

PASSAGE DU MANDAT ORDINAIRE AU MANDAT DE PROTECTION

Claude Fabien*

Montréal :

Le passage du mandat ordinaire au mandat de protection donné en prévision de l'incapacité du mandant pose le problème de la recherche d'un régime de transition entre la survenance de l'incapacité chez toute personne et le jugement qui ouvre pour elle un régime de protection. On découvre alors trois régimes de transition distincts : l'un pour le consentement aux soins de santé, l'autre pour les actes visant à assurer la protection de sa personne et le troisième pour l'administration de ses biens. Ce dernier est particulièrement complexe s'il doit composer avec un mandat ordinaire, déjà en vigueur au moment où survient l'incapacité. Les seules solutions acceptables sont alors celles qui privilégient la protection de l'incapable.

Moving from the ordinary mandate to the protective mandate, given in anticipation of the mandator's incapacity, raises the problem of finding a transitional regime for the period beginning when the mandator becomes incapacitated until the judgment establishing a regime of protection is given. Three distinct transitional regimes can be found : one for consenting to medical care, another for the person's protection, and a third, for the administration of his or her property. When the last regime is combined with an ordinary mandate already in force on incapacity, it becomes particularly complex. The only acceptable solutions, then, are those which give priority to the protection of the incapacitated person.

Introduction	952
A- Problématique	952
B- Importance de la question	955
C- Balises	957
D- Méthode	959
I. Intérêts extra patrimoniaux de l'incapable	960
A- Consentement aux soins	960
B- Protection de la personne	962
II. Administration des biens de l'incapable	967
A- Sort du mandat ordinaire après l'incapacité	968
1) En principe, dysfonctionnel	968
2) Par exception, fonctionnel durant l'instance	975
B- Régime de transition	978
1) Variations selon le montage juridique	978
2) Mandat ordinaire assorti d'un mandat de protection	985
Conclusion	987

* M. Claude Fabien, professeur à la Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, Québec. Nous remercions le Service de la formation permanente du Barreau du Québec et Les Éditions Yvon Blais qui ont aimablement autorisé la publication de cet article dont une première version a paru dans *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée?*, vol. 146, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2001, aux pp. 105-48.

Introduction

A- Problématique

1- *Une nouvelle institution.* En 1989, une nouvelle institution est apparue dans le *Code civil du Bas Canada*, au chapitre du Mandat, sous le nom de «mandat donné dans l'éventualité de l'incapacité du mandant»¹. Elle a été intégrée presque sans modification au *Code civil du Québec*, entré en vigueur en 1994, aux articles 2166 à 2174. Il s'agit d'un acte par lequel une personne peut, à l'avance, choisir un mandataire pour accomplir en son nom et à son bénéfice les actes destinés à assurer la protection de sa personne ou l'administration de ses biens et, en général, son bien-être moral et matériel², lorsqu'elle sera devenue inapte à prendre soin d'elle-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 volonté³. En plus de pouvoir désigner le mandataire de son choix, cette personne a la liberté de déterminer l'étendue de ses pouvoirs et de ses obligations, et même de les fractionner entre plusieurs personnes.

L'apparition de cette nouvelle institution est sans aucun doute liée au phénomène sociologique du vieillissement de la population. On peut y voir le fruit de la convergence de trois facteurs⁴. Les milieux de la santé étaient de plus en plus préoccupés par le problème du consentement aux soins et par ses implications sur leur responsabilité. Les milieux des services sociaux s'inquiétaient du peu d'empressement des familles et de l'entourage à s'occuper des personnes âgées devenues incapables et à leur faire nommer un curateur par la procédure d'interdiction trop souvent perçue comme infamante. Enfin, les milieux juridiques, en plus de déplorer la désaffection envers la curatelle, s'inquiétaient avec raison d'une pratique largement répandue par laquelle les praticiens du droit exécutaient, comme substitut à l'ouverture d'un régime de protection, des procurations générales pour permettre à un mandataire de s'occuper d'un membre de la famille devenu trop âgé⁵. Plus particulièrement,

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

² Art. 2131 C.c.Q.

³ Art. 258 C.c.Q.

⁴ C. Fabien, «Le nouveau droit du mandat», dans *La réforme du Code Civil*, t.2-*Obligations, contrats nommés*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 933, au n° 67.

⁵ M. Légaré, «L'obligation de vérifier la capacité des parties» (1977-78) 80 R. du N. 164; R. Comtois, «Deux aspects de la procuration: révocation pour cause d'incapacité; l'irrévocabilité du mandat» (1984-1985) 87 R. du N. 236; C. Fabien, *Les règles du mandat*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1987 à la p. 105, au n° 68.

la Chambre des notaires du Québec allait donner une impulsion déterminante à la recherche d'une solution novatrice⁶.

Cette nouvelle institution a été créée sans modèle rapproché. Il convient de louer la créativité des concepteurs, d'autant plus que le résultat semble jouir de la faveur du public⁷. Il est toutefois normal qu'une nouvelle institution soit perfectible. Après plus de dix années d'expérience sans modification significative de l'institution, le temps serait sans doute venu de procéder à une mise au point. Quelques critiques fort pertinentes ont été exprimées, généralement inspirées par un souci de protection accrue pour l'incapable durant la vie du mandat⁸. Notre examen se situera plutôt en amont, dans une zone bien circonscrite qui va de la survenance de l'incapacité jusqu'au jugement d'homologation du mandat. C'est là que se pose la question du passage du mandat ordinaire au mandat de protection.

2- Problème de la transition. Notre problème naît de l'écoulement du temps entre la survenance de l'incapacité du mandant et la mise en vigueur du mandat de protection par la procédure d'homologation. S'il n'y avait pas de délai, il n'y aurait pas de problème. En réalité, il y a d'abord les délais plus ou moins normaux de la justice. On dit que l'homologation peut prendre jusqu'à six mois, surtout lorsqu'il y a contestation⁹. La nouvelle compétence attribuée aux notaires en matière d'homologation devrait normalement raccourcir les délais¹⁰. Il y a aussi le temps requis pour préparer le rapport

⁶ J. Lambert, «La genèse du mandat de protection et quelques autres considérations» dans *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée ?*, vol. 146, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2001 aux pp. 86-90.

⁷ É. Deleury et D. Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 2e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997 à la p. 539, au n° 688. Au 31 juillet 2000, plus de 713 069 mandats avaient été enregistrés à la Chambre des notaires et plus de 10 000 au Barreau, selon F. Dupin, «État de la jurisprudence en matière de mandats en prévision de l'incapacité» dans *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée ?*, vol. 146, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2001 à la p. 3, n. 2.

⁸ M. Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Yvon Blais, 2000 à la p. 95, au n° 118 et 250, au n° 295; F. Dupin, «Protection des personnes incapables: l'intérêt et l'autonomie du majeur protégé» (1997) 57 R. du B. 164; Deleury, *supra* note 7 à la p. 542, au n° 692; Fabien, *supra* note 4 à la p. 137, au n° 75, et 941, au n° 81.

⁹ Quant au temps écoulé entre la requête et le jugement d'homologation, une étude de 1995 fait état de délais moyens de 2 mois dans le district de Québec et de 3 mois dans le district de Montréal. Voir *Mémoire sur le projet de loi no 143 Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives présenté à la Commission des institutions*, Chambre des notaires du Québec, 1998, Annexe 1 «Analyse des délais pour l'homologation d'un mandat donné en prévision de l'incapacité», 1995 aux pp. 9 et 11.

¹⁰ Art 884.7 C.p.c., introduit par L.Q. 1998, c. 51, art. 13. M. Beauchamp, «Les nouvelles compétences attribuées au notaire : commentaires et critique» dans *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée ?*, vol. 146, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2001 aux pp. 53-69.

d'expertise médicale et psychosociale requis dès le dépôt de la demande d'homologation¹¹.

Il y a enfin le délai pratique lié aux circonstances. Si l'incapacité survient soudainement, à la suite, par exemple, d'un accident cérébro-vasculaire, l'événement suscite une crise où les questions juridiques ne sont pas nécessairement prioritaires. Si l'incapacité est progressive, comme dans le cas d'une maladie de dégénérescence, il en résulte une zone grise qui retarde le moment de la décision. De plus, il est possible que l'entourage ignore l'existence du mandat, ou que le mandataire ignore la survenance de l'incapacité. L'ignorance, le désarroi, d'autres priorités, le recours à des expédients sont autant de facteurs qui retarderont l'homologation.

La survenance de l'incapacité marque pourtant le début d'une période critique. Si la cause en est la maladie ou un accident, le problème du consentement aux soins risque de se poser de façon immédiate et pressante. Il faut souvent prendre des décisions rapides pour l'hébergement, le placement, l'aide à la personne en perte d'autonomie. L'expédition des affaires courantes a aussi son importance pour la réputation de solvabilité de l'incapable. S'il s'écoule plusieurs mois entre la survenance de l'incapacité et l'homologation du mandat, qui pourra s'occuper du sort de l'incapable dans cet intervalle ?

3- *Questions*. Le cas typique évoqué par notre titre est celui de la personne âgée qui, sentant ses forces physiques et intellectuelles faiblir, décide de se départir du fardeau de l'administration de ses biens pour le confier à une personne de confiance jusqu'à la fin de ses jours, tout en souhaitant que cette assistance lui soit également assurée si l'avenir lui réserve une phase d'incapacité plus ou moins prolongée. Il est parfaitement possible de tout faire cela dans un contrat de mandat assorti de dispositions de prolongement en cas d'incapacité, à la seule condition de respecter les conditions de forme et de procédure prescrites par la loi¹². Cette pratique est largement répandue. Même s'il n'y a pas de changement de mandataire, le problème de la transition en cas d'incapacité demeure posé. Le problème est encore plus complexe s'il y a un changement de mandataire ou si les pouvoirs ou les obligations de l'un et de l'autre mandats sont différents.

Que se passe-t-il au moment où survient l'incapacité ? Est-ce le premier mandat qui se prolonge ou le mandat en cas d'incapacité qui prend effet avant d'avoir été homologué ? Et si ni l'un ni l'autre ne se produit, la personne incapable se retrouve-t-elle assise entre deux chaises, sans personne pour la soutenir ? Si le premier mandat a la vertu de se prolonger, jusqu'à quand demeure-t-il en

¹¹ Art. 884.2 C.p.c. Voir J. Girard, «L'évaluation psychosociale: un processus incontournable pour la sauvegarde de l'autonomie du majeur et complémentaires aux univers légal et médical» dans *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée?*, vol. 146, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2001 à la p. 45.

¹² G. Guay, «Le mandat donné en prévision de l'incapacité», *Répertoire de droit-Nouvelle série*, Mandat, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1996 à la p. 52 aux n^{os} 188-94; Fabien, *supra* note 4 à la p. 932, au n^o 66.

vigueur ? Si personne ne demande l'homologation du mandat, ni l'ouverture d'un régime de protection, la prolongation est-elle infinie ? Si tel est le cas, pourquoi le législateur aurait-il créé cette nouvelle institution ? N'y a-t-il pas alors danger que l'incapable devienne victime d'abus et d'exploitation ?

4- *Vide apparent*. Le passage du mandat ordinaire au mandat de protection est une zone grise qui n'a pas fait l'objet d'un aménagement clair de la part du législateur. Il en résulte un vide juridique apparent ou, à tout le moins, une zone d'incertitude. Au chapitre du Mandat, aucune disposition expresse ne règle la transition entre l'incapacité et l'homologation du mandat. Il n'y a pas de jurisprudence sur la question. Il y a incertitude quant au sort du mandat ordinaire lorsque survient l'incapacité. L'article 2175 C.c.Q., qui énumère les causes d'extinction du mandat, dispose qu'il « peut également prendre fin, en certains cas, par l'ouverture d'un régime de protection à l'égard de l'une ou l'autre des parties ». Il ne dit rien de la survenance de l'incapacité du mandant.

L'article 273, al.1, C.c.Q. se lit comme suit :

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

Cette disposition demande à être interprétée. De quelle *instance* s'agit-il ? Comme cette disposition est édictée au chapitre des Régimes de protection des majeurs, une interprétation restrictive conduirait à dire qu'elle ne peut pas s'appliquer à la demande d'homologation du mandat en cas d'incapacité¹³. Si l'*instance* inclut la demande d'homologation, l'existence de l'instance est-elle une condition d'efficacité du mandat ordinaire qui demeurerait sans effet tant que l'instance n'a pas été formée¹⁴ ? Cette disposition ne doit-elle pas être restreinte à l'administration des biens, laissant ouverte la question de la protection de la personne ? Enfin, ne doit-on pas craindre que soit plaidée un jour la thèse voulant que le mandat ordinaire demeure indéfiniment en vigueur en cas d'incapacité si aucune instance n'est formée ?

