

LE MANDAT DE PROTECTION A 17 ANS ; S'ÉMANCIPERA-T-IL BIENTÔT ?

Jean LAMBERT

Volume 109, numéro 3, décembre 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045572ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045572ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

LAMBERT, J. (2007). LE MANDAT DE PROTECTION A 17 ANS ; S'ÉMANCIPERA-T-IL BIENTÔT ? *Revue du notariat*, 109(3), 427–449.
<https://doi.org/10.7202/1045572ar>

LE MANDAT DE PROTECTION A 17 ANS ; S'ÉMANCIPERA-T-IL BIENTÔT ?

Jean LAMBERT*

SOMMAIRE

L'auteur propose au législateur rien de moins qu'une réforme en profondeur du mandat en prévision de l'inaptitude dont les éléments majeurs sont les suivants :

- Seul le mandat notarié pourra prévoir des pouvoirs de pleine administration ;
- Un mandat de plus de 10 ans ne pourra pas être homologué ;
- La reddition de compte pourra être imposée ;
- Pour le mandat notarié, le notaire présidant la procédure aura la discrétion de ne pas procéder à un interrogatoire et sa déclaration de mise à exécution sera exécutoire immédiatement, bien que sujet à appel en cas de contestation, et dans ce cas, seule l'exécution des pouvoirs de simple administration sera possible jusqu'au prononcé du jugement.

* Notaire à Ville Saint-Laurent.

TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION	429
2. RÉFORMER LA PROTECTION ORGANISÉE DES INAPTES	431
2.1 Le mandat de prévoyance en cas d'inaptitude : un authentique régime de protection	431
2.2 Forme étendue de la rédaction contractuelle du mandat de protection	433
2.2.1 Le mandat sous seing privé	433
2.2.2 Le mandat notarié.	436
2.2.2.1 La mise à exécution du mandat de protection	437
2.2.2.2 Appel	438
2.2.2.3 La qualité du mandataire	438
2.2.2.4 « Meilleur avant »	439
2.2.3 De certaines mesures relatives à l'exécution d'un mandat de protection	441
2.2.3.1 L'inventaire et la reddition de compte	441
2.2.3.2 La protection graduée.	444
2.2.3.3 La substitution de mandataire	445
2.2.3.4 Le crépuscule	446
2.2.3.5 Le vacuum	446
3. CONCLUSION	449

1. INTRODUCTION

Dressons d'abord un état de la situation. Pour la majeure partie de la population du Québec, le mandat de protection en prévision de l'inaptitude est la seule véritable innovation que lui a apportée la réforme du *Code civil du Québec*. La plupart des autres sujets introduits étaient déjà connus et cette réforme lui est alors apparue plutôt comme une affaire de technique juridique pour initiés.

Le mandat de protection fut immédiatement adopté par le citoyen. C'est dire que son introduction au Code constituait une innovation significative ainsi qu'une réponse aux récriminations virulentes contre la complexité et la judiciarisation qui caractérisaient l'ouverture des régimes de protection d'alors¹. La popularité de l'instrument est indéniable.

Selon un sondage² effectué pour le compte du curateur public du Québec au printemps de 2006, le tiers des Québécois ont signé un mandat de protection et cette portion grimpe à 57 % chez les plus de 55 ans. Il y est révélé que 75 % de ces mandats ont été reçus devant notaire qui ont procédé, depuis avril 1990, à l'inscription de plus de 1,3 millions de ces mandats au Registre des mandats tenu par la Chambre des notaires du Québec. Et ces inscriptions ont crû à un rythme de 10 % au cours de l'an 2006. Au moment d'écrire ces lignes, le Registre des mandats de la Chambre des notaires du Québec contenait 1 545 000 inscriptions.

Monsieur Alain Dufour, au nom du curateur public, affirmait pour sa part dans une communication³ donnée au printemps 2007, dans le cadre d'un colloque consacré à la prévention de la fraude et de l'exploitation chez les aînés, que 16 000 inaptes jouissent actuel-

1. Jean LAMBERT, « La genèse du mandat de protection », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 87.

2. *La Prévention de la fraude et de l'exploitation financière chez les aînés*, Conseil des aînés, 1^{er} colloque, 26 avril 2007.

3. Alain DUFOUR, *Le rôle et l'intervention du curateur public du Québec en matière de prévention d'abus financiers envers les aînés*, *ibid.*

lement de la protection d'une personne qu'ils ont désignée eux-mêmes dans 9 000 mandats homologués ou qui furent désignées par leurs proches au moyen de la procédure d'ouverture de 7 000 régimes de protection, curatelles et tutelles. Le mandat de protection a pris les devants si j'ose écrire.

Ces chiffres sont appelés à croître rapidement au cours des prochaines années qui, aux dires des experts, seront marquées par le vieillissement de la population. Pour ce qui a trait à cette couche grandissante de la population susceptible de compter de plus en plus d'inaptes, l'ampleur de la croissance en besoins de protection saute aux yeux.

La pertinence et la popularité du mandat suffisent-elles toutefois ou faut-il au contraire établir un bilan de l'institution à l'aube de sa « majorité » et la parfaire comme nous y invite le professeur Claude Fabien⁴ ? De toute évidence, la question s'adresse aux juristes, car la population, elle, s'en remet entièrement à ses professionnels, au premier rang desquels se trouvent les notaires.

La mise à exécution d'un mandat de protection, par exemple, laisse interloqués les justiciables qui peinent à comprendre qu'il faille de 3 à 5 mois pour homologuer un tel mandat. « Ce mandat est notarié, pourquoi toute cette tracasserie et tant de délai ? » nous lancent inmanquablement les proches d'un mandant devenu inapte. La protection des droits individuels le commande, a affirmé le ministre de la Justice responsable de l'adoption, en 1989, de ce mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant.

