au mandat. Il y a là une subtile confusion entre « l'autonomie du mandant » et « l'autonomie de la volonté du mandant » exprimée au mandat. Ce que le Code civil érige en principe premier, à l'article 257, c'est la « sauvegarde de son autonomie », selon son degré d'inaptitude, précisent les articles 259 et 276. Il s'agit de l'autonomie concrète du majeur, telle que vécue au moment de l'intervention du tribunal et non pas de l'autonomie de la volonté contractuelle exprimée par le majeur dans un mandat de protection fait un an, cinq ans ou vingt ans auparavant, dans l'éventualité d'une inaptitude qui pouvait lui paraître bien lointaine et abstraite.

2. Le mandataire est incompetent

Le second cas de figure est plus facile à régler. C'est celui où la requête en homologation est présentée par un mandataire que la preuve offerte dénonce comme manifestement incompetent. La jurisprudence en fournit plusieurs illustrations. Le candidat mandataire est lui-même malade ou inapte¹⁶. Il est en conflit d'intérêts¹⁷ ou bien il a déjà détourné à son profit certains biens du mandant¹⁸.

Que dit le Code, dans un tel cas ? L'unique disposition prévoit ceci :

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.

Interprétée strictement, cette règle s'applique exclusivement aux mandats déjà homologués où le mandataire a manifesté son incompetence par des fautes commises en cours d'exécution du mandat. Elle ne devrait pas s'appliquer avant l'homologation, à titre préventif, comme motif de disqualification du candidat mandataire. Le législateur n'a pas prévu une telle hypothèse.

16. *J.M. c. M.M.*, 2007 QCCS 3348, 10 juillet 2007 ; *A. et B.*, 2006 QCCS 6022, 14 décembre 2006.

17. *M.B. c. F.G.*, 2006 QCCS 3215, 9 juin 2006 ; *A.B. c. Y.L.*, C.S. Sherbrooke, n° 450-14-002501-037, 12 février 2004.

18. *L.L.A. et G.S.*, 2006 QCCS 1683, 29 mars 2006 ; *G.R. et F.F.*, 2006 QCCS 1503, 17 mars 2006, AZ50363165.

Pourtant les tribunaux ont vu les choses différemment. Dans un mouvement de fronde collective, ils n'ont pas hésité à refuser l'homologation aux mandataires incompetents, même si le texte ne le prévoyait pas¹⁹. Cette fois-là, le dilemme a fort heureusement été tranché dans le sens de l'intérêt de la protection du mandant, même au prix d'un écart à la lettre de la loi.

B. En cours de mandat

Le jeu des dilemmes se poursuit pour le juge, au-delà de l'homologation, en cours d'exécution du mandat. Deux autres cas de figure l'attendent : la contestation d'un acte du mandataire et le constat d'insuffisance des pouvoirs ou des obligations du mandataire.

1. Contestation d'un acte du mandataire

Il peut arriver, en cours de mandat, que le mandataire prenne une décision malheureuse, inopportune, contraire aux intérêts du mandant. En application de l'article 2177 C.c.Q. et selon la preuve offerte, le juge pourrait y voir un motif de révocation du mandat et d'ouverture d'un régime légal de protection²⁰.

Mais que faire, s'il s'agit d'un simple accident de parcours, une exception dans un tableau par ailleurs impeccable, une défaillance ponctuelle chez la personne la mieux qualifiée de l'entourage du mandant pour assurer sa protection et son bien-être ? Strictement, la loi ne permet pas au juge d'intervenir pour corriger l'erreur, sans toucher au régime²¹. Doit-il se résigner à laisser subsister une décision préjudiciable pour le mandant ?

Dans la célèbre affaire *Alloi-Lussier*²², un fils s'est adressé au tribunal par requête en *habeas corpus* pour faire sortir sa mère de la

19. *M.B. et C.B.*, C.S., n° 705-14-002786-046, 19 avril 2005, par. 24 ; *L.L.A. et G.S.*, 2006 QCCS 1683, 29 mars 2006 ; *M.B. c. F.G.*, 2006 QCCS 3215, 9 juin 2006 ; *L. (G.) et R.L. (R.)*, [1996] R.D.F. 374 ; *P.-J.T. c. Y.D.*, C.S. Chicoutimi, n° 150-14-000790-018, 19 avril 2002, AZ-50123130 ; *T. (M.) c. T. (L.-G.)*, C.S. Montréal, n° 500-14-000533-950, 24 avril 1997, AZ-97021467.