B- Importance de la question

5- *Intérêt de l'incapable*. La mise au point d'un régime de transition doit concilier les intérêts légitimes de toutes les parties en interaction : l'incapable, le tiers, le mandataire, voire même le conseiller juridique.

L'incapable, par définition, ne peut plus prendre soin de lui-même ou ne peut plus administrer ses biens par suite, notamment, d'une maladie, d'une déficience

¹³ Deleury, *supra* note 7 à la p.550, au n° 704.

¹⁴ Fabien, *supra* note 4 à la p. 932, au n° 66; Guay, *supra* note 12 à la p. 52, au n° 186.

ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou son aptitude physique à exprimer sa volonté¹⁵. C'est une personne qui a besoin d'être aidée, protégée et représentée. S'il a déjà constitué un mandataire, il ne peut plus surveiller sa gestion, porter un jugement sur sa qualité, exiger une reddition de compte, révoquer son mandat. Il est vulnérable et peut facilement devenir victime de l'exploitation ou de la mauvaise foi d'autrui, en commençant par ses proches. Cette situation de fait existe dès la survenance de l'incapacité, indépendamment du constat qu'en fera éventuellement le tribunal. Les impératifs de protection s'imposent dès ce moment.

6- *Intérêt du tiers*. Le tiers recherche la sécurité dans les actes juridiques qu'il accomplit. S'il est prudent et de bonne foi, il ne voudra pas traiter avec un incapable de peur que l'acte ne soit attaqué en nullité pour défaut ou absence de consentement valable, en vertu du droit commun des contrats¹⁶. Si l'incapable est éventuellement pourvu d'un régime de protection, le tribunal est compétent pour annuler les actes antérieurs à l'ouverture du régime ou réduire les obligations qui en découlent, «sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés». Cette même règle protège l'incapable pourvu d'un tuteur¹⁷, d'un curateur¹⁸ ou d'un mandataire agissant en vertu d'un mandat homologué¹⁹.

Ces règles ne précisent pas si les actes vulnérables sont ceux accomplis par l'incapable en personne, ou s'ils comprennent aussi ceux qui sont accomplis par mandataire. Comme elles visent à protéger l'incapable, elles sont susceptibles d'une application large. Pour ne pas être vulnérable, le tiers voudra s'assurer qu'une disposition claire de la loi habilite le mandataire de l'incapable à agir dans ces circonstances. Si le tiers est en présence de deux mandataires, l'un se réclamant d'une procuration générale, l'autre se fondant sur un mandat donné en cas d'incapacité dont l'homologation n'a pas été demandée, il préférera sans doute s'abstenir.

7- *Intérêt du mandataire*. Le mandataire a tout intérêt à connaître clairement l'étendue et les limites de ses pouvoirs et de ses obligations lorsque survient l'incapacité du mandant. Même s'il agit à titre bénévole, sa responsabilité peut être engagée s'il demeure inactif alors qu'il a l'obligation d'agir. Il s'expose à la même sanction s'il accomplit un acte qui outrepassé ses pouvoirs. Si l'acte est annulé à cause de l'incapacité du mandant, le tiers pourrait demander réparation au mandataire qui aurait omis de lui divulguer ce fait.

La même insécurité risque de hanter également le mandataire désigné par le mandat donné en cas d'incapacité. S'il y a urgence à agir pour protéger le

¹⁵ Art. 258 C.c.Q.

¹⁶ Art. 1398 C.c.Q.; D. Lluellas, *Droit québécois des obligations*, vol. 1, Montréal, Thémis, 1998 à la p. 588, au n° 1021.

¹⁷ Art. 290 C.c.Q.; Lluellas, *ibid.* à la p. 583, au n° 1014-17.

¹⁸ Art. 284 C.c.Q.; Lluellas, *ibid.* à la p. 577, au n° 1005.

¹⁹ Art. 2170 C.c.Q.; Lluellas, *ibid.* à la p. 592, au n° 1028.

mandant avant la demande d'homologation et même pendant l'instance, le mandataire sera déchiré entre sa conscience et la crainte d'engager sa responsabilité, surtout s'il agit à titre bénévole. S'il est en concurrence avec d'autres mandataires porteurs de procurations générales ou spéciales, la situation n'en sera que plus confuse pour lui.

8- *Conseillers juridiques.* Dans un tel écheveau, la situation des conseillers juridiques n'est pas des plus confortables. Comment renseigner adéquatement l'une ou l'autre partie sur la validité et la sécurité de l'acte qu'elles souhaitent accomplir ? Les praticiens doivent composer avec des conseils de prudence qui les incitent à ne pas exécuter d'actes dans les circonstances incertaines où l'inapte est représenté par un mandataire ordinaire qui prétend pouvoir valablement agir²⁰. Le praticien qui connaît l'incapacité du mandant non protégé et le caractère lésionnaire de l'opération envisagée risque de se rendre complice de fraude s'il accepte de recevoir l'acte²¹. Enfin, le praticien doit être familier avec la problématique de la transition s'il veut en éviter les pièges par voie de stipulations contractuelles proposées à ses clients.

C- Balises

9- *Terminologie.* Les termes de notre titre méritent quelques explications. Le terme *passage* est neutre. Comme une traversée, le passage peut être calme ou désastreux, selon les circonstances. Dans le contexte de notre sujet, la condition primordiale d'un passage réussi est la disponibilité d'un régime de transition clair et bien fait.

Le terme *mandat ordinaire* est utilisé, faute de mieux, pour désigner tout mandat qui n'est pas celui donné en prévision de l'incapacité, au sens des articles 2166 à 2174 C.c.Q. Il désigne indifféremment toute forme de mandat général ou spécial, à titre gratuit ou onéreux, que le mandant peut faire avant d'être atteint d'incapacité. Il peut même désigner une pluralité de mandats qui peuvent coexister, pour peu que les affaires du mandant soient complexes.

Le terme *mandat de protection* est celui que nous avons proposé en 1993 pour désigner le *mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant*, ainsi nommé aux articles 2166 à 2174 C.c.Q.²² Nous récidivons. L'appellation du Code a l'inconvénient d'être une longue périphrase que l'usage a inévitablement contractée. La contraction *mandat en cas d'incapacité* est un moindre mal, encore qu'elle glisse facilement vers le terme *mandat d'incapacité* qui est un contresens et qui doit être banni. Sur le plan du langage, elle engendre une

²⁰ Comtois, *supra* note 5 à la p. 246; Légaré, *supra* note 5 à la p. 164; P. Beaudoin et C. Lacaille, «Interdiction et tutelle» (1988) 4 C. P. du N. 254.

²¹ Comtois, *ibid.* à la p. 246.

²² Fabien, *supra* note 4 à la p. 935, n° 71. À l'appui de l'appellation *mandat de protection*, voir J. Lambert (2001), *supra* note 6 à la p. 104.

lassante répétition où les mots *inapte* et *inaptitude* reviennent continuellement. La contraction est probablement indispensable à des fins d'indexation et de traitement efficace de l'information. En outre, si ce mandat est « donné en prévision de l'inaptitude » au moment de sa formation, il cesse de l'être lorsque l'inaptitude est effectivement survenue et que le mandat est en vigueur : à la limite, l'appellation du Code devient alors trompeuse. La raison déterminante de préférer *mandat de protection* tient à la finalité de la nouvelle institution et aux vertus pédagogiques d'une appellation qui la rappelle à tous ceux qui auraient tendance à l'oublier. Cette finalité est évidemment celle de la protection du mandant. Elle est inscrite dans la nature juridique de cette institution. Il est indispensable d'en préciser la qualification pour éclairer notre sujet.

10- *Nature du mandat de protection*. Le mandat donné dans l'éventualité de l'inaptitude du mandant, introduit au Code sous ce nom en 1989, est de la nature juridique d'un régime de protection. Par sa technique, il s'agit d'une institution hybride, dans la mesure où elle emprunte aux mécanismes du contrat de mandat et aussi à ceux des traditionnels régimes de protection des majeurs inaptes²³. Toutefois, sa finalité en fait un régime de protection. Elle est exprimée à l'article 2131 C.c.Q. dans un langage calqué sur celui de l'article 258 C.c.Q. qui exprime la vocation générale des régimes de protection. Le mandat de protection est un substitut à l'ouverture d'un régime de curatelle ou de tutelle au majeur inapte. Le mandat de protection peut coexister avec la curatelle ou la tutelle, comme le prévoit l'article 2198 C.c.Q.

Les circonstances historiques de la création de la nouvelle institution sont révélatrices. C'est la *Loi sur le curateur public* de 1989²⁴ qui a servi de véhicule à son introduction, et non la réforme du Code civil édictée en 1991. Le contexte des rapports et des études qui ont précédé cette loi ainsi que la multiplicité de ses volets, tous orientés vers l'amélioration du sort des majeurs inaptes, confirment la finalité de protection de la nouvelle institution²⁵. On soupçonne que le législateur a opté pour une certaine asepsie du langage et une association superficielle avec le contrat de mandat pour éviter le piège des perceptions négatives et du rejet qui avaient affligé l'ancienne procédure d'interdiction. Les inconvénients de ce choix l'emportent sur les avantages. Il eut mieux valu que le langage soit clair et que le mandat de protection soit édicté au livre des Personnes pour assurer la cohérence des règles, éviter les dérives de l'interprétation et confirmer la mission de protection de tous les mandataires des inaptes²⁶.

²³ Fabien, *supra* note 4 à la p. 935, au n° 70.

²⁴ *Loi sur le curateur public*, *supra* note 1. Voir *Bessette c. Fortier*, 755-14-000380-980, REJB 1999-14637 (C.S.), Mme la juge Marie-Christine Laberge.

²⁵ J.-P. Ménard, «L'exercice des droits par les personnes inaptes» dans *Le droit des personnes inaptes* (1992), Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Yvon Blais, 1992 aux pp. 61-90.

²⁶ Lambert (2001), *supra* note 6 à la p. 92.

La jurisprudence a établi que l'homologation du mandat de protection a pour effet de rendre le mandant juridiquement incapable d'accomplir lui-même les actes de la vie civile²⁷, consacrant ainsi sa qualification de régime de protection. La doctrine a affirmé cette qualification de façon quasi unanime²⁸. Cette balise aura une incidence certaine sur l'étude de notre sujet. En effet, les besoins de protection qui provoquent l'ouverture d'un régime de protection pour une personne ne naissent pas avec le jugement du tribunal, mais plutôt avec la survenance même de l'incapacité. C'est donc dire que le régime de transition entre le mandat ordinaire et le mandat de protection, suite à l'incapacité du mandant, devra être imprégné de cette préoccupation.

D- Méthode

11- *Régime de transition*. On perçoit intuitivement que le problème du passage du mandat ordinaire au mandat de protection ne peut pas être examiné isolément ou de l'unique point de vue des règles du mandat et des contrats. Il doit être traité en harmonie avec les dispositions des régimes de protection qui régissent le problème similaire de la protection de la personne entre le début de son incapacité et l'entrée en vigueur d'un régime de protection. L'absence de règles suffisantes au chapitre du Mandat confirme la nécessité d'élargir la perspective et de rechercher les éléments d'un régime général de transition depuis l'incapacité jusqu'à l'ouverture d'un régime quelconque de protection, généralité dans laquelle nous pouvons désormais inclure le mandat de protection, vu ce qui précède.

12- *Variables*. Le régime de transition entre l'incapacité et l'ouverture d'un régime de protection va s'articuler autour de trois variables. La première est celle du temps. Il y aura lieu de distinguer entre deux périodes. La première va de la survenance de l'incapacité au dépôt d'une demande d'ouverture d'un régime de protection ou d'homologation d'un mandat. La seconde va du dépôt de la demande jusqu'au jugement qui y fait droit. Pour simplifier et dans ce sens, nous emploierons le langage du Code qui distingue la phase *avant l'instance* de la phase *pendant l'instance*, notamment aux articles 272 à 275 C.c.Q.

La seconde variable vise la nature des actes accomplis par les représentants de l'incapable ou par ceux qui veulent lui prêter assistance. En effet, des solutions variables apparaîtront, selon qu'il s'agit de consentement aux soins, d'actes visant la protection de la personne de l'incapable ou enfin de l'administration de son patrimoine.

²⁷ *Re Bédard*, (19 novembre 1990), Montréal 500-14-001920-909, M. le Juge Nolin.