La France, reconnue pour être sur cette terre l'un des berceaux de la protection des droits individuels, vient d'adopter, en mars 2007, des modifications importantes à son Code civil en matière de protection des inaptes en instaurant, à cette occasion, *un mandat de protection future*. S'inspirant du *mandat de protection* québécois⁵, le législateur français a ainsi continué de faire honneur au génie cartésien caractérisant son Code civil, dit familièrement *Code Napoléon* par plusieurs. Aussi est-il à notre tour de s'en inspirer !

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

5. Déclaration du Garde des Sceaux à l'ouverture du 102^e Congrès des notaires de France, Strasbourg, mai 2006 et *Les personnes vulnérables*, recueil des travaux préparatoires au 102^e Congrès des notaires de France, 2^e commission, Strasbourg 21-24 mai 2006, p. 446.

Certains acteurs de la scène juridique, s'interrogeant sur l'efficacité et l'adaptabilité des institutions de protection aux besoins croissants des citoyens, interpellent le législateur et lui demandent de revoir sa copie ; parmi eux, la Cour d'appel du Québec⁶, le professeur Claude Fabien⁷, l'auteur de ces lignes⁸.

Le législateur doit, pensons-nous, prêter une oreille attentive à ces demandes et adopter une attitude positive et conséquente. Ce texte veut démontrer, voire convaincre que la réforme du « mandat de protection » s'impose et, partant, que le moment est venu de passer à l'action.

2. RÉFORMER LA PROTECTION ORGANISÉE DES INAPTES

Le professeur Claude Fabien s'est livré sur la tribune des Cours de perfectionnement du notariat⁹ à une critique serrée de certains aspects juridiques du mandat de protection et de la pratique des professionnels du droit en la matière. J'invite le lecteur à parcourir le texte de son cours car plusieurs de ses éléments seront repris et discutés dans l'article faisant l'objet des présentes. Celui-ci, tenons-nous à préciser, est le fait d'un praticien et cette façon particulière d'aborder le sujet viendra enrichir et ajouter aux constats plus théoriques du professeur.

2.1 Le mandat de prévoyance en cas d'inaptitude : un authentique régime de protection

Déjà en 2001, nous écrivions¹⁰ que, bien qu'il répugne au législateur de toucher au nouveau *Code civil du Québec* tant le labeur menant à sa promulgation fut colossal, il fallait quand même se résoudre à y apporter une modification lorsque celle-ci s'impose avec prépondérance et que la nécessité de replacer le mandat de

6. *Québec (Curateur public) c. D.S.*, J.E. 2006-322 et [2006] R.J.Q. 466.

7. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 4 ; *ibid.*, « Le passage du mandat ordinaire au mandat de protection », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 146, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 105 ; *ibid.*, « Le nouveau droit des mandats », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, Ste Foy, P.U.L., 1993.

8. J. LAMBERT, *loc. cit.*, note 1 et « Le notariat, source d'inspiration législative », dans Brigitte LEFEBVRE, *Mélanges Roger Comtois*, Montréal, Éditions Thémis, 2007, p. 411.

9. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 4.

10. J. LAMBERT, *loc. cit.*, note 1.

protection là où il aurait dû toujours être, c'est-à-dire dans le Livre *Des personnes, Régimes de protection du majeur*, présente ce caractère prépondérant. Nous répondions alors à la question : mandat de protection synonyme de régime de protection ?

Presque tous les auteurs qui ont écrit depuis sur le sujet, sont d'avis que le mandat de protection n'a pas sa place dans les contrats nommés. Ils partagent sans nul doute l'avis de la professeure Monique Ouellette qui, dès 1990¹¹, qualifiait d'erratique la construction législative de ce *mandat donné dans l'éventualité de l'incapacité du mandant*. Le professeur Claude Fabien¹², constatant que la finalité de ce mandat particulier est la protection de la personne du mandant et de son patrimoine, invite le législateur québécois à la cohérence puisque les termes qu'il utilise à l'article 2131 C.c.Q. pour le définir sont les mêmes que ceux que l'on retrouve à l'article 256 C.c.Q. pour définir les régimes de protection. Il faut en effet, avec la confirmation de son appellation appropriée de *mandat de protection*, que cette caractéristique de fond prévale et que le mandat donné en prévision de l'incapacité soit considéré, pleinement, comme un régime de protection du majeur et ses dispositions relocalisées au Livre *Des personnes* du Code civil.

On saisit bien l'aspect « sensible » de la finalité de cet instrument juridique et c'est pourquoi, sans écarter le volontarisme qui le distingue des régimes « imposés » par la loi, on ne doit plus considérer le mandat de protection comme un simple contrat, un contrat comme tous les autres, de pure expression de volonté contractuelle. À preuve ! Alors que dans une relation contractuelle ordinaire, le degré de confiance que les contractants peuvent se témoigner peut être fort variable, il n'en est pas ainsi pour le mandat de protection. Dans ma pratique, ce *contrat* est toujours établi « entre » individus très proches les uns des autres et le mandataire est toujours considéré par le mandant comme une personne bénéficiant d'une très grande confiance. La cour des prétendants à ce contrat est, pour ainsi dire, minuscule.

Tirons nettement la conclusion qui s'impose : l'objet principal de cet instrument, le bien-être moral et matériel du mandant, du majeur protégé, dicte dans quel cadre législatif il faut placer le man-

11. Monique OUELLETTE, « Des personnes », dans *La réforme du Code civil*, t. 1, Ste-Foy, P.U.L., p. 15, n° 2.

12. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 4.

dat de protection. Les règles le gouvernant seront plus claires et les dispositions supplétives bien connues et éprouvées.

Le législateur français a-t-on dit et écrit¹³ s'est inspiré du modèle québécois, mais il n'a pas hésité à situer son *mandat de protection future* au Livre I « Des personnes », du titre XI intitulé « De la majorité et des majeurs protégés par la loi », chapitre II « Des mesures juridiques de protection des majeurs », ce qui permet une meilleure interaction du mandat avec cesdites mesures.