20. *Curateur public du Québec c. H.L.*, C.S. Montréal, n° 500-14-018665-026.

21. François DUPIN, « Obligations et recours contre un curateur, tuteur ou mandataire défaillant », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Obligations et recours contre un curateur, tuteur ou mandataire défaillant (2008)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 8.

22. *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, [1996] R.D.F. 259 (C.S.).

résidence pour personnes âgées où sa mandataire l'avait placée, contre son gré. Sa mère en avait eu le cœur brisé, parce qu'elle avait dû se séparer de son chat, seule consolation de ses vieux jours. Émue par le sort fait à cette vieille dame, la juge de 1^{re} instance avait ordonné sa libération, pour lui permettre de retourner vivre chez elle, avec son chat. La Cour d'appel l'a rappelée à l'ordre en disant que le tribunal n'était pas autorisé à réviser la décision de placement prise par la mandataire : il fallait respecter la volonté de la mandante de remettre son sort sans réserve entre les mains de sa mandataire²³.

On peut croire que la juge de 1^{re} instance avait eu raison, au plan humanitaire, de manifester une telle compassion envers la vieille dame et qu'elle avait compris son intérêt véritable. Ce cas illustre la confrontation entre deux conceptions opposées du mandat de protection : l'une centrée sur la protection de la personne, l'autre sur la défense aveugle du contrat. Il devrait être permis à un juge de corriger une décision du mandataire, dans le meilleur intérêt du mandant, sans pour autant compromettre la survie du mandat²⁴.

2. Insuffisance des pouvoirs ou des obligations du mandataire

Le dernier dilemme du juge peut survenir lorsqu'il constate que les pouvoirs ou les obligations du mandataire sont insuffisants pour lui permettre d'accomplir sa mission de protection. Le juge doit-il appliquer la solution terminale et perturbatrice d'ordonner la tutelle ou la curatelle ou pourrait-il retoucher le mandat de protection pour l'ajuster à la nouvelle réalité des besoins du mandant ?

Quant à l'insuffisance des pouvoirs, elle ne trouve pas d'illustration dans la jurisprudence. Cela s'explique par la pratique contractuelle qui consiste à stipuler d'emblée les pouvoirs de la pleine administration, c'est-à-dire le maximum des pouvoirs. On comprend alors qu'aucun mandataire n'ait eu à se présenter devant le tribunal pour demander l'augmentation de ses pouvoirs. L'aurait-il fait que le juge aurait sans doute rejeté sa demande, au nom du respect de la volonté contractuelle. « Si le mandant n'a pas voulu vous

23. *Alloi-Lussier c. Centre d'hébergement Champlain*, [1997] R.J.Q. 807 (C.A.).

24. *J.C. c. T.L.*, 2006QCCS 5348, 6 novembre 2006.

donner plus de pouvoirs, c'est son affaire : le tribunal ne peut rien y changer. » lui dirait le juge.

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 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.

Un mandant prudent pourrait décider de ne stipuler rien d'autre que les pouvoirs de la simple administration et de se réserver le droit d'être consulté sur les décisions relatives à sa santé et son bien-être. Si son état ou sa situation financière se détériorait au point de requérir des pouvoirs accrus, le mandataire pourrait vouloir les obtenir du tribunal. Le juge se sentirait alors partagé entre la solution simple qui serait de modifier le mandat, pour l'adapter à la nouvelle réalité, et l'application stricte de la loi qui l'amènerait à révoquer le mandat et ordonner l'ouverture d'un régime de protection légale.

En appliquant ainsi la loi, le juge renforce le signal envoyé aux praticiens et aux mandants de stipuler uniformément les pouvoirs de pleine administration, pour éviter ce genre de complication. Une telle pratique se fait au détriment de la philosophie de protection du majeur, proclamée à l'article 257 C.c.Q., qui voudrait que toute décision qui le concerne soit prise « dans son intérêt, le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie ». Cette philosophie impliquerait que le mandat de protection qu'on lui applique soit adapté à sa condition particulière et non pas coulé dans le moule uniforme des formulaires présentement en usage.