²⁸ Cantin Cumyn, *supra* note 8 à la p. 96, au n° 118, n. 288; Deleury, *supra* note 7 à la p. 550, au n° 706; Dupin, *supra* note 8 à la p. 160; Fabien, *supra* note 4 à la p. 935, au n° 70; Lluelles, *supra* note 16 à la p. 595, au n° 1034; Dupin (2001), *supra* note 7 à la p. 6; Lambert (2001), *supra* note 6 à la p. 96. Contra : J. Pineau, D. Burman, S. Gaudet, *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1996 à la p. 185, au n° 112 et p. 212-13, au n° 127.

La troisième variable dépend du montage juridique qui entoure l'incapable : présence ou absence d'un ou de plusieurs mandats ordinaires au moment où survient l'incapacité, présence ou absence d'un mandat de protection. La permutation de ces facteurs donne lieu à quatre hypothèses distinctes.

13- *Plan*. Notre plan s'articule autour de la seconde variable, découlant de la nature des actes accomplis. Le régime de transition n'est pas le même selon qu'il s'agit des intérêts extra patrimoniaux de l'incapable ou de l'administration de ses biens. Il est beaucoup plus simple dans le premier cas, car le problème de la survivance du mandat ordinaire en est absent. Ce problème ne se pose que dans le cas de l'administration des biens de l'incapable, où il engendre un certain niveau de complexité. Les intérêts extra patrimoniaux de l'incapable connaissent un régime de transition différent, selon qu'il s'agit du consentement aux soins requis par l'état de santé de l'incapable ou, de façon plus générale, des actes relatifs à la protection de sa personne.

I. Intérêts Extra patrimoniaux de l'Incapable

A- Consentement aux soins

14- *Régime autonome*. En matière de consentement aux soins, le régime de transition est clair, complet et autonome. Cette autonomie a sans doute été inspirée par le droit français qui va beaucoup plus loin, en appliquant cette solution pour toute la durée de l'incapacité, sans égard à l'ouverture d'un régime de protection²⁹. Ce régime de transition autonome se justifie par l'urgence, puisque la cause même de la survenance de l'incapacité sera souvent un accident ou une maladie qui requiert des soins immédiats. Il s'explique aussi par la problématique particulière de l'évaluation de l'état psychologique d'une personne dans un contexte de soins de santé³⁰ et de l'application durant cette période des directives préalables au décès qu'a pu formuler l'incapable³¹.

Cette autonomie se justifie enfin par le caractère particulier du consentement aux soins. Voilà un acte que la personne ne peut pas déléguer tant qu'elle est apte à l'accomplir elle-même. Lorsqu'elle devient incapable, c'est la loi qui détermine qui peut valablement consentir à sa place ou refuser le consentement : le tuteur,

²⁹ Art. 490-1, *Code civil français*; A. Weill et F. Terré, *Droit civil - Les personnes, la famille, les incapacités*, 5e éd., Paris, Dalloz, 1983 à la p. 902, au no 910.

³⁰ Deleury, *supra* note 7 à la p. 122, aux nos 108-11. Voir S. Gauthier, «Comment déterminer l'aptitude du mandant?» dans *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée?*, vol. 146, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2001 à la p. 71.

³¹ D. Chalifoux, «Les obstacles à la mise en oeuvre des directives de fin de vie en milieu institutionnel» dans *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée?*, vol. 146, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Yvon Blais, 2001 à la p. 19.

le curateur ou la personne désignée dans le mandat de protection³². L'autorisation de la loi est donnée par le jugement du tribunal qui ouvre un régime de protection ou qui homologue le mandat de protection. Entre ce moment et la survenance de l'incapacité, il y a un inévitable régime de transition.

15- *Description*. Le régime de transition se présente en trois volets. En premier lieu, le consentement aux soins n'est pas nécessaire en cas d'urgence, lorsque la vie de la personne est en danger ou son intégrité menacée et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile³³. Le second volet prévoit que le consentement aux soins peut être donné par une hiérarchie de personnes, dans un ordre déterminé : au premier degré, le mandataire, le tuteur ou le curateur ; au second degré, à défaut d'une telle représentation, le conjoint ; au troisième degré, à défaut de conjoint, un proche parent ou une personne «qui démontre pour le majeur un intérêt particulier»³⁴.

Le troisième volet donne compétence au tribunal pour intervenir en cas d'empêchement ou de refus injustifié des soins de la part du représentant de l'incapable, ou du refus catégorique de l'incapable lui-même de recevoir des soins requis par l'état de sa santé, à moins qu'il ne s'agisse de soins d'hygiène ou d'un cas d'urgence³⁵. Ces moyens suffisent à couvrir les besoins de l'incapable en matière de consentement aux soins durant la période de transition.

16. *Mandataires*. Le régime transitoire mis en place ne prévoit l'intervention d'aucun mandataire en tant que tel. Si l'incapable avait déjà donné un mandat ordinaire antérieur à son incapacité, ce mandataire n'a pu alors jouer aucun rôle en matière de consentement aux soins, car ce pouvoir ne pouvait pas être délégué. La prolongation du mandat antérieur à l'incapacité ne serait donc d'aucun secours. Le mandataire dont il est question à l'article 15 C.c.Q. est nécessairement celui de l'article 11 C.c.Q., c'est-à-dire celui désigné dans le mandat donné en prévision de l'incapacité. Quant à ce dernier, aucun rôle formel n'est prévu pour lui à ce stade, puisque son mandat ne pourra commencer à prendre effet qu'à compter de l'homologation.

Le mandataire ordinaire ou la personne désignée dans le mandat de protection peut toutefois intervenir indirectement, dans le cadre de l'article 15, en prenant qualité de *personne qui démontre pour le majeur un intérêt particulier*. A condition de respecter la préséance du conjoint, le mandataire est au même niveau hiérarchique que le proche parent. En cas de concurrence entre un proche et un mandataire étranger à la famille, le responsable des soins de santé chargé de recueillir le consentement devrait préférer la personne qui a le lien personnel le plus étroit avec l'incapable et qui peut le mieux deviner ce qu'il aurait lui-même décidé dans les circonstances. De la même manière, en cas de

³² Art. 11 C.c.Q.

³³ Art. 13 C.c.Q.

³⁴ Art. 15 C.c.Q.

³⁵ Art. 16 C.c.Q.

concurrence entre un mandataire ordinaire et un mandataire désigné en prévision de l'incapacité, il y aurait lieu de préférer ce dernier, même si son mandat n'est pas encore homologué. Sa désignation témoigne de la confiance prépondérante que lui porte le mandant pour s'occuper d'une mission aussi délicate que le consentement aux soins de santé.

B- *Protection de la personne*

17. *Distinction entre la personne et les biens.* À compter du moment où une personne ne peut plus prendre soin d'elle-même, elle a besoin de protection. Son besoin est immédiat et ne saurait attendre l'ouverture officielle d'un régime de protection par un jugement du tribunal. Un régime de transition est dès lors nécessaire pour lui porter utilement secours en attendant ce jugement. Il a été édicté comme suit :

Art. 272 C.c.Q. : En cours d'instance, le tribunal peut, même d'office, statuer sur la garde du majeur s'il est manifeste qu'il ne peut prendre soin de lui-même et que sa garde est nécessaire pour lui éviter un préjudice sérieux.

Même avant l'instance, le tribunal peut, si une demande d'ouverture d'un régime de protection est imminente et qu'il y a lieu d'agir pour éviter au majeur un préjudice sérieux, désigner provisoirement le curateur public ou une autre personne pour assurer la protection de la personne du majeur ou pour le représenter dans l'exercice de ses droits civils.

Un régime distinct est prévu pour l'administration des biens aux articles 273 et 274 C.c.Q. La généralité des termes *pour le représenter dans l'exercice de ses droits civils*, à la fin de l'article 272 C.c.Q., semble à première vue avoir une portée universelle. Pourtant, l'article 274 C.c.Q. répète mot pour mot le mécanisme procédural de l'article 272 C.c.Q., mais encadre de façon plus stricte les autorisations que peut donner le tribunal en matière de biens. Le tribunal peut autoriser un acte déterminé de manière spéciale. S'il autorise l'administration des biens de manière générale, les pouvoirs de l'administrateur provisoire sont limités aux actes de simple administration. Les restrictions de l'article 274 C.c.Q. en matière de biens sont prépondérantes par rapport aux dispositions plus générales de l'article 272 C.c.Q. Il devient dès lors inutile de considérer l'article 272 C.c.Q. dans le régime applicable aux biens.

Pour la protection de la personne, l'article 272 C.c.Q. distingue deux dimensions : d'une part, la garde de la personne inapte et d'autre part, sa protection.

18- *Garde de l'incapable.* Le premier alinéa de l'article 272 C.c.Q. prévoit que le tribunal peut statuer sur la garde de l'incapable à certaines conditions. Il s'agit plus précisément de la garde en établissement et de l'évaluation psychiatrique régie par les articles 26 à 31 C.c.Q. Comme l'ordonnance de garde constitue une restriction à la liberté de la personne, la loi aborde la question de la manière la plus prudente. Pour être compétent, le tribunal doit agir en cours d'instance,

c'est-à-dire qu'une demande d'ouverture d'un régime de protection doit avoir été déposée³⁶.

Que faire si le problème de la garde se pose avant qu'une demande d'ouverture d'un régime de protection ne soit déposée ou ne soit même envisagée ? On applique alors l'article 27 C.c.Q. Son alinéa premier prévoit que le tribunal peut ordonner qu'une personne soit gardée provisoirement dans un établissement de santé pour y subir une évaluation psychiatrique. L'alinéa second permet de mettre une personne sous garde préventive, même sans autorisation du tribunal, en cas d'urgence. On observe, dans les termes de ces dispositions, la gradation suivante :

- art. 27, al. 2 : garde préventive, sans autorisation du tribunal, si l'état mental de la personne présente un danger pour elle-même ou pour autrui et *si le danger est grave et immédiat*;
- art. 27, al. 1 : garde pour évaluation psychiatrique, avec l'autorisation du tribunal, si la personne *représente un danger pour elle-même ou pour autrui en raison de son état mental*;
- art. 272, al. 1 : garde pour évaluation psychiatrique ou garde en établissement, avec l'autorisation du tribunal, *en cours d'instance* en ouverture d'un régime de protection, si l'incapable ne peut prendre soin de lui-même et que *sa garde est nécessaire pour lui éviter un préjudice sérieux*.

Le mandataire peut être appelé à jouer un rôle en matière de garde de l'incapable. Selon l'article 26 C.c.Q., nul ne peut être mis sous garde *sans son consentement ou sans que la loi ou le tribunal ne l'autorise*. Dans le cas de l'incapable, ce consentement peut être donné par *son mandataire, son tuteur ou son curateur*, précise l'article 26 C.c.Q. En cas de consentement du représentant et d'opposition de l'incapable lui-même, la question de la garde est décidée par le tribunal.

Qui est ce *mandataire* dont parle l'article 26 C.c.Q. ? Le terme se retrouve dans une énumération semblable à celle de l'article 15 C.c.Q. qui dispose du cas de l'incapacité d'une personne à consentir aux soins requis par son état de santé. Le mandataire qui a le pouvoir de consentir aux soins à la place de l'incapable est celui qualifié à l'article 11 C.c.Q. de personne autorisée *par un mandat donné en prévision de l'incapacité*. La même interprétation s'impose pour le mandataire de l'article 26 C.c.Q. Il ne peut pas être un mandataire agissant en vertu d'un mandat ordinaire prolongé au-delà de l'incapacité. En conséquence de l'article 26 C.c.Q., le consentement à la garde en établissement et à l'évaluation psychiatrique ne peut pas être délégué, ni être l'objet d'un mandat ordinaire. Même prolongé, le mandat ordinaire demeurerait sans effet à cet égard.

19- *Protection de la personne*. Le deuxième alinéa de l'article 272 C.c.Q. détermine les conditions requises pour obtenir du tribunal la désignation d'une personne chargée à titre provisoire d'assurer la protection de l'incapable et autorisée à accomplir les actes nécessaires à cette fin. On peut penser que si le

³⁶ Deleury, *supra* note 7 à la p. 518, au n° 657.

tribunal ne limite pas les pouvoirs de ce représentant provisoire, ce dernier pourra consentir aux soins pour l'incapable et même à sa garde en établissement. Il serait néanmoins plus prudent de demander explicitement ces pouvoirs pour que le tribunal en fasse mention dans son jugement.

La désignation du représentant provisoire a lieu à deux conditions. Comme condition de fond, il faut démontrer que la personne ne peut pas prendre soin d'elle-même et *qu'il y a lieu d'agir pour éviter au majeur un préjudice sérieux*. On comprend que l'action envisagée ici est la désignation d'un représentant provisoire qui pourra accomplir tous les actes nécessaires pour assurer sa protection. La seconde condition en est une de procédure. Il doit y avoir eu formation d'une instance par le dépôt d'une demande d'ouverture d'un régime de protection. Le tribunal peut aussi intervenir *avant l'instance* si le dépôt de cette demande est *imminent*. Il ne suffit pas d'alléguer l'imminence; il faut la démontrer³⁷.