Pour bien comprendre l'importance de cette intégration, qu'il suffise de mentionner que lorsque la portée du *mandat de protection future* s'étend à la protection de la personne, les droits et obligations du mandataire sont définis par les articles 451-1 à 459-2 du *Code civil français* **et** « Toute stipulation contraire est réputée non écrite » (*Code civil français*, art. 479, al. 1^{er}).

Ajoutons que l'on trouve pareillement le mandat d'assistance des Allemands dans le droit de la protection des personnes.

Alors, dans quelle mesure l'aspect contractuel du mandat considéré comme un authentique régime de protection, permettra-t-il l'expression de la volonté du mandant ?

2.2 Forme étendue de la rédaction contractuelle du mandat de protection

Bien que nous nous soyons déjà rangé dans « l'école » qui considère ce mandat très particulier comme un régime de protection, nous ne minimisons pas pour autant l'aspect volontariste, « contractuel » de l'acte. Aussi, plaidons-nous en l'espèce pour une rédaction « sur mesure » du mandat de protection.

2.2.1 Le mandat sous seing privé

Lorsque l'idée du mandat de protection a été lancée en commission parlementaire en novembre 1988¹⁴, nous avons allégué et soutenu qu'il s'agissait d'un acte comptant parmi ceux qui commandaient la plus grande solennité puisque son effet, sa finalité,

13. *Supra*, note 5.

14. Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, Commission des institutions, 8 novembre 1988.

visait à garantir que le bien-être d'une personne devenue inapte et la protection de ses biens allaient être confiés à une personne de son choix, choix qui, devant être fait en toute connaissance de cause, nécessitait conseil, absence de captation et ambiance sereine.

La forme notariée, qui garantit les éléments fondamentaux évoqués ci-dessus, se devait d'être obligatoire. Si le législateur a cru bon de l'imposer pour la renonciation à une succession, c'est-à-dire un acte nécessitant conseil, absence de captation et sérénité d'esprit, il n'y a aucune raison valable, à notre humble avis, pour que ce même législateur ne l'impose pas pour un acte requérant davantage d'attention et de rigueur. Or, le législateur ne l'a pas fait et nous ignorons tout de la « petite histoire » qui l'a amené à retenir, outre la forme notariée, l'écrit sous seing privé.

À l'époque des grands travaux législatifs qui avaient alors cours, une préoccupation hantait et obscurcissait l'esprit du maître d'œuvre de l'équipe de rédaction de cet imposant projet de loi, soit celle de ne pas « favoriser » l'une ou l'autre des deux professions juridiques. Aussi fallait-il, selon ses instructions, être « neutre » (comme si la chose se pouvait), avec le risque bien réel de passer à côté de solutions juridiques innovatrices et déjudiciarisantes.

Et puis, il y avait en sourdine cette volonté « socialisante » de bon ton, soit plus précisément de permettre l'accès gratuit à ce mandat bien particulier. Conséquence inattendue : l'industrie du prêt-à-signer s'est rapidement chargée de vulgariser nombre de formules à la légalité douteuse et au contenu le plus souvent incomplet. On a ainsi banalisé cet acte de la plus haute importance pourtant, puisque ses dispositions « s'activent » alors que le bénéficiaire de leurs effets ne peut plus intervenir et prendre valablement part à la suite des événements.

Que faire alors ? Bannir l'écrit sous seing privé ? Non. Il faut plutôt établir des paramètres qui devront conférer au mandat de protection fait sous seing privé une garantie minimale de bonne fin.

Les données chiffrées révèlent que 25 % des mandats « homologués » ont été faits sous seing privé. Il y a fort à parier que ces mandats ne portent pas sur un patrimoine très important ou élaboré et qu'ils visent le plus souvent à faciliter l'encaissement et la gestion de modestes pensions et autres bénéfices rattachés à l'âge avancé des mandants. Fort bien et prenons-en acte.

Le mandat de protection sous la forme d'un écrit sous seing privé devrait être limité, quant à sa portée patrimoniale, aux règles de la simple administration du bien d'autrui¹⁵. Quant aux dispositions relatives au bien-être de la personne du mandant, elles devraient être restreintes au consentement aux soins uniquement. Toute question touchant à l'acharnement médical et à l'hébergement ailleurs que dans le logis habituel du mandant devrait cependant être soumise à l'aval d'un conseil semblable au conseil de tutelle, lequel pourrait être désigné sous le nom de « conseil de protection ».

Pour tout juriste le moins expérimenté en la matière, il est évident qu'on ne peut demander à un mandant d'accorder à un tiers la pleine administration de ses biens et un pouvoir absolu sur toutes questions relatives à son hébergement et à son opposition à l'acharnement diagnostique et thérapeutique, sans qu'un minimum d'information et de conseils ne lui soit d'abord prodigués. Le recours à l'écrit sous seing privé prive presque assurément le mandant de telles informations, de tels conseils.

La France est bien connue pour son fort penchant socialiste. Ce trait de société n'a pas empêché le législateur français de viser juste. Il a restreint la portée du *mandat de protection future* établi sous seing privé à la simple administration du patrimoine¹⁶, alors que les dispositions relatives à la protection de la personne sont impérativement édictées au Code civil pour les deux formes permises de ce mandat.

Nous proposons donc que la forme notariée soit obligatoirement retenue pour les mandats stipulant que le mandataire aura les pouvoirs conférés par la pleine administration des biens de son mandant. Le mandat sous seing privé sera, quant à lui, restreint à la simple administration des biens du mandant et ne fera qu'identifier la personne qui « gèrera » les questions afférentes au bien-être de la personne du mandant. Nous proposons même que les termes et conditions de ce mandat sous seing privé soient dictés par le législateur, tout comme il a cru bon et important de le faire dans des matières de moindre importance comme le bail de logement résidentiel et les contrats utilisés en courtage immobilier.