Quant à l'insuffisance des obligations du mandataire, le tableau est inversé. Le problème s'est présenté plusieurs fois devant les tribunaux, un peu à cause de la même servilité envers les formu-

lares. Le législateur a édicté bien peu d'obligations pour le mandataire, en partie pour éviter de le faire fuir cette charge. Il s'en est remis à la pratique, qui aurait normalement dû combler cette lacune par des stipulations ingénieuses et personnalisées. La pratique n'en a rien fait : elle a stipulé le moins possible d'obligations. Au moment de signer le mandat, le bon père de famille ne voit pas très bien pourquoi il imposerait une longue liste d'obligations à son fils aîné qui a toute sa confiance et qui a si aimablement accepté de lui rendre éventuellement ce service. On s'en remet à la loi, sans savoir qu'elle en dit malheureusement trop peu.

Typiquement, le problème a été amené devant les tribunaux dans les cas où les autres enfants de ce père devenu inapte éprouvent frustration et suspicion du fait que le frère (ou la sœur) exerce le mandat de protection dans le plus grand secret, en refusant de rendre compte de sa gestion à quiconque, de communiquer quelque information que ce soit, allant même jusqu'à isoler l'inapte et empêcher les autres membres de la famille de communiquer avec lui²⁵.

Cette carence de la pratique a été dénoncée²⁶. Des praticiens éclairés commencent à stipuler dans le mandat l'obligation du mandataire de faire inventaire et de rendre compte au moins une fois l'an au mandataire remplaçant, au mandataire à la personne, à un professionnel de confiance, voire au mandant lui-même.

Que se passe-t-il lorsqu'un membre de la famille se présente devant le tribunal pour qu'il ordonne au fils aîné, mandataire de leur père inapte, de rendre compte de sa gestion à ses frères et sœurs, alors que le mandat ne prévoit pas pareille obligation ? Certains juges ont accepté d'obliger le mandataire à rendre compte périodiquement à d'autres membres de la famille, à leur communiquer certaines informations sur l'état de santé et le patrimoine du mandant²⁷. Dans un mandat qui prévoyait déjà une reddition de compte périodique, le juge en a augmenté la fréquence²⁸. Dans un autre cas, le juge a ordonné au mandataire de rendre compte au curateur public²⁹.

25. *L.L.A. et G.S.*, 2006 QCCS 1683, 29 mars 2006.

26. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'incapacité : une institution à parfaire », (2007) 1 *C.P. du N.* 423-426.

27. *C.B. c. F.D.*, C.S., n° 200-14-009669-059, 11 octobre 2005 ; *C.B. c. L.B.*, C.S., n° 300-14-000039-045, 21 septembre 2004.

28. *H.P. c. J.P.*, 2007 QCCS 2958, 15 juin 2007.

29. *Curateur public du Québec c. S.F.*, 2006 QCCS 3136, 29 mai 2006.

D'autres juges ont préféré prendre parti pour le strict respect de la volonté du mandant qui interdit, selon eux, d'ajouter au mandat une obligation que le mandant a choisi de ne pas stipuler³⁰. La Cour d'appel, dans une décision marquante³¹, a consacré cette solution, non sans réticence, en disant que cette institution, telle que conçue par le législateur, ne permet pas au juge d'ajouter au mandat des obligations que le mandant n'y a pas stipulées. La volonté du mandant devient ainsi fossilisée dans l'état où elle se trouve, au moment où le mandant y met sa signature. C'en était fait des espoirs de ceux qui auraient souhaité que les tribunaux acceptent de modifier le mandat pour favoriser une meilleure protection du mandant et insufflent ainsi un peu plus de souplesse à une institution trop rigide. La Cour d'appel n'a probablement pas commis d'erreur de droit en disant que la loi ne le permet pas. Dans son jugement, elle renvoie explicitement le problème au législateur³².