20- *Mandat de protection*. Quelle est l'incidence du mandat de protection sur ce régime de transition ? À défaut d'une obligation créée par la loi, nous avons recommandé que la pratique fasse concourir le mandataire au mandat de protection dès sa formation³⁸. En clair, cela veut dire que le mandataire devrait signer le mandat en même temps que le mandant et en garder un double ou une copie notariée. En procédant ainsi, le mandant a l'assurance que son mandataire connaît l'existence du mandat et qu'il a l'obligation d'en demander l'homologation et d'en commencer l'exécution avec diligence. Le temps qui s'écoulera entre la survenance de l'incapacité et le jugement d'homologation en sera raccourci d'autant. Bien qu'atténué, le problème de la transition n'en reste pas moins réel.

Que se passe-t-il dans l'intervalle ? Pouvons-nous avoir recours à l'article 272 C.c.Q. pour mettre en place un représentant provisoire ? Paradoxalement, si le mandataire néglige de demander l'homologation, la réponse est affirmative. On fait comme si le mandat n'existait pas et on amorce la procédure d'ouverture d'un régime de protection. La question est plus délicate si la procédure envisagée est l'homologation du mandat. La demande d'homologation constitue-t-elle une instance, au sens de l'article 272 C.c.Q. ? Les règles du mandat de protection permettent-elles d'avoir recours aux mesures provisoires des régimes de protection à titre supplétif ?

Les règles du mandat de protection n'édicte aucune règle de transition. On a le choix entre conclure qu'il n'y en a pas ou qu'il faut plutôt les emprunter ailleurs. La réponse dépend de l'interprétation de la disposition suivante :

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

³⁷ Deleury, *supra* note 7 à la p. 520, au n° 658.

³⁸ Fabien, *supra* note 4 à la p. 937, au n° 75.

Si l'on interprète strictement cette règle, on est conduit à dire qu'elle ne peut s'appliquer qu'à l'interprétation d'un mandat dont la portée est douteuse et non à la recherche de mesures provisoires³⁹. On pourrait même ajouter que la question de l'interprétation du mandat ne se pose qu'après son homologation : elle est sans pertinence avant.

Nous croyons néanmoins qu'il y a lieu de préférer une interprétation extensive qui permet de recourir, à titre supplétif, aux mesures transitoires communes aux régimes de protection⁴⁰. En premier lieu, ce n'est pas faire injure au texte que de dire que, lorsque le mandataire se demande s'il peut agir avant l'homologation pour porter secours à son mandant inapte à prendre soin de lui-même et menacé d'un préjudice sérieux, il s'interroge sur la portée de son mandat, au sens de l'article 2168 C.c.Q. Son questionnement devrait lui permettre d'avoir recours aux mesures transitoires de la tutelle au majeur.

En second lieu, il apparaît maintenant clairement que le mandat de protection doit recevoir la qualification juridique de régime de protection⁴¹. À ce titre, il faut lui appliquer, en faisant les adaptations qui s'imposent, les mesures transitoires communes aux régimes de protection.

En troisième lieu, l'interprétation restrictive conduit à un résultat absurde qui contredit la politique législative qui a inspiré la création de la nouvelle institution. Le législateur, qui a voulu créer une formule attrayante de protection de l'inapte, n'a pas pu vouloir du même coup le priver de tout régime transitoire et forcer ainsi les intervenants à renoncer à l'homologation du mandat au profit de la demande de tutelle à la seule fin d'obtenir le bénéfice de mesures transitoires. Une telle lacune conduit droit à la désaffection envers les régimes de protection, alors que le législateur a justement voulu y remédier.

Enfin, si l'arrimage de l'article 2168 avec l'article 272 C.c.Q. ne paraît pas parfaitement convaincant, il peut être renforcé par la disposition de principe de l'article 20 C.p.c. qui permet de suppléer à l'absence de voie procédurale expresse pour fournir le moyen d'exercer un droit. Le Code de procédure civile édicte des règles pour l'homologation du mandat de protection aux articles 884.1 à 884.8. Ces dernières peuvent servir de point d'ancrage à une requête, fondée sur l'article 20 C.p.c., permettant au tribunal de désigner un représentant provisoire chargé de la protection du mandant dans le cadre de l'instance en homologation ou même avant l'instance, si elle est imminente. Dans l'esprit de l'article 20 C.p.c., il s'agit de l'exercice du droit du mandant à des mesures intérimaires de protection lorsqu'elles s'avèrent nécessaires en attendant le jugement d'homologation.

³⁹ Deleury, *supra* note 7 à la p. 550, au n° 704 in fine.

⁴⁰ Dupin (2001), *supra* note 7 à la p. 7; *M.M. c. D.L.* (17 août 2000), Montréal 500-14-013610 (C.S.), juge D. Zerbisias; *C.P.C. c. Y.M.B.* (20 décembre 1999), 450-14-001427-999 (C.S.), M. le juge P.-M. Bellavance.

⁴¹ Voir ci-dessus à para. 10.

Qui le tribunal devrait-il choisir comme représentant provisoire de l'incapable ? C'est une question de faits et de bon jugement fondé sur l'intérêt de l'incapable, comme le prescrit l'article 257 C.c.Q. Le tribunal voudra sans doute consulter la liste des personnes compétentes pour demander l'ouverture d'un régime de protection, selon l'article 298 C.c.Q. Il devrait aussi tenir compte de la préférence exprimée par le mandant, dans le mandat de protection, envers la personne qu'il a crue la mieux qualifiée pour assurer sa protection durant son incapacité.

21- *Mandataire ordinaire*. Le mandataire qui a agi en vertu d'un mandat ordinaire avant l'incapacité n'est que très légèrement impliqué dans les mesures provisoires visant la protection de l'incapable. Évidemment, s'il est aussi le mandataire désigné dans le mandat de protection, nos propos du paragraphe précédent s'appliquent à lui. La suite de notre discussion pose l'hypothèse qu'il n'y a pas de mandat de protection ou que ce dernier désigne un mandataire différent.

Si le mandant, avant de devenir incapable, s'en était remis à son mandataire pour accomplir les actes nécessaires à la protection de sa personne, peut-on penser que ce mandat ordinaire se prolonge au-delà de la survenance de l'incapacité, soit indéfiniment, soit jusqu'à ce qu'un représentant légal ou la personne désignée dans le mandat de protection prenne la relève ? Telle n'est pas la volonté du législateur. L'article 273, al. 1 C.c.Q. dispose :

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

On cherche en vain une disposition qui édicterait la même règle pour prolonger l'effet d'un acte par lequel le majeur a déjà chargé une autre personne *de la protection de sa personne*. En interprétant *a contrario*, on conclut qu'un tel mandat n'aurait pas d'effet pendant l'instance, ni même avant l'instance. Cette règle est d'une grande sagesse. Elle constitue une forte incitation à chercher la protection de l'incapable, non pas dans la procuration ordinaire, mais plutôt dans les régimes de protection, incluant évidemment la nouvelle institution du mandat de protection. Cette solution ne laisse pas l'incapable à découvert. Le législateur a prévu d'autres moyens pour lui porter secours. Il veut surtout éviter que le mandat ordinaire ne se prolonge indéfiniment. Il est sage que le tribunal intervienne dès le début de l'incapacité, surtout s'il y a menace de *préjudice sérieux*, comme le dit l'article 272 C.c.Q.

Est-ce à dire que le mandataire ordinaire n'a aucun rôle à jouer lorsque son mandant devient incapable ? Peut-il s'en laver les mains ? Constatant que son mandant est devenu incapable, le mandataire a au moins deux obligations successives. Dans un premier temps, il doit communiquer l'information sur la survenance de l'incapacité aux personnes susceptibles de l'aider ou s'assurer qu'elles sont au courant. S'il sait que le mandant a pris la précaution de rédiger un mandat de protection, il doit prévenir le mandataire. Dans le cas contraire, il devrait faire une recherche dans les registres établis à cette fin par les ordres

professionnels. S'il ne découvre pas de tel mandataire ou si ce dernier demeure inactif, il doit avertir les personnes compétentes pour demander l'ouverture d'un régime de protection, selon l'article 269 C.c.Q. Dans un deuxième temps, si personne n'agit, le mandataire doit lui-même demander l'ouverture d'un régime de protection à l'égard de son mandant. S'il y a urgence et risque de préjudice sérieux, ce mandataire doit demander au tribunal de désigner un représentant provisoire, en vertu de l'article 272 C.c.Q. Le mandataire pourrait fort bien se qualifier alors pour devenir lui-même ce représentant provisoire.

Le fondement de ces obligations du mandataire ordinaire se trouve dans son obligation de loyauté édictée à l'article 2138 C.c.Q. On peut aussi les lire dans les obligations inhérentes au mandat, en vertu de l'article 1434 C.c.Q. Elles se justifient également par l'article 2182 C.c.Q. qui prescrit que, lorsque le mandat prend fin, le mandataire est tenu de faire ce qui est la suite nécessaire de ses actes ou ce qui ne peut être différé sans risque de perte.

La loyauté commande ce comportement au mandataire. L'incapacité met le mandant en difficulté. Ce dernier ne peut plus exercer ses droits dans le cadre du mandat, tel que surveiller la gestion ou modifier ses instructions dans son intérêt. Il ne peut plus exécuter ses obligations, comme payer les services de son mandataire. Il devient vulnérable et a besoin de protection, même pour poursuivre ce qui fait l'objet du mandat. Le mandataire doit donc placer son mandant dans la situation juridique nécessaire pour que continue à se réaliser la finalité initiale du mandat, en tout ou en partie. Car autrement, ce serait la foi du contrat qui serait trahie.

Il peut survenir des circonstances où l'obligation de loyauté commande le comportement inverse. Si quelqu'un demande prématurément l'ouverture d'un régime de protection, sans que le mandant ne soit devenu inapte, le mandataire a l'obligation de soutenir le mandant dans sa contestation. Il a le pouvoir inhérent de retenir les services d'un avocat pour aider le mandant à préserver sa capacité légale contre une tentative injustifiée de l'en priver. Il s'agit bien là d'une mesure conservatoire qui lie le mandant quel que soit le sort du litige, pour peu que le mandataire ait été de bonne foi. Cette situation peut survenir en cas de conflit entre le mandataire et un proche du mandant ou un aspirant à sa succession, surtout si le mandant est âgé et que ses forces semblent décliner. Si le mandant a toujours la lucidité voulue pour comprendre la portée de ses actes et pour donner un consentement éclairé, sa volonté d'être représenté par un mandataire ordinaire et d'être l'unique contrôleur de ses actes doit prévaloir.

II. Administration des biens de l'incapable

22- *Régime de transition.* En matière d'administration des biens de l'incapable, la détermination du régime de transition se heurte à une difficulté particulière. Quelle place y occupe le mandat ordinaire, lorsque l'incapacité survient alors qu'un mandat est déjà en cours d'exécution ? On peut envisager trois hypothèses. Selon une première, le mandat ordinaire n'y occupe aucune place : la survenance

de l'incapacité y met fin. Selon une deuxième, le mandat ordinaire n'est en vigueur que pour la durée de l'instance en ouverture d'un régime de protection. Enfin, suivant une troisième, le mandat ordinaire a une vocation perpétuelle : il demeure en vigueur indéfiniment ou aussi longtemps que le mandataire n'est pas remplacé par un représentant légal ou désigné dans un mandat de protection homologué. Il est donc difficile d'élaborer un régime général de transition applicable à l'incapable dans une variété de circonstances sans d'abord régler le délicat problème du sort du mandat ordinaire après la survenance de l'incapacité.

A- Sort du mandat ordinaire après l'incapacité

23- *Perspective.* La seule disposition expresse que contient le Code sur le sort du mandat ordinaire après l'incapacité du mandant se trouve au premier alinéa de l'article 273 C.c.Q.⁴². Notre analyse nous amènera à conclure que l'effet du mandat ordinaire est suspendu entre la survenance de l'incapacité et la demande d'ouverture d'un régime de protection, incluant la demande d'homologation d'un mandat de protection. Ce mandat reprend effet durant l'instance jusqu'à ce que le jugement du tribunal remplace le mandataire par un représentant légal ou désigné dans le mandat de protection dûment homologué. Si aucune instance n'est ouverte, nous dirons que le mandat devient dysfonctionnel. Nous voulons, par ce terme, dépasser la discussion théorique qui consiste à se demander si la survenance de l'incapacité est une cause de fin du mandat, pour nous situer sur le plan fonctionnel. On y constate qu'en dehors de l'exception claire créée par l'article 273 C.c.Q., le mandat ordinaire cesse d'être un véhicule adéquat pour assurer la protection des intérêts du mandant incapable et la sécurité des tiers.