15. Art. 1301-1305 C.c.Q.

16. Art. 493 *Code civil français*.

2.2.2 Le mandat notarié

Revenons ici sur les données livrées en début de ce texte : les trois quarts des mandats homologués ont été reçus devant notaire et 57 % des majeurs protégés le sont sous l'égide du mandat de protection qu'ils ont établi. Ajoutons que depuis plus de huit ans, la grande majorité des mandats de protection sont homologués par la procédure devant notaire et, dans une moindre mesure, « judiciairement » par l'intermédiaire d'un notaire.

Ces données m'amènent à formuler une évidence : les notaires sont, et de loin, les tout premiers acteurs des régimes de protection établis sur la base d'un mandat de protection. Cette importance comporte une lourde responsabilité.

En introduction, nous avons invité le législateur québécois à imiter son homologue français et çà-devant à imposer la forme notariée au mandat contenant le moindre pouvoir excédant ceux de la simple administration. En contrepartie, les notaires doivent modifier sérieusement leurs habitudes de pratique professionnelle en ce qui a trait à cet instrument, encore relativement nouveau, de planification de la vie d'un éventuel inapte. Par « pratique professionnelle », nous entendons évidemment beaucoup plus que l'art de bien tenir la plume, mais plutôt l'état d'esprit que les notaires devront entretenir à l'égard de toute problématique relative à l'incapacité. Tel un habit sur mesure confectionné par un tailleur, le mandat de protection notarié doit être construit et rédigé uniquement après que les informations et particularités propres à la situation du mandant auront été recueillies et appréciées avec rigueur.

Bref, nous réclamons la fin du mandat « passe-partout et boni » venant clore un dossier de droit immobilier ou coiffer un exercice testamentaire.

Des gouttes d'eau ? Une source fiable œuvrant au sein de l'équipe du curateur public, m'informait qu'une analyse interne relativement récente portant sur la rédaction de plusieurs centaines de mandats homologués reçus devant notaire révélait que ces mandats étaient, à plus de 85 %, aussi semblables les uns des autres que des « gouttes d'eau » ! Une affaire de formulaires commodes ? Le professeur Claude Fabien le déplore !

Les besoins en sécurité, célérité et fiabilité requises en la matière posent un défi de taille aux notaires, défi qu'ils doivent et peuvent très bien relever comme le démontre la suite de ce texte.

2.2.2.1 *La mise à exécution du mandat de protection*

Revenons sur ce point¹⁷. La mise à exécution du mandat de protection, du moins pour celui reçu devant notaire, doit être grandement simplifiée afin de répondre aux attentes justifiées des utilisateurs aux plans de la célérité et des coûts raisonnables. Inspirons-nous à cet égard de la voie suivie en France et légiférons pour le plus grand nombre. Les cas de contestation sont des exceptions et la raison nous dicte de les traiter comme telles.

En l'espèce, un constat médical et le rapport d'évaluation psychosociale devraient suffire à la prise d'effet du mandat de protection notarié. Le notaire habilité qui, dans le cadre procédural actuel, pose un jugement d'appréciation sur les preuves d'inaptitude serait habilité à déclarer la mise à exécution immédiate du mandat sans avoir à rencontrer au préalable le mandant, sauf si les faits et circonstances l'y invitent. Il aurait alors l'obligation, en rédigeant sa décision, de se reporter aux éléments des rapports d'expert justifiant l'absence de rencontre avec le mandant. Le notaire serait de la sorte placé sur le même pied que le greffier du tribunal qui, lui, dispose de pareille discrétion. L'expérience de la nouvelle¹⁸ procédure devant notaire nous autorise à clamer haut et fort que les notaires sont, depuis dix ans, tout à fait aptes à exercer une telle discrétion.

La décision du notaire, prenant la forme d'une déclaration d'inaptitude, vaudrait jugement exécutable au même titre qu'une décision de sa part en matière de vérification des testaments autres que notariés. Copie de cette décision serait déposée au greffe de la Cour supérieure qui vérifierait le respect de la procédure et l'existence des rapports d'expert joints à la décision. Une fois revêtue du sceau d'approbation de la cour, la déclaration d'inaptitude serait signifiée au mandant déclaré inapte.

17. J. LAMBERT, *loc. cit.*, note 8.

18. *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1998, c. 51.

2.2.2.2 Appel

Le mandant déclaré inapte ou un de ses proches pourrait contester la décision rendue dans les 60 jours de sa signification en produisant au notaire ayant présidé à la procédure ou au tribunal une demande de contestation. Le dépôt de cette demande suspendrait immédiatement l'exécution du mandat et, selon les circonstances, le mandataire pourrait être appelé à agir provisoirement comme simple administrateur des biens du mandant et protecteur de sa personne¹⁹ dans l'attente d'un jugement sur la contestation.

Nous rappelons que le *mandat de protection future* en droit français est mis à exécution sur simple certificat médical délivré par un médecin agréé dont le nom figure sur une liste ministérielle²⁰.

2.2.2.3 La qualité du mandataire

Une des critiques à propos de la mise à exécution d'un mandat de protection, et qui est d'ailleurs à l'origine de plusieurs recours en contestation, concerne la qualité du mandataire. Celui-ci est peut-être devenu, avec le temps, peu habile à exécuter sa tâche ou encore s'est montré peu fiable, voire « indigne » de la confiance du mandant. Le notaire qui préside à la procédure de mise à exécution ne peut faire l'économie de cette question que les tribunaux estiment être de la plus haute importance²¹. En rendant sa décision de mettre le mandat de protection à exécution, il sera tenu de se prononcer expressément sur l'identité du ou des mandataires qui prendront leur fonction.

En administrant un questionnaire circonstancié, dont les réponses auront le caractère de la déclaration solennelle de la *Loi sur la preuve au Canada*, le notaire pourrait clairement exprimer son opinion sur l'admissibilité du ou des mandataires à leur fonction. En cas de doute, il déférerait le dossier au tribunal. Ce doute *pourrait* être fondé sur l'état de santé du mandataire, sur ses capacités d'agir, sur son état d'insolvabilité, sur l'existence de poursuites judiciaires pouvant influencer sur sa qualité de gestion, etc. Et les questions posées par le notaire seraient d'autant pertinentes que le mandat aura été signé plusieurs années auparavant.