II. DILEMME DU LÉGISLATEUR

Nous en venons au dilemme du législateur. Quelles sont ses options ? Quels choix devrait-il faire ? Écartons d'emblée le *statu quo*. Il ne peut qu'engendrer davantage de problèmes, au fur et à mesure que les milliers de mandats présentement en hibernation entreront en phase active. Il conviendrait d'améliorer les textes qui ont conduit aux dilemmes et à la jurisprudence contradictoire que nous venons de signaler. Le législateur devrait, d'une part, clarifier son intention et, d'autre part, améliorer la protection du mandant vulnérable contre l'abus.

A. Prépondérance de la volonté ou de l'intérêt de la personne vulnérable

Dans une démarche qui viserait à clarifier l'intention du législateur, le choix se situe entre les deux pôles que nous avons identifiés : d'une part, une conception contractuelle du mandat de protection qui érige en valeur prépondérante le respect rigoureux de la volonté du mandant, telle que figée dans les stipulations du mandat, et d'autre part, une conception institutionnelle du mandat de protection, fondée sur la primauté de la protection du mandant, qui

30. *L.R. c. M.R.*, J.E. 2005-1814 (C.S.).

31. *Curateur public du Québec, c. D.S.*, 2006 QCCA 83, 26 janvier 2006.

32. *Curateur public du Québec, c. D.S.*, 2006 QCCA 83, 26 janvier 2006, par. 38.

permet de le faire évoluer à travers les circonstances pour l'adapter aux exigences de sa mission.

Le législateur aurait tort d'opter pour la conception contractuelle. Elle a démontré ses limites. Elle impose parfois des solutions contraires au sens commun ou au sentiment de compassion du juge. Dans le contexte de la protection du majeur devenu inapte et vulnérable, la volonté contractuelle ne doit pas être idolâtrée. Dans bien des cas, elle repose sur un mythe. Le mandant ne connaît pas les conséquences de ce qu'il signe. Il le fait à un âge et dans un état de santé où l'inaptitude est perçue comme une éventualité lointaine, improbable et abstraite. Le mandant ordinaire ne se soucie pas des détails. Ce qui importe pour lui, c'est le choix de la personne qu'il désigne comme mandataire. Pour le reste, il s'en remet avec confiance au professionnel qui est censé le conseiller ou à l'auteur de la formule dont il a rempli les blancs. Bien souvent, la volonté contractuelle exprimée un an, cinq ans ou vingt ans plus tôt relève de la fiction, lorsque frappe le malheur de l'inaptitude.

On aurait tort de placer sur un pied d'égalité les valeurs qui sous-tendent les deux pôles et d'en faire l'enjeu d'un choix déchirant. Les deux valeurs ne sont pas du même ordre. Face à l'inapte, le droit ne peut avoir qu'une seule mission : celle de sa protection. Le contrat de mandat doit être vu, dans ce contexte, comme une technique particulière subordonnée à la protection du mandant. En cas de conflit, c'est la finalité de protection qui doit prévaloir.

Ainsi, le législateur devrait-il confirmer la nature institutionnelle du mandat comme régime de protection à part entière. Cette clarification devrait entraîner deux conséquences : l'attribution au juge du pouvoir de modifier le mandat pour mieux assurer la protection du mandant, ainsi que la révision du cadre juridique du mandat de protection.

1. Attribution au juge du pouvoir de modifier le mandat

Le texte du mandat de protection est-il immuable ou peut-il être modifié par le juge pour assurer une meilleure protection du mandant devenu inapte ? Comme nous l'avons vu, cette question a engendré une jurisprudence contradictoire, selon la sensibilité du juge et selon son adhésion à la conception contractuelle ou institutionnelle du mandat. La Cour d'appel a tranché. Elle a refusé d'obliger un mandataire à rendre compte de sa gestion à d'autres

membres de la famille, en l'absence de stipulation à cet effet, même s'il eût été dans l'intérêt du mandant que le mandat soit modifié pour inclure cette obligation. Ce faisant, la Cour d'appel n'a pas manifesté une préférence : elle a simplement sanctionné ce qu'elle considère être l'état actuel de la loi. Sensible au problème de fond soulevé par le litige, elle a toutefois envoyé un message non équivoque au législateur :

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.³³

Le mandat de protection souffre présentement d'un excès de rigidité. Afin de lui permettre d'accomplir pleinement sa mission de protection, le législateur devrait accorder au juge le pouvoir de modifier le mandat, autant au stade de l'homologation qu'au stade de l'exécution du mandat.