1) En principe, dysfonctionnel

24- *Incidence de l'incapacité du mandant.* La survenance de l'incapacité du mandant met-elle fin au mandat ? L'article 2175 C.c.Q., qui énumère les causes qui mettent fin au mandat, n'en fait pas mention. On y lit que le mandat « peut également prendre fin, en certains cas, par l'ouverture d'un régime de protection à l'égard de l'une ou l'autre des parties ». L'article 1755 C.c.B.C., qui a précédé l'article 2175 C.c.Q., a été modifié en 1989 par la *Loi sur le curateur public*⁴³ pour dire que le mandat prend fin :

8. Par l'ouverture d'un régime de protection à l'égard de l'une ou l'autre partie, mais il ne prend pas fin du seul fait que le mandant devient incapable à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens.

⁴² Reproduit ci-dessus à para. 4.

⁴³ *Loi sur le curateur public, supra* note 1.

Cette dernière réserve visait vraisemblablement l'article 332.6 C.c.B.C., précurseur de notre article 273 C.c.Q., qui donnait effet au mandat ordinaire durant l'instance d'ouverture d'un régime de protection. La disparition de cette réserve dans le nouveau code n'est pas une modification à laquelle on doit donner une portée de fond. Elle peut s'expliquer par le seul souci d'alléger le texte en supprimant les redondances. Quant au nouveau texte de l'article 2175 C.c.Q., la réserve qu'il exprime, en disant que l'ouverture d'un régime de protection pour le mandant met fin au mandat *dans certains cas* et non dans tous, s'explique par la règle de l'article 2169 C.c.Q. qui prévoit la coexistence du mandat de protection et d'un autre régime de protection comme la tutelle.

Les auteurs plus anciens, en droit québécois, jettent peu de lumière sur le débat. La protection des incapables est une préoccupation récente dont le temps fort a été la réforme de 1989⁴⁴. Les auteurs québécois qui se sont exprimés sur cette question, dans les années qui ont précédé la réforme, ont majoritairement dénoncé le recours aux procurations générales pour assurer la représentation des majeurs devenus incapables. Ils ont de plus affirmé que l'incapacité du mandant mettait fin à ces procurations de toute manière et rappelé que l'ouverture d'un régime de protection était la seule voie opportune en pareilles circonstances⁴⁵. La voix de ces auteurs a eu une influence certaine sur la réforme de 1989.

Un seul auteur avait encouragé en 1985 une certaine pratique qui consistait à fournir une procuration générale à une personne âgée qui souhaitait se faire aider par un mandataire pour la conduite de ses affaires dans l'immédiat mais aussi lorsqu'elle serait devenue incapable⁴⁶. Ce conseil peut certes s'expliquer par le contexte de l'époque où la seule autre voie disponible, celle de l'interdiction pour aliénation mentale, connaissait la désaffection du public. Ce conseil était assorti de sérieuses réserves. La procuration ne devait pas être conditionnelle à la survenance de l'incapacité⁴⁷. Comme une interdiction subséquente pouvait entraîner l'annulation d'un acte accompli par le mandataire, les tiers qui connaissent la cause d'interdiction seraient « mal avisés » de traiter avec le mandataire⁴⁸. Enfin, si l'opération proposée ne paraît pas normale et si l'on connaît la cause d'interdiction, « le praticien avisé devrait s'abstenir d'instrumenter, car il y aura danger que son acte soit attaqué sous les motifs de fraude ou de participation à une fraude »⁴⁹.

Le droit comparé est ici d'un secours relatif. L'article 2003 du *Code civil français* ne désigne qu'une seule cause de fin de mandat liée à l'état mental du mandant : la tutelle du mandant. La survenance de l'incapacité n'y fait l'objet

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Légaré (1977), *supra* note 5 à la p. 164; Fabien (1987), *supra* note 5 à la p. 105, au n° 68; Beaudoin (1988), *supra* note 20 à la p. 254.

⁴⁶ Comtois (1985), *supra* note 5 aux pp. 237 et 241.

⁴⁷ *Ibid.* à la p. 242.

⁴⁸ *Ibid.* à la p. 245.

⁴⁹ *Ibid.* à la p. 246.

d'aucune mention. La doctrine va dans le même sens⁵⁰. Cette solution est toutefois considérablement atténuée par la sauvegarde de justice, une institution inconnue au Québec, qui tient lieu en France de régime de transition entre la survenance de l'incapacité et le jugement de tutelle. Le mandat ordinaire continue d'avoir effet durant cette période, mais l'incapable est placé sous la protection du juge des tutelles qui dispose de larges pouvoirs de surveillance, d'intervention et de révision des actes accomplis durant la période de sauvegarde⁵¹.

En common law, la solution est nette : la survenance de l'incapacité met radicalement fin au mandat⁵². Cette solution est tempérée, dans plusieurs provinces canadiennes, par des lois particulières qui autorisent, à certaines conditions, le prolongement du mandat au-delà de la survenance de l'incapacité. Chaque système traduit à sa manière sa préoccupation de protéger le mandant devenu incapable.

25-Réponse implicite du législateur. Le choix exercé par le législateur québécois, à la faveur de la réforme de 1989, est clair. Il a voulu mettre fin à la pratique périlleuse des procurations générales utilisées comme substitut des régimes de protection et introduire une nouvelle institution susceptible d'assurer la protection de l'incapable tout en gardant les apparences plus attrayantes du contrat de mandat. Les articles 2166 à 2174 C.c.Q. édictent, de façon impérative, l'unique forme que peut prendre l'expression de la volonté d'une personne d'être représentée par un mandataire pendant son incapacité ou de prolonger un mandat au-delà de son incapacité. Cette exclusivité ressort clairement du langage de l'article 2166 C.c.Q. :

Le mandat donné par une personne majeure en prévision de son incapacité à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens est fait par acte notarié en minute ou devant témoins.

Son exécution est subordonnée à la survenance de l'incapacité et à l'homologation par le tribunal, sur demande du mandataire désigné dans l'acte.

En prenant cette voie, le législateur a désavoué la voie du simple prolongement des effets du mandat ordinaire, sans plus de formalité. Il a plutôt opté pour l'introduction de mesures destinées à protéger l'incapable contre les abus dont il pourrait être victime : formalisme de l'acte, contrôle du tribunal par l'homologation, avis au mandant et au curateur public, annulation possible des actes antérieurs. Ces mesures sont d'ordre public et ne sauraient souffrir la

⁵⁰ P. Le Tourneau, "Mandat" (octobre 2000), dans *Rép. civ. Dalloz*, Paris, Dalloz, à la p. 58, au n° 431; D. Alexandre, "Mandat", *J-cl. civ.*, art. 1984 à 1990, Fasc. 2, Fasc. B, à la p. 14, au n° 65.

⁵¹ Art. 491 à 491-5 C.c.fr.; Terré, *supra* note 29 à la p. 904, aux n°s 912-34; G. Marty et P. Raynaud, *Les personnes*, 3e éd., Paris, Sirey, 1976 à la p. 738, au n° 63.

⁵² F.M.B. Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*, 16^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1996 à la p. 670; G.H.L. Fridman, *The Law of Agency*, London, Butterworths, 1996 à la p. 398.

concurrence du mandat ordinaire comme mode de représentation de l'incapable. Le mandant lui-même ne peut efficacement stipuler une dérogation à ces règles.

Une seconde indication de l'intention législative se trouve dans la formulation des mesures transitoires qui suivent la survenance de l'incapacité. Les mesures transitoires sont disponibles à la condition que l'instance en ouverture d'un régime de protection ait été commencée ou qu'elle soit imminente⁵³. Il n'est prévu nulle part que de telles mesures existent sans égard à l'instance.

Une troisième indication se trouve dans la mince place laissée au prolongement des effets du mandat ordinaire. L'article 273 C.c.Q. édicte qu'il «continue de produire ses effets malgré l'instance». Cette règle indique bien que ses effets sont liés à l'existence d'une instance et qu'en dehors de cette hypothèse, le mandat ordinaire n'a aucune vie autonome après la survenance de l'incapacité. Les auteurs, qui ont traité de la question depuis l'entrée en vigueur du nouveau code, ont abondé dans le sens d'un rôle nul ou limité à l'exception de l'article 273 C.c.Q. pour le mandat ordinaire, à la suite de l'incapacité du mandant⁵⁴.

26- Actes postérieurs à l'incapacité. Le caractère dysfonctionnel du mandat ordinaire ressort encore davantage si on envisage l'hypothèse où le mandataire continue à agir en sachant qu'il représente un incapable et sans qu'aucune instance de protection ne soit commencée ni même envisagée.

Une première solution consiste à considérer que l'incapacité du mandant a mis fin aux pouvoirs du mandataire et que ce dernier agit donc sans pouvoir. En application des règles du mandat, le mandant n'est pas lié par les actes du mandataire faits en excès de ses pouvoirs⁵⁵: c'est alors le mandataire qui est personnellement lié envers le tiers⁵⁶. Si le tiers est de bonne foi, il peut se prévaloir de la règle de mandat apparent de l'article 2162 C.c.Q. Dans un tel cas, le mandataire qui a excédé ses pouvoirs est responsable envers le mandant du préjudice qu'il lui cause. Le mandataire qui sait que ses pouvoirs sont terminés ou douteux doit s'abstenir d'agir, car autrement il commet une faute dont il doit répondre⁵⁷.

Une seconde solution peut être envisagée de façon cumulative ou même de façon alternative, si l'on est pas convaincu que l'incapacité a mis fin au mandat ordinaire. Selon cette solution, il en va des actes du mandataire de l'incapable comme des actes de l'incapable lui-même. Ces actes sont fragiles, incertains, vulnérables car l'incapable pourra toujours en demander l'annulation ou la réduction

⁵³ Art. 272 à 275 C.c.Q.

⁵⁴ Fabien (1993), *supra* note 4 à la p. 932, au n° 66; Guay (1996), *supra* note 12 à la p. 52, au n° 186; Deleury (1997), *supra* note 7 à la p. 549, au n° 704; Dupin (2001), *supra* note 7 à la p. 7. Voir *Droit de la Famille* - 2887, (1998) R.D.F. 51 (C.S.), Mme la juge Danielle Grenier.

⁵⁵ Art. 2160 C.c.Q.

⁵⁶ Art. 2158 C.c.Q.

⁵⁷ Fabien, *supra* note 5 à la p. 215, aux nos 228-37.

des obligations qui en découlent. Certes, lorsque l'inapte agit lui-même, il jouit d'une présomption d'aptitude et de capacité qui dure tant que le tribunal n'a pas prononcé l'incapacité⁵⁸. Mais rien n'empêche l'inapte de demander l'annulation de l'acte pour absence de consentement⁵⁹ ou de se prévaloir des mesures de correction que peut ordonner le tribunal qui prononce l'ouverture d'un régime de protection ou qui homologue un mandat de protection⁶⁰.

Ainsi, les actes antérieurs à l'ouverture du régime de protection et postérieurs à la survenance de l'incapacité « peuvent être annulés ou les obligations qui en découlent réduites, sur la seule preuve que l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés » selon l'article 284 C.c.Q. À moins d'avoir le goût du risque, il n'est pas prudent de traiter avec une personne inapte. Le cocontractant s'expose à de mauvaises surprises.

Il en va de même de l'acte accompli par le mandataire qui connaît l'incapacité de son mandant et qui n'est pas autrement habilité à agir par la loi ou par le tribunal. Cette solution s'appuie sur le texte des articles 284, 290 et 2170 C.c.Q. qui permettent d'annuler ou de réduire *les actes faits antérieurement* à l'ouverture d'un régime de protection, sans préciser si l'acte doit avoir été accompli par l'inapte en personne. Elle se justifie par l'objectif prépondérant de protection qui sous-tend ces dispositions. Entre la sécurité des tiers et la protection de l'inapte, le législateur a choisi de venir au secours de ce dernier. En effet, l'inapte aura été empêché, durant cette période, de surveiller la gestion de son mandataire, de modifier ses instructions, de recevoir des comptes rendus, voire même de révoquer son mandataire au besoin.

Cette solution s'explique aussi par le mécanisme de la représentation, inhérent au mandat. Lorsque le mandataire agit, c'est le mandant qui agit. Le mandataire n'est que l'extension de la volonté et du consentement du mandant. Il paraît normal de soumettre l'acte qui lie le mandant au même régime, sans égard au fait qu'il ait été accompli personnellement ou par personne interposée. Un auteur écrit⁶¹ :

L'interdiction du mandant emporte aussi révocation de la procuration. L'on devrait donc appliquer la même règle à l'interdiction du mandant pour les actes posés par le mandataire à une époque où la cause d'interdiction du mandant existait notoirement.