19. Art. 272 et 274 C.c.Q.

20. Art. 481, al. 2 *Code civil français*.

21. *Inter alia* jugement de la Cour d'appel, précité, note 6.

2.2.2.4 « Meilleur avant »

Faut-il imposer une date de péremption au mandat de protection ? Doit-on, autrement dit, limiter dans le temps la validité pré-exécution de cet écrit très particulier ?

Certains se sont interrogés, dont le professeur Claude Fabien²², sur la valeur d'un mandat signé quinze ou vingt ans ou même 60 ans avant qu'on y ait recours.

La nature humaine étant ce qu'elle est, il est évident que bon nombre de nos clients ont oublié la nature et la portée des dispositions précises de leurs contrats anciens, le mandat de protection ne faisant pas exception à cette règle. Ici, l'absence de préoccupation côtoie souvent l'indifférence. Le mandant est-il toujours en accord avec les dispositions relatives à l'acharnement diagnostique et thérapeutique contenues dans son mandat, voire avec l'absence de telles dispositions ? A-t-il suivi l'évolution et le perfectionnement des diverses thérapies qu'il a écartées il y a plus de dix ans ?

Voici le cas, par exemple, d'un mandat signé voilà plus de 10 ans : La personne que le mandant a désignée comme mandataire remplaçant qui vient d'être reconnue coupable de malversation financière, mérite-t-elle encore sa confiance ? Ou encore, le mandataire désigné vient de se voir décerner, avec grande distinction, un certificat de mauvaise administration lors d'une faillite retentissante ? Voilà des éléments d'importance, extrinsèques au mandat mais d'une répercussion certaine sur celui-ci, ayant trait à la conduite et à la réputation du mandataire désigné.

Et *quid* le cas de l'entrepreneur qui, en signant son mandat de protection il y a 15 ans, a donné instruction stricte à son mandataire de vendre son entreprise dans l'hypothèse d'un traumatisme ou d'une maladie grave le privant, pendant plus de 6 mois, de toute capacité mentale lui permettant de la diriger ? Pourtant, il a depuis lors assemblé autour de lui une équipe de collaborateurs capable de prendre la relève pendant son absence prolongée. Mais, hélas ! il a omis de réviser son « vieux » mandat. La surprise éventuelle sera totale et de fort mauvais goût.

22. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 4, p. 432.

Les situations humaines ne sont jamais vraiment simples à traiter et particulièrement cette question de péremption d'un mandat de protection.

Eh bien, nous risquons une proposition : la validité d'un mandat de protection doit être appréciée en fonction du nombre d'années écoulées entre sa création et la date de la demande de prise d'effet. Expliquons-nous !

L'évolution même de la situation patrimoniale du mandant ne commande-t-elle pas tout naturellement une attribution plus complexe et sophistiquée des pouvoirs aux personnes appelées à faire montre de compétences particulières ? Le mandat de protection est un instrument qui doit en effet « coller » le plus possible à la situation du mandant au moment où celui-ci sera frappé d'incapacité. Si on prend soin « d'ajuster » périodiquement la couverture d'une assurance tout risque sur ses biens pour tenir compte des additions et de l'augmentation de leur valeur, ne doit-on pas à plus forte raison réviser périodiquement le mandat de protection ? La révision périodique est un point qui, à notre avis, participe de l'essence de cet instrument juridique de protection.

En instaurant le *mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant* dans le *Code civil du Bas-Canada*, le législateur a voulu reconnaître et promouvoir l'autonomie des personnes en leur permettant d'organiser par anticipation leur régime de protection dans l'éventualité de leur incapacité. Les régimes dits publics se sont conséquemment vu attribuer un rôle supplétif.

Considérant toutefois la façon dont les choses ont évolué²³, une intervention législative venant baliser l'exercice d'une autonomie nouveau genre nous apparaît maintenant justifiée.

En vue d'une prochaine intervention du législateur, nous soutenons d'abord que la validité d'un mandat de protection devrait être appréciée en fonction du nombre d'années écoulées entre sa signature et la date de demande de prise d'effet. Aussi, proposons-nous que tout mandat « âgé » de plus de 10 ans avant sa mise à exécution, ne puisse plus faire l'objet d'une demande de prise d'effet, « d'homologation », s'il n'a pas fait l'objet d'une déclaration de renouvellement

23. Matière nouvelle, instrument juridique inédit, popularité inattendue et pratique professionnelle un brin routinière.

de validité par le mandant selon l'une ou l'autre forme prescrite pour la confection du mandat de protection lui-même. En l'absence d'un tel renouvellement, le tribunal pourra en tenir compte dans le cadre de l'article 276 C.c.Q.

Il s'agit d'une mesure de prévention qui, par son caractère obligatoire, oblige le justiciable à faire preuve de responsabilité en évitant, faute de prudence et de prévenance, de projeter dans l'arène judiciaire un problème de nature privée relatif à sa propre protection.

2.2.3 De certaines mesures relatives à l'exécution d'un mandat de protection

2.2.3.1 L'inventaire et la reddition de compte

Le lien de confiance établi entre le mandant et son mandataire participe de l'essence même du mandat de protection. Sans ce précieux lien, ce mandat si particulier perd toute signification. L'histoire humaine et certains, comme Esope et Jean de la Fontaine²⁴ en particulier, ont bien démontré que la confiance sur le long terme a bien souvent besoin d'être soutenue. La reddition de compte et sa prémisses, l'inventaire, constituent donc le principal soutien de cette nécessaire confiance.

Il nous a été donné de constater malheureusement que la très grande majorité des mandats reçus devant notaire passe ce sujet sous silence, pis, le mandataire est systématiquement dispensé de rendre compte périodiquement. Tout au plus n'est-il tenu de le faire que lorsque l'exécution du mandat prend fin.