Au stade de l'homologation, le juge devrait pouvoir appliquer une disposition semblable à l'article 259 C.c.Q. qui dit que « dans le choix d'un régime de protection, il est tenu compte du degré d'inaptitude de la personne à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens ». En vertu de l'article 285 C.c.Q., si l'inaptitude n'est que partielle, on lui nomme un tuteur muni des pouvoirs de simple administration, plutôt qu'un curateur disposant des pouvoirs de pleine administration, régime réservé aux cas plus lourds. De la même manière, le juge devrait pouvoir adapter le mandat à la condition véritable du mandant au moment de la demande d'homologation. Si l'inaptitude du mandant n'est que partielle, il devrait pouvoir limiter les pouvoirs du mandataire à ceux de la simple administration, même si le mandat a stipulé ceux de la pleine administration.

En outre, la loi devrait permettre au juge de refuser l'installation d'un mandataire incompetent ou malhonnête, dès le stade de l'homologation, sans attendre que le candidat n'ait causé préjudice dans l'exécution du mandat. On a vu que les juges n'hésitaient pas à appliquer cette solution, malgré la lettre de l'article 2177 C.c.Q. : ils ordonnent alors l'ouverture d'un régime légal de protection. On peut certes se réjouir de l'interprétation libérale du texte de cet article. Il

33. *Curateur public du Québec, c. D.S.*, 2006 QCCA 83, 26 janvier 2006, par. 38.

devrait néanmoins être corrigé pour s'harmoniser à la pratique des juges et aussi pour leur permettre de nommer d'emblée comme mandataire la personne que le mandat désigne comme remplaçante, le cas échéant, sans être obligés d'écarter totalement le mandat au profit d'un régime légal de protection.

La même souplesse devrait être introduite lors des interventions judiciaires, en cours d'exécution du mandat. Le juge devrait être investi du pouvoir de réviser ponctuellement une décision inopportune du mandataire, dans le meilleur intérêt du mandant. Présentement, le juge est limité à deux solutions radicales : soit refuser d'intervenir en disant que seul le mandataire est compétent pour décider du sort du mandant, soit révoquer le mandataire pour mettre à sa place un protecteur plus éclairé. La loi devrait offrir au juge une troisième option qui lui permettrait de modifier ponctuellement une décision isolée du mandataire, lorsque l'intérêt du mandant commande que cette décision soit modifiée mais que le mandataire, par ailleurs compétent, soit maintenu dans sa fonction.

Enfin, la loi devrait permettre au juge de modifier le mandat, en cours d'exécution, en vue de l'adapter aux besoins du mandant, quant aux pouvoirs du mandataire et aussi quant à ses obligations. Dans un cas où les pouvoirs inscrits au mandat tel qu'homologué sont ceux de la simple administration, il est possible que l'inaptitude et les besoins du mandant se soient aggravés au point de justifier l'exercice de pouvoirs de pleine administration : le juge devrait pouvoir les accorder, aux conditions qu'il estime justes, sans avoir à écarter le mandat pour ordonner l'ouverture d'un régime légal. À l'inverse, si la condition du mandant s'est améliorée au point de ne plus requérir les pouvoirs de la pleine administration, le juge devrait pouvoir les ajuster à la baisse, afin de tenir compte de son degré d'inaptitude, de la même manière qu'un inapte pourrait passer d'un curateur à un conseiller, dans l'aménagement des régimes légaux de protection.

2. Révision du cadre juridique du mandat de protection

Afin que la révision des textes confirme clairement la conception institutionnelle du mandat de protection, le législateur devrait réaménager son cadre juridique. Le fait que le mandant de protection ait été greffé au contrat de mandat est une anomalie et sans

doute le fruit d'un accident historique³⁴. Il devrait être inséré dans les régimes de protection du majeur inapte³⁵ : il partage avec eux la même finalité et la même fonction. La seule variable significative est le recours à la technique contractuelle qui permet de faire participer le majeur au façonnement de son futur régime de protection. Elle ne change pas la nature des choses.