Ainsi, connaissant l'incapacité du mandant et le caractère précaire des actes qu'il accomplit, le mandataire devrait s'abstenir d'agir ou, à tout le moins, mettre en garde le tiers.

⁵⁸ Art. 4 et 154 C.c.Q.

⁵⁹ Art 1398 C.c.Q.; Lluelles, *supra* note 16 à la p. 588, au n° 1021.

⁶⁰ Tutelle: art. 290 C.c.Q.; Lluelles, *ibid.* à la p. 583, aux n°s 1014-17. Curatelle: art. 284 C.c.Q.; Lluelles, *ibid.* à la p. 577, au no 1005. Mandat de protection: art. 2170 C.c.Q.; Lluelles, *ibid.* à la p. 592, au no 1028.

⁶¹ Comtois, *supra* note 5 à la p. 245.

27- *Exploitation de l'article 270 C.c.Q.* Est-il possible d'exploiter l'article 270 C.c.Q. de manière à y lire une reconnaissance de la pérennité du mandat ordinaire en cas d'incapacité du mandant ? Cette ultime vérification nous mènera à une conclusion négative. Elle s'impose néanmoins en raison de l'ambiguïté du langage utilisé :

Art. 270 C.c.Q. : Lorsqu'un majeur, qui reçoit des soins ou des services d'un établissement de santé ou de services sociaux, a besoin d'être assisté ou représenté dans l'exercice de ses droits civils en raison de son isolement, de la durée prévisible de son incapacité, de la nature ou de l'état de ses affaires *ou en raison du fait qu'aucun mandataire désigné par lui n'assure déjà une assistance ou une représentation adéquate*, le directeur général de l'établissement en fait rapport au curateur public, transmet une copie de ce rapport au majeur et en informe un des proches de ce majeur.

Le rapport est constitué, entre autres, de l'évaluation médicale et psychiatrique de celui qui a examiné le majeur; il porte sur la nature et le degré d'incapacité du majeur, l'étendue de ses besoins et les autres circonstances de sa condition, ainsi que sur l'opportunité d'ouvrir à son égard un régime de protection. Il mentionne également, s'ils sont connus, les noms des personnes qui ont qualité pour demander l'ouverture d'un régime de protection.

Le but de cette disposition est d'investir les directeurs généraux des établissements de santé ou de services sociaux du devoir de signaler au curateur public les personnes qui ont besoin d'un régime de protection et d'amorcer le processus qui doit y conduire⁶². Ces derniers agissent comme un filet de sécurité dans un système qui, paradoxalement, n'oblige personne à demander l'ouverture d'un régime de protection quand une personne en a besoin. L'article 269 C.c.Q. se contente d'énumérer ceux qui *peuvent* le faire.

Le devoir légal du directeur général comporte au moins une exception : il n'est pas obligé d'intervenir si un mandataire désigné par l'incapable assure déjà une assistance ou une représentation adéquate. Qui est ce mandataire ? Les directeurs généraux devront être prévenus qu'il est juridiquement impossible que ce soit un mandataire désigné par l'incapable une fois devenu incapable. Il s'agit assurément du mandataire désigné dans un mandat de protection dûment homologué.

Il faut renoncer à y voir un mandataire ordinaire dont le mandat se prolongerait au-delà de l'incapacité. Sur le plan du fond, la dispense du directeur général d'intervenir lorsqu'il constate la présence d'un mandataire ordinaire auprès de l'incapable condamnerait ce dernier à être indéfiniment représenté par un tel personnage, même au moment où, sorti de l'établissement de santé, il échapperait à toute surveillance. Or toute l'économie du système vise à pourvoir l'incapable d'un régime de protection, incluant, bien sûr, le mandat de protection. S'il fallait donner le moindre rôle au mandat ordinaire, ce dernier devrait être temporaire et assujéti au contrôle du tribunal. En aucun cas, ne devrait-il

⁶² Deleury, *supra* note 7 à la p.511, aux n^{os} 644-47. Cette disposition est inspirée de l'art. 491-1 C.c.fr. et du Code de santé publique français.

devenir une solution permanente. Sur le plan de l'interprétation du texte, le mandataire ordinaire ne saurait assurer à l'incapable une *représentation adéquate*, au sens de l'article 270 C.c.Q. La représentation aurait tous les vices et la précarité que nous avons exposés plus haut. De plus, ce texte isolé est tout à fait insuffisant pour constituer le fondement d'une théorie de la pérennité du mandat ordinaire en cas d'incapacité du mandant, compte tenu de la force des dispositions du mandat de protection.

28- *Objections.* Disposons de quelques objections à la reconnaissance du mandat de protection dans l'article 270 C.c.Q. Le mandat de protection assurerait-elle toujours à l'incapable une assistance ou une représentation adéquate, vidant ainsi la disposition de son sens ? Il n'en est rien. Il est possible que le mandat ne soit pas assez large pour assurer pleinement les soins de la personne ou l'administration de ses biens. Dans un tel cas, si le mandataire néglige de le faire, il faudra demander au tribunal d'établir un régime complémentaire de protection, en vertu de l'article 2169 C.c.Q. Il est également possible que le mandataire ne s'occupe pas de l'incapable ou ait envers lui un comportement abusif. Il y a lieu alors de demander sa révocation en vertu de l'article 2177 C.c.Q. On observe que cette dernière disposition n'impose à personne le devoir d'intervenir en faveur de l'incapable. Il est heureux que l'article 270 C.c.Q. impose ce devoir de vigilance et d'intervention aux directeurs généraux du réseau de la santé et des services sociaux, comme mesure minimale de surveillance et d'encadrement des mandataires désignés dans les mandats de protection.

Le rapport d'évaluation médicale et psychosociale de l'article 270 C.c.Q. ferait-il double emploi avec le rapport devant accompagner la demande d'homologation du mandat de protection en vertu de l'article 884.2 C.p.c. ? Pas nécessairement. Les deux rapports ne sont pas faits à la même époque. La situation de l'incapable a pu se détériorer entretemps. Le mandataire est peut-être dépassé par les événements. Autant de faits nouveaux qui peuvent amener le tribunal à modifier le régime de protection.

La possibilité de demander un régime de protection complémentaire en vertu de l'article 2169 C.c.Q. et la possibilité de demander la révocation du mandataire en vertu de l'article 2177 C.c.Q. seraient-elles redondantes par rapport à l'article 270 C.c.Q. ? Il n'en est rien. Il faut distinguer entre pouvoir et devoir. Les deux premiers textes énoncent des pouvoirs que personne n'est strictement tenu d'exercer, alors que l'article 270 C.c.Q. impose un devoir d'intervention au directeur général.

On en conclut que l'article 270 C.c.Q. vise assurément le mandataire désigné dans un mandat de protection et non le mandataire ordinaire. Cette dernière exclusion est renforcée par l'exception prévue à l'article 273 C.c.Q.

2) *Par exception, fonctionnel durant l'instance*

29- *Nature du mandat.* L'article 273 C.c.Q.⁶³ prévoit que *l'acte par lequel le majeur a déjà chargé une autre personne de l'administration de ses biens continue de produire ses effets malgré l'instance.* Cette disposition demande à être interprétée. De quel mandat s'agit-il ? Il y a place pour reconnaître ici les deux types de mandat. On peut certes appliquer la règle au mandat de protection dûment homologué⁶⁴. Il est en effet possible de vouloir passer du mandat de protection à l'ouverture d'un régime de tutelle, en vertu de l'article 2177 C.c.Q.. Si le motif sérieux de le faire ne justifie pas la révocation immédiate du mandat de protection, il va continuer à produire ses effets durant l'instance, comme le prévoit l'article 273 C.c.Q. Tel serait le cas, par exemple, du mandataire qui, prévoyant quitter le pays définitivement, demande à être remplacé par un tuteur.

On doit toutefois reconnaître que le législateur, à tort ou à raison, a voulu ici faire jouer un certain rôle au mandat ordinaire, à titre de mesure de transition. C'est un cas où le pragmatisme l'a emporté sur le souci de protection de l'incapable. On a peut-être cru que le temps écoulé durant l'instance serait suffisamment bref pour ne pas causer de risque particulier. La formule a été empruntée au droit français qui dispose ainsi :

Art 491-3 C.c.fr. : Lorsqu'une personne, soit avant, soit après avoir été placée sous la sauvegarde de justice, a constitué un mandataire à l'effet d'administrer ses biens, ce mandat reçoit exécution.

Comme le droit français ne connaît pas notre mandat de protection, cette disposition vise nécessairement le mandat ordinaire. Il serait difficile de soutenir que la même règle, transposée en droit québécois, ne viserait pas le mandat ordinaire.

30- *Avant l'instance.* Si le mandat ordinaire est en vigueur pendant l'instance, qu'en est-il de la période écoulée entre la survenance de l'incapacité et la demande d'ouverture du régime de protection ? La règle doit recevoir une interprétation stricte puisque nous sommes en matière de protection. Le législateur, au moment de la rédaction de la règle, avait toute latitude pour en déterminer la portée. Il a choisi de lier l'efficacité du mandat ordinaire à l'existence d'une instance. Cette condition est incontournable. Elle est en outre très sage. Elle incite le mandataire ordinaire à favoriser la demande d'ouverture d'un régime de protection. Elle donne au mandat ordinaire une vocation strictement temporaire, exposée au contrôle du tribunal. Elle confirme le rejet de la théorie de la pérennité du mandat ordinaire.

Il n'y a pas lieu de donner une portée normative au langage de la règle qui prévoit que le mandat *continue* de produire ses effets malgré l'instance. Il serait périlleux dans ce contexte de prétendre que ce qui continue n'a jamais cessé. On

⁶³ Reproduit ci-dessus à para. 4.

⁶⁴ Deleury, *supra* note 7 à la p. 550, au n° 704.

peut fort bien continuer après une interruption. Le terme est compatible avec une solution où le mandat cesse d'avoir effet avant l'instance pour revivre pendant l'instance⁶⁵. La référence à l'*instance* que fait le législateur est beaucoup plus significative que l'emploi du mot *continue*. La finalité de protection de l'incapable est mieux servie par cette solution.

31- *Nature de l'instance*. L'article 273 C.c.Q. peut-il s'appliquer au cas où l'instance n'est pas une demande d'ouverture d'un régime de protection, au sens classique du terme, mais plutôt une demande d'homologation d'un régime de protection ? Nous nous sommes posé la question plus haut⁶⁶, dans le contexte du régime de transition relatif à la protection de la personne. Il s'agissait de savoir si la mesure de transition de l'article 272 C.c.Q. pouvait s'appliquer pendant l'instance en homologation du mandat de protection. Nous avons répondu par l'affirmative. Les règles du mandat n'édicte aucune mesure de transition applicable durant l'instance en homologation et pas davantage durant la période d'incapacité qui précède. Si aucun régime de transition n'était disponible, la protection de l'incapable s'en trouverait sérieusement compromise. Heureusement, les textes nous ont permis d'appliquer à titre supplétif les mesures de transition de la tutelle au majeur. La même solution s'impose ici.

32- *Critique*. La survie du mandat ordinaire durant l'instance, à titre de mesure transitoire, est-elle une bonne idée ? Il y a lieu de signaler plusieurs contre-indications. Premièrement, un problème peut naître de la pluralité des mandats. Une personne peut avoir donné divers mandats à un courtier en immeubles, à un courtier en assurances, à son avocat, à un courtier en valeurs mobilières. Il peut s'agir d'un mandat de gestion de portefeuille dont l'objet et les pouvoirs sont très larges. Il serait néfaste que tous ces mandats soient prolongés sans aucune mesure de surveillance et de coordination. L'application de l'article 273 C.c.Q. dans un tel cas risque d'engendrer la confusion.

Deuxièmement, l'objet du mandat peut poser problème. Si le seul mandat en vigueur a un objet très étroit, comme dans les exemples de courtage donnés plus haut, la mesure provisoire peut s'avérer insuffisante.

Troisièmement, il y a le problème de l'étendue des pouvoirs. Il est possible que le mandat accorde les pouvoirs de pleine administration ou accorde, en termes exprès, le pouvoir de faire des actes d'aliénation aux conséquences irréversibles. Il serait préférable que de tels pouvoirs soient suspendus pendant l'instance ou subordonnés à l'autorisation du tribunal. On devrait s'en tenir aux mécanismes généraux des articles 273 et 274 C.c.Q. qui limitent les pouvoirs à ceux de la simple administration durant cette période de transition.