S'il est une critique constamment formulée par la doctrine et la jurisprudence à l'égard du mandat de protection, c'est pourtant bien celle qui déplore l'absence d'obligation imposée au mandataire de rendre compte à intervalles fixes, absence d'obligation permettant souvent d'assimiler un tel mandat à un chèque en blanc²⁵ de la part du mandant. La Cour d'appel du Québec, dans une décision récente²⁶, a d'ailleurs regretté que les tribunaux ne puissent imposer cette obligation au mandataire lorsque les circonstances le justi-

24. *Fables de la Fontaine*, livre IX « Le Dépositaire infidèle ».

25. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 4, p. 423.

26. Précitée, note 6.

fient. À mots à peine couverts, la Cour invite le législateur à donner des coudées plus franches aux tribunaux lorsque ceux-ci ont à résoudre un problème relié à l'exécution d'un mandat de protection. Plus spécifiquement, le tribunal devrait pouvoir imposer la reddition de compte périodique au mandataire dispensé de ce faire par le mandant, si c'est dans l'intérêt de ce dernier.

Nous sommes du même avis.

À qui toutefois le mandataire devrait-il rendre compte quand le mandant n'a pas identifié une personne pouvant faire office de vérificateur ? Le curateur public du Québec ne peut, en l'état actuel de sa loi constitutive, recevoir une reddition de compte d'un mandataire ; il a même fait savoir²⁷ qu'il n'est pas désireux de se voir confier pareille tâche à l'avenir.

S'il en est ainsi, le notariat, lui, peut et doit déclarer « présent ».

Voici, en quelques mots, comment pourrait s'articuler un programme de réception et vérification des comptes périodiques des mandataires sous la bonne gouverne des notaires.

La liberté accordée au mandant de dispenser son mandataire de l'obligation de rendre compte périodiquement serait maintenue. Il serait toutefois tenu de le spécifier en termes exprès dans son mandat. S'il était silencieux sur ce point, le mandataire pourrait cependant être contraint de rendre compte périodiquement. Lors de la demande de prise d'effet du mandat de protection ou ultérieurement si les circonstances le justifiaient, le tribunal pourrait effectivement imposer cette reddition de compte s'il l'estimait dans l'intérêt du mandant. Et à défaut par le mandant d'avoir identifié lui-même une personne pouvant faire office de vérificateur, le tribunal désignerait obligatoirement le notaire président ou ayant présidé à l'homologation dudit mandat pour agir à ce titre de fois en fois.

Si le notaire désigné et dûment accrédité par le ministre de la Justice n'était plus en exercice ou n'était plus en mesure d'assumer cette tâche, le tribunal désignerait un autre notaire ayant fait l'objet d'une accréditation en bonne et due forme par le ministre. Il en serait de même pour un mandat n'ayant pas été homologué au moyen de la procédure devant notaire.

27. A. DUFOUR, *op. cit.*, note 3.

L'analyse des redditions de compte serait faite par le notaire désigné, avec faculté pour lui de s'adjoindre les services d'experts comptables. Si quelque irrégularité ou non-conformité aux dispositions du mandat était détectée, le notaire vérificateur en saisirait le curateur public, lequel prendrait alors charge de l'enquête s'il y avait lieu.

L'inventaire

Pour bien rendre compte, il faut connaître dès le début de l'administration, la nature et l'étendue du patrimoine du mandant. Aussi, obligation serait-elle faite au mandataire de confectionner un inventaire des biens du mandant. Cette obligation serait d'ordre public. En présence d'un mandat notarié, l'inventaire serait obligatoirement dressé et reçu par acte en minute dans les 60 jours de la prise d'effet du mandat. Le notaire en assurerait ainsi la conservation²⁸.

Le notaire désigné vérificateur serait par ailleurs tenu de veiller, pendant une période de 10 ans, à la conservation de chaque reddition de compte qui lui est adressée.

Certains objecteront que les obligations de faire inventaire et de rendre compte en la forme et teneur ci-dessus mentionnées briment la liberté contractuelle et limitent l'autonomie du mandant. Nous répondons à cette objection en citant le propos fort judicieux du professeur Claude Fabien²⁹ :

En empruntant la technique contractuelle du mandat (*pour le mandat de protection*), le législateur en a ignoré une caractéristique essentielle, le pouvoir de surveillance et de révocation du mandant. Cet ingrédient essentiel est absent du mandat de protection. Le législateur n'a pas trouvé d'équivalent fonctionnel. Il a créé un système qui rend le mandant vulnérable face à un mandataire de mauvaise foi qui décide de l'exploiter. Il peut le faire en toute impunité puisqu'il n'y a personne pour le surveiller.

En terminant, nous renvoyons le lecteur au nouvel article 491 du *Code civil français* où il est stipulé que lorsqu'un mandat de protection future a été notarié, « le mandataire rend compte au notaire qui a établi le mandat en lui adressant ses comptes [...] ».

28. Voir à cet égard l'article 486 (*l'inventaire*) du *Code civil français*.

29. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 4, p. 423.

2.2.3.2 *La protection graduée*

La question de la gradation du degré de protection du mandant demeure en pratique controversée. Les greffiers se retranchent derrière une position rigide en refusant de décréter la mise à exécution partielle du mandat ou en refusant qu'il prenne effet à la suite d'une procédure devant notaire si l'inaptitude reconnue du mandant n'est que partielle.

Nous avons amplement traité de la gradation du degré de protection du mandant en 2001³⁰ et notre opinion n'a pas changé depuis. Bien au contraire, puisque deux décisions de justice sont venues corroborer notre point de vue !

Rappelons brièvement notre opinion et les motifs qui la sous-tendent. Le mandat de protection est un authentique régime de protection, avons nous dit à l'instar de plusieurs auteurs renommés, dont les professeurs Monique Ouellette³¹ et Claude Fabien³². Or, l'esprit de la réforme des régimes de protection adoptée le 22 juin 1989 place le respect de l'autonomie de l'individu au centre des préoccupations. Le législateur a dès lors décidé que l'établissement d'un régime de protection doit reconnaître le degré d'aptitude du majeur protégé et « tailler » sur mesure les modalités de son encadrement : c'était la tutelle.