Il y aurait lieu, également, de changer l'appellation de cette institution. L'appellation « mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant » est une longue périphrase qui a connu diverses déformations, dont le contresens de « mandat d'inaptitude ». Lorsque le mandat entre en vigueur à la suite de son homologation, cette appellation devient inexacte. Autant au niveau du symbole que de la réalité, cette appellation a le défaut de ne rien dire de sa finalité. Elle est pénible à utiliser dans le discours oral ou écrit. Un consensus semble se réaliser autour de l'appellation « mandat de protection » dont nous avons fait la promotion³⁶. La Cour d'appel a consacré cet usage dans un arrêt important³⁷. Il est temps que le législateur l'adopte à son tour, à l'instar du législateur français qui a nommé « mandat de protection future » une institution inspirée de la nôtre³⁸.

Enfin, le législateur devrait, de toute manière, établir un lien organique entre le mandat de protection et les régimes de protection, dans le but notamment que les dispositions supplétives applicables au mandat de protection soient celles des règles générales des régimes légaux de protection du majeur inapte édictés aux articles 256 à 267 C.c.Q., ainsi que les règles de la tutelle au majeur, si nécessaire³⁹. Dans l'état actuel des textes, le législateur a érigé une cloison relativement étanche entre les régimes légaux de protection et le mandat de protection. Il prive ainsi cette jeune institution de la sagesse et de l'inspiration des principes généraux des régimes légaux ainsi que de certaines dispositions de protection qui sont

34. Jean LAMBERT, « La genèse du mandat de protection et quelques autres considérations », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 146, *Le mandat en cas d'inaptitude : une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 89.

35. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude : une institution à parfaire », (2007) 1 *C.P. du N.* 408 ; Jean LAMBERT, « Le mandat de protection a 17 ans : s'émancipera-t-il bientôt ? », (2007) 109 *R. du N.* 45.

36. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude : une institution à parfaire », (2007) 1 *C.P. du N.* 413.

37. *Curateur public du Québec c. D.S.*, 2006 QCCA 83, 26 janvier 2006, par. 17.

38. *Code civil français*, art. 477 à 494, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2009.

39. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude : une institution à parfaire », (2007) 1 *C.P. du N.* 415-417.

d'ordre public et qui devraient s'imposer à tous, comme les mesures de conservation du logement, des meubles et des objets personnels du majeur inapte édictées à l'article 275 C.c.Q.

B. Mécanismes de protection du mandant contre l'abus

Le second volet de la réforme devrait amener le législateur à renforcer les mécanismes de protection du mandant contre l'abus ou le pillage de son patrimoine. Les principales dispositions en cause ici sont les obligations du mandataire de faire inventaire et de rendre compte de sa gestion ainsi que l'intervention du curateur public.

1. Inventaire et reddition de compte du mandataire

Dans l'état actuel de la loi, le mandataire n'est pas tenu de faire l'inventaire des biens du mandant au moment où il entre en fonction, ni de faire rapport de sa gestion au moins une fois l'an ou à quelque autre fréquence. L'article 2184 C.c.Q. lui impose cette obligation à la fin du mandat, dont la cause est généralement le décès du mandant. Le mandataire doit alors rendre compte à la succession du mandant. Il arrive que le mandataire ait omis de conserver les pièces justificatives ou qu'il ait abusé de ses fonctions pour appauvrir le mandant. Il est alors trop tard pour remédier au préjudice causé aux héritiers et surtout au mandant lui-même qui n'est plus de ce monde et ne pourrait bénéficier de quelque redressement que ce soit.

Les régimes légaux de protection sont mieux pourvus à cet égard, puisque tuteurs et curateurs sont tenus de faire inventaire et de rendre compte au moins une fois l'an. Le législateur aurait dû imposer ce modèle dans le mandat de protection. Pourquoi ne l'a-t-il pas fait ? Il s'est peut-être fié à la pratique contractuelle en tenant pour acquis qu'elle aurait le souci de concevoir de belles formules qui auraient même pu faire mieux que la loi à cet égard. La pratique n'en a rien fait. Elle a stipulé le moins d'obligation possible pour le mandataire. Beaucoup de formules semblent avoir été rédigées à l'avantage des mandataires, pour leur simplifier la vie, et non à celui des mandants, pour assurer leur protection.