Quatrièmement, les risques d'abus sont réels. Le mandataire ordinaire peut profiter de cette période pour faire des ponctions considérables dans le patrimoine. Il n'est soumis à aucun contrôle, à aucun encadrement. Le curateur public n'est

⁶⁵ Fabien, *supra* note 4 à la p. 932, au n° 66.

⁶⁶ Voir ci-dessus à para. 20.

pas informé de son existence ni même de l'incapacité du mandant. Les cas d'abus rapportés par la jurisprudence visent souvent des mandataires, agissant en vertu de mandats *ordinaires*, qui ont exploité la faiblesse et la vulnérabilité de mandants devenus incapables⁶⁷.

Cinquièmement, il est possible que le mandataire ordinaire et le mandataire désigné dans le mandat de protection ne soient pas la même personne. Le mandant signifie par là qu'il fait davantage confiance à ce dernier pour s'occuper de ses affaires en cas d'incapacité. On devrait donner effet à sa volonté en faisant intervenir cette personne dès le stade des mesures provisoires, par préférence au mandataire ordinaire qui devrait être écarté.

Sixièmement, le modèle du droit français ne paraît pas avoir été adéquatement intégré. Il est vrai que l'article 491-3 C.c.fr. prévoit que le mandat ordinaire donné par une personne pour administrer ses biens reçoit exécution durant la période où le mandant devenu incapable est placé sous la sauvegarde de justice, ou même avant. Il faut toutefois savoir que l'administration du mandataire est placée sous le contrôle du juge des tutelles qui peut intervenir de diverses manières. Le juge peut, même d'office, révoquer le mandat ou ordonner que «les comptes seront soumis au greffier en chef du tribunal d'instance pour approbation, sans préjudice de la faculté pour le juge d'exercer lui-même ce contrôle»⁶⁸. En empruntant l'idée du prolongement du mandat ordinaire durant l'instance, le législateur québécois a omis de l'assortir d'un encadrement judiciaire de même intensité que celui qui assure, en France, la protection de l'incapable au cours de la période de transition, ce qui laisse à penser que l'incapable français est mieux protégé que sa contrepartie québécoise dans les mêmes circonstances.

Le droit québécois devrait bannir le prolongement du mandat ordinaire, non seulement comme substitut à tout régime de protection, mais aussi comme mesure transitoire pendant l'instance en ouverture d'un régime de protection. On devrait en toutes circonstances s'en remettre au régime de transition du droit commun de la tutelle. Enfin, dans les cas où le tribunal est appelé à désigner un administrateur provisoire en vertu de l'article 274 C.c.Q., il devrait privilégier la personne nommée dans le mandat de protection lorsqu'elle est en concurrence avec le mandataire ordinaire.

⁶⁷ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gaétan Fiset*, n° 200-53-000002-985, 1998-12-02, Tribunal des droits de la personne, M. le juge Michael Sheehan; *La reine c. Donald Clayton Côté*, n° 455-01-000251-961, 1998-03-17, C.S. (Bedford), M. le juge Paul-Marcel Bellavance. Voir aussi jurisprudence citée par Dupin (1197), *supra* note 8 à la p. 165, n. 18; Cantin Cumyn, *supra* note 8 à la p. 251, au n° 295, n. 828.

⁶⁸ Art. 491 à 491-6 C.c.fr. Terré, *supra* note 29 à la p. 904, aux n°s 912-34; Marty, *supra* note 51.

B- Régime de transition

33- *Description.* Délaissant le champ de la critique, nous tenterons maintenant de décrire l'état actuel du droit régissant le régime de transition applicable à l'administration des biens entre l'incapacité et l'ouverture d'un régime de protection. Ce faisant, nous tiendrons compte des conclusions que nous venons de dégager quant au sort du mandat ordinaire après l'incapacité. Dans un premier temps, nous distinguerons, selon le montage juridique dont l'incapable a voulu s'entourer, quatre cas de figure qui nous amèneront à préciser quel est le régime de transition applicable (a) en l'absence de tout mandat, (b) en présence d'un mandat de protection, (c) en présence d'un mandat ordinaire, et (d) en présence d'un mandat ordinaire et d'un mandat de protection. Dans un deuxième temps, nous nous attarderons sur une variation du dernier cas, dans laquelle le mandat ordinaire et le mandat de protection sont stipulés dans un même acte et désignent le même mandataire.

1) *Variations selon le montage juridique*

34- *En l'absence de tout mandat (a).* En l'absence de tout mandat, il y a lieu d'appliquer le régime de transition vers la tutelle au majeur prévu aux articles 273 à 275 C.c.Q. Il se compose de quatre éléments : (1) préséance du conjoint comme représentant, (2) recours aux règles de la gestion d'affaires, (3) désignation d'un administrateur provisoire, si nécessaire, et (4) règle de conservation de certains biens.

(1) L'article 273 C.c.Q. donne préséance au conjoint lorsque ce dernier a été désigné comme administrateur des biens de l'incapable en vertu de l'article 444 C.c.Q. Devenu représentant légal, le conjoint s'occupe de tout, selon les modalités et les conditions d'exercice des pouvoirs déterminées par le tribunal. Il serait sage que le tribunal limite ses pouvoirs à ceux de la simple administration de manière à forcer le conjoint à demander l'ouverture d'un régime de protection s'il croit opportun de faire des actes de pleine administration. Il semble en effet que le mandat du conjoint de l'incapable puisse durer indéfiniment, ce qui présente le risque que les intérêts de l'incapable ne soient pas toujours protégés de façon optimale.

(2) Le recours aux règles de la gestion d'affaires permet à certaines personnes de porter secours à l'incapable sans qu'aucune autorisation judiciaire ne soit nécessaire. Le dispositif de l'article 273 C.c.Q. répond aux questions suivantes :

- Quand peut-on intervenir ? En cas d'urgence, pendant l'instance en ouverture d'un régime de protection et avant l'instance si une demande d'ouverture est imminente.
- Qui peut intervenir ? Le curateur public ou toute personne qui peut demander l'ouverture d'un régime de protection en vertu de l'article 269 C.c.Q. : le conjoint, ses proches parents et alliés ou toute personne qui démontre pour l'incapable un intérêt particulier.

- Que peut-on faire ? Les actes nécessaires à la conservation du patrimoine, selon les règles de la gestion d'affaires et dans les limites de la simple administration, selon l'article 1484 C.c.Q.

Ce mécanisme de l'article 273 C.c.Q. est inspiré de l'article 491-4 C.c.fr. dont il n'a malheureusement pas retenu la vigueur. Là où le Code français parle d'obligation d'assistance, le législateur québécois se contente d'énoncer des pouvoirs que chacun semble libre d'exercer ou pas.

(3) Si les moyens volontaires de l'article 273 C.c.Q. ne suffisent pas, on a recours au tribunal pour faire désigner un administrateur provisoire en vertu de l'article 274 C.c.Q. qui s'articule ainsi :

- Quand peut-on intervenir ? S'il y a risque de préjudice sérieux et si les règles de la gestion d'affaires ne suffisent pas, pendant l'instance et avant si la demande d'ouverture d'un régime de protection est imminente.
- Comment ? Par requête au tribunal, en vertu de l'article 885 C.p.c., pour qu'il désigne un administrateur provisoire.
- Qui peut être désigné comme administrateur provisoire ? Le curateur public ou toute autre personne.
- Que peut faire cette personne ? Selon l'autorisation du tribunal, un acte déterminé ou l'administration des biens de l'incapable dans les limites de la simple administration du bien d'autrui, au sens de l'article 1484 C.c.Q.

Le pouvoir ainsi donné à l'administrateur provisoire correspond également à une obligation d'agir puisqu'il y a risque de préjudice sérieux.

(4) Enfin, la loi ordonne la conservation de certains biens de l'incapable, au moins jusqu'à l'ouverture d'un régime de protection. Ainsi, l'article 275 C.c.Q. énonce une limitation importante à l'égard des pouvoirs de quiconque intervient : pendant l'instance, le logement de l'incapable que l'on cherche à protéger et les meubles dont il est garni doivent être conservés à sa disposition. Le pouvoir d'administrer ces biens ne permet que les conventions de jouissance précaire, lesquelles cessent d'avoir effet de plein droit dès le retour du majeur protégé.

La même limitation vaut aussi avant l'instance, car personne n'aurait alors le pouvoir de disposer du logement et des meubles de l'incapable. En prononçant l'ouverture d'un régime de protection, le tribunal pourrait aussi annuler ou modifier un acte qui dérogerait à cette mesure de protection de l'incapable. Par ailleurs, à la lecture du deuxième alinéa de l'article 275 C.c.Q., on comprend que personne n'aurait le pouvoir de disposer des souvenirs de l'incapable et de ses objets à caractère personnel, pendant la période de transition.

35- *En présence d'un mandat de protection (b).* Quel est le régime de transition applicable à l'administration des biens entre la survenance de l'incapacité et l'homologation du mandat de protection ? Il y a lieu d'appliquer intégralement le régime de transition du cas de figure précédent, dans ses quatre composantes : (1) préséance du conjoint, (2) recours aux règles de la gestion d'affaires, (3) désignation d'un administrateur provisoire, si nécessaire, (4) règle de conservation de certains biens.

Un cinquième élément important vient s'ajouter en raison de la présence d'un nouveau joueur qui pourra être chargé d'obligations envers le mandant, en fonction de la prévoyance de ce dernier. Il s'agit de la personne désignée comme mandataire au mandat de protection. Ses obligations ne naissent que lorsque le mandataire consent au mandat, explicitement ou implicitement. S'il ignore tout du mandat ou s'il décide de le refuser, le mandataire n'a aucune obligation envers le mandant. La prescription de l'article 2174 C.c.Q., qui oblige le mandataire à voir à son remplacement lorsqu'il renonce au mandat, ne s'applique qu'au mandataire qui a dûment accepté le mandat. Le mandant bien avisé voudra obtenir le consentement du mandataire dès la signature de l'acte ou le plus tôt possible avant que ne survienne son inaptitude. Il en résultera dès lors plusieurs obligations qui trouveront toute leur utilité au cours de la période de transition. Pour décrire les régimes de transition qui suivent, nous prendrons pour acquis que le mandataire a bel et bien consenti au mandat de protection avant la survenance de l'inaptitude. Dans cette hypothèse, le régime de transition se compose donc ainsi :

(1) Si le tribunal a désigné le conjoint en vertu de l'article 444 C.c.Q., ce dernier sera chargé de l'administration des biens pendant la période de transition, jusqu'à ce que la personne désignée dans le mandat de protection prenne la relève.

(2) On se pose ici la même question que pour la protection de la personne. En l'absence de toute règle de transition au chapitre du Mandat, faut-il constater le vide juridique ou appliquer, à titre supplétif, le régime de transition de la tutelle au majeur ? Nous avons déjà répondu dans le sens de l'application du régime de transition de la tutelle au majeur⁶⁹. Pour les mêmes motifs, on doit appliquer ici les articles 273 à 275 C.c.Q., comme nous l'avons fait dans le cas précédent, avec les adaptations qui suivent. En application de l'article 273 C.c.Q., le mandataire a non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation de *faire en cas d'urgence les actes nécessaires à la conservation du patrimoine*.

(3) En application de l'article 274 C.c.Q., le mandataire a l'obligation de demander au tribunal de désigner un administrateur provisoire, *s'il y a lieu d'agir pour éviter un préjudice sérieux*. En désignant l'administrateur provisoire, le tribunal devrait tenir compte de la volonté exprimée par le mandant dans le mandat de protection. Si le mandataire désigné se qualifie pour être l'administrateur permanent, il pourrait tout aussi bien être l'administrateur provisoire. On note cependant avec satisfaction que ses pouvoirs seront ceux de la simple administration, durant la période de transition, sans égard à l'ampleur des pouvoirs stipulés au mandat.

(4) Notre solution permet à l'incapable de bénéficier de la protection de son logement et de ses meubles, en vertu de l'article 275 C.c.Q. Pour plus de sécurité, il devrait stipuler les mêmes limitations dans le mandat. L'autorité de la loi rend cette protection opposable aux tiers, de plein droit.

⁶⁹ Voir ci-dessus à para. 20.

(5) En levant le voile sur les obligations du mandataire qui a consenti au mandat, il ne faut surtout pas oublier la plus importante. Le mandataire a d'abord l'obligation de demander avec diligence l'homologation du mandat de protection (arts 2138 et 1434 C.c.Q.) ou, s'il renonce à agir, celle de demander l'ouverture d'un régime de protection pour l'incapable (arts 2174 et 269 C.c.Q.). Il a ensuite l'obligation de s'occuper des mesures provisoires que nous avons signalées plus haut : agir en cas d'urgence selon les règles de la gestion d'affaires et demander au tribunal la désignation d'un administrateur provisoire si nécessaire.