Mais, voici qu'aujourd'hui ce principe de la gradation de la protection est jugé incompatible avec le mandat de protection au motif que le tribunal ne peut de lui-même rien ajouter au mandat³³. Nous arrivons à cette situation absurde où un majeur peut lui-même et dans son propre intérêt mettre en place, par le biais du mandat, un régime de protection confiant la pleine et absolue administration à un mandataire-protecteur, mais il ne peut en aucune façon (on le lui refuse) spécifier que cette protection puisse être réduite pour respecter un degré d'aptitude, par ailleurs reconnu, lui permettant de bénéficier d'une certaine autonomie dans la gouverne de sa personne et de ses biens.

30. J. LAMBERT, *loc. cit.*, note 1, p. 94.

31. Monique OUELLETTE, « *Loi sur le curateur public et la protection des incapables* », (1989) *C.P. du N.* 108, 138.

32. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 7.

33. Effet combiné des articles 259 et 288 C.c.Q., voir *B. (M.)* et *B.-B. (Y.)*, J.E. 99-221.

En somme, on affirme que le mandat de protection est un carcan que s'est imposé le majeur. Pour l'en libérer, il faut mettre de côté ce mandat et lui ouvrir un régime de protection sous la forme de la tutelle. Certains vont plus loin en affirmant qu'on ne peut mettre à exécution un mandat dit de pleine administration si l'inaptitude constatée n'est que partielle. À notre avis, les tenants de cette position n'ont jamais vraiment accepté l'existence de ce mandat de protection. Ils le considèrent comme une *hérésie* du législateur, une hérésie dont il faut à tout prix contenir l'importance et les effets.

Les citoyens, les utilisateurs et éventuels inaptes en ont décidé tout autrement si on en juge par la popularité du mandat de protection. Fort heureusement, les tribunaux ont également compris que cette position rigide était insoutenable en faisant droit à une demande de mise à exécution partielle d'un mandat de protection prévoyant des pouvoirs de pleine administration³⁴ et, plus récemment en Cour d'appel, en reconnaissant la primauté du mandat de protection sur les régimes dits public³⁵.

Cette controverse a assez duré. En replaçant le mandat de protection là où il aurait dû toujours être, c'est-à-dire, dans le Livre « Des personnes » du *Code civil du Québec*, le législateur devrait confirmer que le degré de protection fondée sur les dispositions d'un mandat de protection obéit à la règle générale voulant que l'autonomie partielle du mandant doit être respectée dans la prise d'effet dudit mandat, et ce, au même titre que dans un régime de tutelle au majeur.

2.2.3.3 *La substitution de mandataire*

Le mandat de protection, est-il nécessaire de le redire, est un document des plus personnels, un document qui est on ne peut plus l'expression concrète de la grande confiance qu'un individu a et place en une ou plusieurs autres personnes. Ainsi, il nous apparaît fondamental de restreindre la fonction de mandataire aux seules personnes que le mandant identifie expressément dans son mandat de protection.

Sauf pour un acte précis, le mandataire ne doit pas être autorisé à déléguer l'exercice général de tous ses pouvoirs à quiconque,

34. *L'affaire L. Poulin*, J.E. 2005-146, C.S. Beauce, j. D. Blondin.

35. Précité, note 6.

même à un comandataire. S'il ne peut agir, qu'il renonce à sa charge ou qu'il démissionne selon le cas. À plus forte raison, le mandataire ne devrait pas avoir le pouvoir de désigner des mandataires remplaçants. Lui permettre d'agir autrement viendrait contrecarrer toute l'économie juridique des régimes de protection.

Soyons clairs : le mandat de protection est là pour permettre à tout majeur de choisir les personnes qui prendront en charge son bien-être et celui de son patrimoine dans l'éventualité de son inaptitude. L'exercice de ce choix est un élément fondamental de l'institution qui ne doit pas être utilisée pour court-circuiter les règles édictées par le législateur en matière de protection des inaptes et ainsi soustraire à l'appréciation des proches du majeur la nomination d'un protecteur envers lequel le mandant lui-même n'aurait pas exprimé sa confiance. Voilà une balise qui devrait être d'ordre public.

2.2.3.4 *Le crépuscule*

En édictant que les régimes de curatelle et de tutelle doivent faire l'objet d'une réévaluation périodique³⁶, le législateur apportait lui-même une solution à une problématique fort décriée³⁷ sous l'ancien régime des *interdictions* du *Code civil du Bas-Canada*.

Curieusement, il a soustrait le mandat de protection à ce passage obligé. Est-ce logique ? Évidemment pas !

Pour respecter à la fois l'autonomie des individus dans la mise en place de leur propre régime de protection, mais aussi le principe de précaution ayant cours dans les régimes de protection dits publics, nous proposons que les mandants prévoient eux-mêmes qu'une réévaluation de leur situation soit faite entre la 5^e et 10^e année de la prise d'effet du mandat, à défaut de quoi cette réévaluation sera *ipso facto* quinquennale.

2.2.3.5 *Le vacuum*

Lorsque survient l'inaptitude, qui est généralement un processus évolutif dans le temps, qu'en est-il de la validité d'un mandat

36. Art. 278 C.c.Q.

37. *Inter alia* : « Les fous crient au secours », Jean-Charles Pagé, 1961, préface Dr Camille Laurin.

ordinaire avec pouvoir de pleine administration confié soit dans l'acte même contenant un mandat de protection (connu en pratique sous le nom de *procuration-mandat*) ou dans un acte distinct du mandat de protection ?

Dès l'entrée en vigueur des dispositions sur le mandat de protection en 1990, nous avons cru, comme bien d'autres, que l'acceptation préalable du mandataire d'agir comme mandataire « ordinaire », comme « procureur », obligeait celui-ci, en vertu de son obligation de veiller à la protection du mandant et sur constat de l'inaptitude de ce dernier, à demander l'homologation de la partie du « mandat donné en prévision de l'inaptitude » contenue dans cet acte à double volet. Or, la réalité du « terrain » et de la pratique nous permet de constater que de nombreux mandataires agissent, souvent avec l'aval des institutions financières, sans que la *procuration-mandat* ou même le simple mandat de protection fondant leur pouvoir ait été homologué.