S'il paraît trop onéreux d'imposer à tous les mandataires les obligations de faire inventaire et de rendre compte périodiquement,

le législateur devrait néanmoins les édicter, tout en permettant au mandant d'y renoncer par stipulation expresse. La loi sert ainsi d'aide mémoire et de modèle pour le praticien et le mandant. De plus, si le praticien recommande à son client d'y renoncer, il lui fournira l'occasion de poser des questions et de prendre une décision éclairée.

L'organisation pratique de l'obligation de rendre compte périodiquement ne représente pas un défi insurmontable. Le mandant peut désigner, comme récipiendaire du compte, le mandataire remplaçant, le mandataire à la personne, une personne de son entourage, voire le notaire, l'avocat ou le professionnel qui l'avise pour la rédaction de son mandat. Comme nous l'avons déjà recommandé, il serait même sage de faire intervenir, à la formation du mandat, le mandataire et le récipiendaire éventuel du compte, afin d'assurer que les volontés du mandant soient fidèlement exécutées⁴⁰. L'opportunité d'ajouter à cette liste le curateur public est une question importante mais distincte.

2. Intervention du curateur public ou non ?

Dans l'état actuel de la loi, le curateur public joue un rôle marginal dans l'économie du mandat de protection. L'article 2177 C.c.Q. prévoit que le curateur public peut demander au tribunal de révoquer le mandat, s'il n'est pas fidèlement exécuté ou pour un autre motif sérieux. Concrètement, le curateur public agira s'il reçoit une plainte ou une dénonciation. Il a peu de moyens de contrôle et d'enquête sur les nombreux mandataires privés. Ces derniers n'ont pas l'obligation de lui rendre compte, que ce soit en vertu de la loi ou des stipulations du mandat. La Cour d'appel a jugé que la loi ne permet pas d'imposer cette obligation au mandataire, même dans les cas où cette mesure de surveillance serait éminemment souhaitable⁴¹.

Ce tableau présente un vif contraste avec l'aménagement des régimes légaux de protection du majeur inapte. Le tuteur et le curateur sont tenus par la loi de rendre compte périodiquement au curateur public. Ce dernier dispose donc des moyens de surveiller leur gestion, de faire enquête et d'intervenir au besoin. L'article 263

40. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude : une institution à parfaire », (2007) 1 C.P. du N. 417-420.

41. *Curateur public du Québec c. D.S.*, 2006 QCCA 83, 26 janvier 2006, par. 23 et 24.

C.c.Q. précise même qu'il est « chargé, dans tous les cas, d'assurer la protection du majeur ».

Le législateur n'a pas voulu que les dispositions des régimes de protection relatives au rôle du curateur public s'appliquent au mandat de protection. Il s'est gardé d'inscrire, dans les dispositions du mandat de protection, un renvoi général à celles des régimes légaux de protection. La seule référence qui s'y trouve est étroite et a été interprétée plutôt restrictivement :

2168. Lorsque la portée du mandat est douteuse, le mandataire l'interprète selon les règles relatives à la tutelle au majeur.

Si, alors, des avis, consentements ou autorisations sont requis en application des règles relatives à l'administration du bien d'autrui, le mandataire les obtient du curateur public ou du tribunal.

L'un des motifs de cette ouverture si parcimonieuse sur les règles des régimes légaux de protection serait de faire en sorte que le curateur public ne devienne pas chargé du contrôle et de la surveillance des mandats de protection, alors que le fardeau des régimes légaux est déjà si lourd sur les plans administratif et budgétaire.

Il s'agit d'un choix politique lourd de conséquences. Le nombre de majeurs inaptes sous protection est appelé à augmenter de façon importante au cours des prochaines années, à cause d'un certain nombre de facteurs bien connus. Le mandat de protection est en train de supplanter les régimes légaux de tutelle et de curatelle comme mécanisme de cette protection. Nous assistons donc à une certaine forme de « privatisation » de la surveillance de la protection des majeurs inaptes. Le curateur public qui était autrefois responsable, en dernière ligne, de la totalité des cas, se désengage progressivement, dans la mesure où le mandat de protection gagne du terrain.