Problématique accessoire, mais non moins préoccupante : comment doit-on qualifier et mesurer l'étendue des pouvoirs du mandataire ordinaire avant l'homologation ? C'est une question qui demeure sans réponse depuis 1990 parce que, comme le remarquait le professeur Claude Fabien en 2001 : « Il s'agissait manifestement d'un problème auquel le législateur n'avait pas pensé »³⁸. L'année suivante, le législateur a cependant introduit l'article 2167.1 C.c.Q. : le mandat ordinaire « continue de produire ses effets malgré l'instance à moins que pour un motif sérieux, cet acte ne soit révoqué par le tribunal ».

Nous renvoyons le lecteur à la critique que Claude Fabien a faite de cette modification législative³⁹ et ne retenons que la suggestion du professeur, faite nôtre, car elle correspond à la conception que nous avons toujours eue, à savoir : dès que le mandant perd la faculté d'apprécier la prestation de son mandataire et celle de révoquer son mandat « ordinaire », la portée de celui-ci, bien que contenant des pouvoirs de pleine administration, doit se voir réduite à la simple administration des biens du mandant devenu inapte, et cela par transposition des concepts de la gestion d'affaires (art. 274 C.c.Q.) et de l'administration provisoire (art. 275 C.c.Q.).

38. J. LAMBERT, *loc. cit.*, note 1.

39. C. FABIEN, *loc. cit.*, note 4.

L'évidence de cette suggestion saute aux yeux. Tout au long de ce texte, il n'a été question que d'assurer le plus haut degré de protection possible à l'incapable et son patrimoine. Or, l'intervalle entre la survenance de l'incapacité du mandant et l'homologation de son mandat de protection est une période cruciale où la quasi-absence de balise donne au mandataire de mauvaise foi toute la latitude juridique nécessaire pour lui permettre de dilapider à son aise les biens du mandant. Rappelons-nous que pendant cet intervalle, le mandant n'est plus apte à apprécier quelque reddition de compte que ce soit et l'inventaire d'ouverture, une fois le mandat de protection homologué, ne reflétera que ce qui « restera » d'un patrimoine qui, auparavant et à l'insu de son propriétaire, pourra avoir subi une cure minceur importante.

Pourquoi tenter le larcin quand la solution du problème est ailleurs ? Car quel est-il vraiment, ce problème ? Il n'est rien d'autre que le résultat d'un processus procédural trop long ; au lieu de s'attaquer à cette problématique, le législateur a préféré donner carte blanche à cette « autre personne »⁴⁰ chargée par le mandant d'administrer ses biens. Il a fait erreur.

Évidemment, certains feront valoir qu'il ne faut pas restreindre inutilement la libre circulation des biens dans la société et qu'en cas d'abus, les tribunaux sont là pour y voir. Justement, c'est là que le bât blesse. Non seulement ils interviennent après coup, mais les tribunaux sont peu accessibles car très coûteux et fort lents. Il s'agit d'une réalité bien documentée aujourd'hui : la majorité des justiciables laissent tomber leurs droits devant la complexité des recours judiciaires. De plus, il y a quelque chose de très dérangeant dans ce refus de favoriser la prévention.

Le législateur doit s'attaquer au vrai problème et revoir son mécanisme procédural de la mise à exécution du mandat de protection pour le rendre beaucoup plus rapide. Assujettir les pouvoirs du mandataire aux règles de la simple administration pendant les quatre ou cinq semaines d'une nouvelle procédure efficace, ne constituera pas un drame, d'autant que l'autorisation du tribunal demeure disponible pour les situations vraiment exceptionnelles.

En obligeant le mandataire ordinaire à demander l'homologation du mandat de protection de son mandant ou dans l'ignorance

40. Art. 2167.1, al. 2 C.c.Q.

de l'existence d'un tel mandat, de procéder à l'ouverture d'un régime de protection à ce mandant, le législateur procurera l'assurance que l'intervalle ne sera pas élargi indûment.

3. CONCLUSION

Il y a un prix à payer pour le bénéfice de vivre dans le cadre d'une société bien organisée, soucieuse d'assurer le bien-être de ses membres. Ce prix est parfois en argent, mais il doit toujours s'exprimer intangiblement en un mot : responsabilité. C'est-à-dire, responsabilisation du citoyen à l'égard de sa propre vie.

Le mandat de protection est un instrument juridique exceptionnel mis à la disposition de l'individu pour qu'il puisse assumer concrètement ses responsabilités dans l'organisation de sa vie quand il ne pourra plus, partiellement ou totalement, assurer la conduite de ses affaires et le bien-être de sa personne. Allons jusqu'au bout de cette conviction en complétant l'œuvre juridique entreprise en 1989 par l'adoption de la loi instaurant le mandat de protection⁴¹.

Précisons avec rigueur les paramètres du mandat de protection en lui procurant le cadre juridique approprié, soit celui des régimes de protection. Et, enfin, distinguons nettement et sans équivoque entre l'acte notarié et celui qui vise des objectifs plus modestes, l'acte sous seing privé.

Ne légiférons pas sur la base de rares cas d'exception et éliminons les barrières qui handicapent sérieusement l'efficacité de ce mandat particulier dans la vaste majorité des cas qui, faut-il le reconnaître, ne fait pas problème. Dans cette veine, la réduction des délais procéduraux est primordiale. En contrepartie, renforçons les mesures de surveillance et de contrôle et obligeons le citoyen à faire preuve de grande responsabilité à l'égard de son mandat en fixant à cet instrument une date de préemption.

Le judiciaire mérite qu'on lui épargne les encombrements évitables.

41. L.R.Q., c. C-80.