La privatisation est toutefois imparfaite : le curateur public n'est pas remplacé dans son rôle de surveillance. L'initiative privée de la presque totalité des mandants et de leurs conseillers juridiques n'a pas vu à remplacer la fonction de surveillance du curateur public par des mécanismes de surveillance privée adéquats. Il est possible que, dans la majorité des cas de mandat de protection, on puisse s'en passer. La même chose est vraie de la majorité des cas de tutelles et de curatelles. Toutefois, comme il existe, à la marge, des cas qui justifient parfaitement l'existence du curateur public, il

existe aussi des cas de dysfonction du mandat de protection qui devraient bénéficier d'un semblable filet de sécurité.

Il serait téméraire de trancher cette question, mais il est temps de lancer le débat. 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.

CONCLUSION

Compte tenu de l'importance croissante que prend le mandat de protection dans notre organisation sociale, il n'y a pas de raison de laisser subsister des zones d'incertitude qui se traduisent par des dilemmes pour les juges et des contradictions dans la jurisprudence, d'autant plus que le législateur dispose des moyens pour écarter ces difficultés. Il aura certes le dilemme de choisir entre diverses options, mais l'analyse des problèmes fait clairement apparaître les solutions les plus prometteuses.

À la faveur de la révision des textes, le législateur devrait confirmer sans équivoque la finalité et la nature juridique du mandat de protection comme régime de protection à part entière. Il devrait en conséquence adopter l'appellation « mandat de protection » et l'intégrer dans les régimes de protection du majeur inapte, de manière à en harmoniser les dispositions. Il devrait en outre en assouplir les règles pour corriger certains effets indésirables de sa rigidité actuelle.

Ainsi, au moment de l'homologation, si le juge constate que le mandat est inadapté à la condition du mandant, il devrait pouvoir le modifier pour tenir compte de son degré d'inaptitude et de la sauvegarde de son autonomie. Par ailleurs, si le juge constate que le

mandataire est incompetent, il devrait pouvoir nommer à sa place le remplaçant prévu au mandat, sans attendre que ce mandataire fournisse, par sa mauvaise conduite, des causes de destitution.

En cours de mandat, le juge devrait pouvoir réviser une décision inopportune du mandataire, sans pour autant révoquer le mandat et ouvrir un régime de protection, si tel est l'intérêt du mandant. En outre, si le juge constate que les pouvoirs du mandataire sont insuffisants pour assurer la meilleure protection des intérêts du mandant, il devrait pouvoir modifier le mandat en conséquence. De la même manière, il devrait pouvoir ajouter ou soustraire aux obligations du mandataire, si l'intérêt du mandant l'exige.

Au départ, nous nous étions demandé si le mandat de protection protège adéquatement le patrimoine du majeur devenu inapte. Nous avons apporté une réponse mitigée. Pour accomplir pleinement sa mission, le mandat de protection devrait bénéficier des améliorations fonctionnelles que nous venons de souligner. Mais de façon plus spécifique, le législateur devrait imposer au mandataire l'obligation de faire inventaire et celle de faire rapport périodiquement à une personne susceptible de surveiller sa gestion. Au nombre des candidats à cette fonction de surveillance, nous avons mentionné le curateur public qui pourrait jouer à cet égard un rôle majeur ou mineur, mais combien nécessaire dans les cas où la protection du mandant est compromise.

Il y a certes lieu de saluer le génie qui a mené à la création, en droit québécois, de cette institution novatrice et moderne, son remarquable succès auprès de la population ainsi que son influence sur l'avancement du droit et des institutions ailleurs dans le monde. Par ailleurs, notre colloque nous invitait à dépasser ce constat pour aller plus loin. Cette institution est jeune, mais l'expérience acquise permet déjà d'envisager certaines améliorations. C'est une institution à parfaire, comme nous avons tenté de le démontrer dans cette discussion sur les dilemmes vécus par les juges et le flottement de la jurisprudence, en attente d'une clarification qui devrait venir du législateur québécois.

Et comme juste retour des choses, si le modèle québécois a pu être de quelque utilité à nos amis français, dans leur réflexion sur la protection du majeur inapte, la version française du « mandat de protection future » pourrait à son tour alimenter notre propre réflexion.