36- *En présence d'un mandat ordinaire (c).* Quel est le régime de transition applicable entre la survenance de l'incapacité et l'ouverture d'un régime de protection, lorsqu'il y avait déjà un mandat ordinaire en cours d'exécution avant l'incapacité ? Notre description reprendra les cinq éléments du cas de figure précédent avec toutefois une différence notable. L'article 273 C.c.Q. prévoit que le mandat ordinaire *continue de produire ses effets malgré l'instance*. Nous avons tiré de ce texte deux conséquences. En premier lieu, le mandat ordinaire cesse de produire des effets en l'absence d'instance. En second lieu, le mandat ordinaire n'a pas de vocation perpétuelle en cas d'incapacité. Son rôle est transitoire et doit nécessairement conduire à l'établissement d'un régime de protection. Même une stipulation contraire dans le mandat ordinaire ne saurait empêcher l'application de cette règle. Dans le régime de transition, il y a donc lieu de distinguer deux phases : une première allant de l'incapacité jusqu'à la demande d'ouverture d'un régime de protection (avant l'instance) et une seconde phase allant de la demande jusqu'au jugement d'ouverture du régime de protection (pendant l'instance).

Avant l'instance. Le régime de transition est à peu près le même que celui que l'on applique en l'absence de tout mandat, en y incorporant toutefois certaines obligations du mandataire. Il peut paraître paradoxal de dire que le mandat cesse de produire ses effets durant cette phase mais que le mandataire a néanmoins des obligations à exécuter. Cette solution est fondée sur l'article 2182 C.c.Q. qui prescrit que, lorsque le mandat prend fin, le mandataire est *tenu de faire ce qui est la suite nécessaire de ses actes ou ce qui ne peut être différé sans risque de perte*. Cette obligation recouvre entièrement les actes visés à l'article 273 C.c.Q. (en cas d'urgence, les actes nécessaires à la conservation du patrimoine) et ceux visés à l'article 274 C.c.Q. (en cas de nécessité d'agir pour éviter un préjudice sérieux, un acte déterminé ou les actes requis pour administrer les biens de l'incapable dans les limites de l'administration du bien d'autrui). Est-ce à dire que ces dernières dispositions sont inutiles ? Il faut plutôt comprendre qu'elles se complètent. Elles retrouvent toute leur utilité dans deux situations : lorsque le mandataire fait défaut d'exécuter son obligation et lorsque l'objet et les pouvoirs stipulés au mandat ne sont pas assez larges pour couvrir les actes visés par les articles 273 et 274 C.c.Q. Avant l'instance, le régime de transition se compose donc comme suit :

(1) Si le tribunal a désigné le conjoint en vertu de l'article 444 C.c.Q., ce dernier sera chargé de l'administration des biens pendant cette phase.

(2) En cas d'urgence, on applique l'article 273 C.c.Q. qui permet à certaines

personnes de faire les actes nécessaires à la conservation du patrimoine. Si ces actes sont couverts par l'objet et les pouvoirs de son mandat, le mandataire est tenu de les accomplir en vertu de l'article 2182 C.c.Q.

(3) S'il y a lieu d'agir pour éviter un préjudice sérieux, alors que les moyens précédents s'avèrent insuffisants, on peut demander au tribunal de désigner un administrateur provisoire en vertu de l'article 274 C.c.Q. Si l'objet et les pouvoirs stipulés au mandat sont assez larges pour les inclure, il n'est pas nécessaire d'obtenir l'autorisation du tribunal : le mandataire a non seulement le pouvoir mais aussi l'obligation de les accomplir. Si son mandat était insuffisant, le mandataire devrait se porter requérant pour demander la désignation d'un administrateur provisoire, rôle pour lequel il pourrait lui-même se qualifier, si le tribunal le juge opportun. Si le mandataire veut exercer la totalité des pouvoirs stipulés au mandat, il n'a qu'à demander l'ouverture d'un régime de protection. Dès la formation de l'instance, il pourra continuer à accomplir le mandat, sans être assujéti aux limites des articles 273, 274 et 2182 C.c.Q.

(4) Selon l'interprétation que nous avons donnée à l'article 275 C.c.Q., personne ne peut, durant cette phase, disposer du logement de l'inapte, de ses meubles, de ses souvenirs et autres objets à caractère personnel.

(5) Le mandataire a l'obligation d'accomplir les actes visés aux articles 273 et 274 C.c.Q. Bien que le fondement de cette obligation soit l'article 2182 C.c.Q., cette dernière disposition couvre un champ encore plus large. Ainsi, le mandataire est tenu de faire *ce qui est la suite nécessaire des actes antérieurs*, indépendamment de l'urgence ou du risque de perte, et, en plus, *ce qui ne peut être différé sans risque de perte*, ce qui est théoriquement plus large que le risque de *préjudice sérieux* couvert par l'article 274 C.c.Q. Enfin, l'obligation dominante du mandataire ordinaire, lorsque son mandant devient inapte, c'est de voir avec diligence à ce qu'il soit pourvu d'un régime de protection. Il doit, dans un premier temps, aviser de l'inaptitude du mandant les personnes, énumérées à l'article 269 C.c.Q., qui peuvent demander l'ouverture d'un régime de protection. Dans un deuxième temps, si aucune de ces personnes n'agit, le mandataire a l'obligation de le faire lui-même. Cette obligation découle de l'obligation générale de loyauté de l'article 2138 C.c.Q. Lorsque le mandataire constate que la réalisation des objectifs du mandant est compromise par la survenance de son inaptitude, il n'a pas le droit de se croiser les bras et de ne rien faire. Il doit prendre les dispositions nécessaires pour que les intérêts du mandant soient favorisés et protégés. Il serait par ailleurs prudent de stipuler une telle obligation dans le mandat.

Pendant l'instance. Le régime de transition est modifié par la réactivation du mandat ordinaire en vertu de l'article 273 C.c.Q. Il se compose alors comme suit :

(1) Si le tribunal est saisi d'une requête visant à faire désigner le conjoint comme administrateur des biens en vertu de l'article 444 C.c.Q., il devra tenir compte du mandat. Selon l'article 273 C.c.Q., interprété strictement, le tribunal ne pourrait désigner le conjoint sans d'abord révoquer le mandat *pour un motif*

sérieux, indiquant par là une préférence envers le mandataire, en l'absence de motif sérieux de révocation. Le tribunal ne devrait pas s'enfermer dans une problématique aussi étroite. Il devrait appliquer le principe souverain de l'article 257 C.c.Q. et décider en fonction de l'intérêt de l'incapable. Si le tribunal était saisi d'une requête en vertu de l'article 444 C.c.Q. avant l'instance, il pourrait résoudre la difficulté par anticipation en révoquant le mandat et en confiant l'administration au conjoint, si tel est l'intérêt de l'incapable.

(2) Selon l'article 273 C.c.Q., l'ouverture de l'instance fait revivre le mandat ordinaire : le mandataire est alors tenu d'exécuter les obligations et d'exercer les pouvoirs stipulés au mandat. Si l'objet et les pouvoirs stipulés sont trop étroits pour couvrir les actes visés par les articles 273 et 274 C.c.Q., le mandataire devra avoir recours à ces dispositions pour pallier les limites de ses pouvoirs.

(3) Dans le cas où le mandataire est investi de pouvoirs généraux de simple administration et de pouvoirs exprès de pleine administration, il peut exercer pendant l'instance la plénitude de ces pouvoirs. Nous sommes bien loin du mécanisme de l'article 274 C.c.Q. qui limitera, la plupart du temps, les pouvoirs de l'administrateur provisoire aux actes de simple administration. Il y a évidemment des risques à donner trop de pouvoirs au mandataire dans cette période de transition. Si le mandat comportait des pouvoirs de pleine administration, le mandant devrait stipuler qu'ils se terminent s'il devient incapable et que les pouvoirs qui subsistent en vertu de l'article 273 C.c.Q. sont limités à ceux de la simple administration. Enfin, le mandant a la liberté de stipuler qu'il renonce à l'application de l'article 273 C.c.Q., que le mandat ordinaire prend fin à la survenance de son incapacité et qu'il s'en remet à l'article 2182 C.c.Q. et au régime de transition de la tutelle au majeur jusqu'à l'ouverture d'un régime de protection à son bénéficiaire.

(4) Les mesures de protection de certains biens prescrites par l'article 275 C.c.Q. continuent de s'appliquer jusqu'à l'ouverture du régime de protection. Pour s'assurer que le mandataire les connaît et les met en pratique, le mandant gagnerait à les stipuler au contrat.

(5) Il est clair enfin que la réactivation du mandat ordinaire, pendant l'instance, ne fait pas que donner des pouvoirs au mandataire. En plus des obligations qu'il avait avant l'instance, le mandataire assume la totalité des obligations stipulées au mandat. Son obligation générale de loyauté se colore du fait que le mandant est désormais incapable et qu'elle doit être exécutée avec toute la vigilance et la rigueur requises pour assurer sa protection. Ce mandataire devra éventuellement rendre compte de sa gestion au tuteur, au curateur ou à la personne désignée au mandat de protection.

37- *En présence d'un mandat ordinaire et d'un mandat de protection (d).* Quel est le régime de transition applicable entre la survenance de l'incapacité et l'ouverture d'un régime de protection, lorsqu'il y avait déjà un mandat ordinaire en cours d'exécution avant l'incapacité et un mandat de protection fait par le mandant en prévision de son incapacité ? Le régime peut se déduire de notre étude des deux cas de figure précédents. Pour l'essentiel, il est composé des cinq

éléments du cas précédent, encadrés des deux phases que nous y avons distinguées : avant l'instance et pendant l'instance. Pour éviter la redondance, nous nous limiterons à résoudre les conflits pouvant naître de fonctions, obligations ou pouvoirs concurrents. Nous envisagerons d'abord l'hypothèse où il y a deux mandataires différents pour ensuite traiter, sous une rubrique distincte, du mandat ordinaire assorti d'un mandat de protection désignant le même mandataire. En présence de deux mandataires différents, le régime de transition se compose comme suit :

(1) Avant l'instance, la désignation du conjoint comme administrateur des biens de l'incapable, selon l'article 444 C.c.Q., doit prévaloir. Pendant l'instance, la désignation du conjoint comme administrateur entre en conflit avec la réactivation du mandat ordinaire par l'effet de l'article 273 C.c.Q. Il faut demander au tribunal de révoquer le mandat si on veut faire prévaloir l'intervention du conjoint. L'affaire peut se compliquer si la personne désignée au mandat de protection demande la désignation d'un administrateur provisoire en vertu de l'article 274 C.c.Q. Le tribunal devrait décider en fonction de l'intérêt de l'incapable, sur la base de l'article 257 C.c.Q.

(2) En cas d'urgence, les deux mandataires auraient l'obligation d'accomplir les actes nécessaires à la conservation du patrimoine, si la personne désignée au mandat de protection a déjà accepté le mandat. La loi ne fixe pas d'ordre de préséance. Suivant la volonté implicite du mandant, c'est le mandataire désigné dans le mandat de protection qui devrait être tenu d'agir le premier. S'il omet de le faire ou s'il n'a pas encore consenti au mandat, le mandataire ordinaire devrait suppléer. Pendant l'instance en homologation, le mandataire ordinaire, par l'effet de l'article 273 C.c.Q., est investi à nouveau de tous les pouvoirs de son mandat. Il peut paraître alors plus commode de confier la responsabilité de première ligne au mandataire ordinaire pour l'ensemble des actes, en conservant pour l'autre mandataire une obligation subsidiaire.

(3) S'il y a lieu d'agir pour éviter à l'incapable un préjudice sérieux, le mandataire ordinaire est mieux placé que l'autre pour intervenir de façon efficace si les pouvoirs stipulés au mandat sont d'une étendue suffisante. En effet, avant l'instance, ses pouvoirs sont partiellement prolongés en vertu de l'article 2182 C.c.Q. Pendant l'instance, ils sont restaurés par l'article 273 C.c.Q. Dans les deux cas, le mandataire peut agir de plein droit, sans l'autorisation du tribunal, alors que son homologue désigné dans le mandat de protection devrait demander au tribunal la désignation d'un administrateur provisoire sous l'article 274 C.c.Q. Il est normal de laisser agir le mandataire ordinaire. Toutefois, si ce dernier omet d'agir ou n'est pas investi de pouvoirs suffisants par son mandat, les deux mandataires ont l'obligation de demander au tribunal de désigner un administrateur provisoire selon l'article 274 C.c.Q.

Les deux mandataires peuvent théoriquement se qualifier pour jouer ce rôle. Le tribunal décidera en fonction de l'intérêt de l'incapable, suivant le principe de l'article 257 C.c.Q. Toutes choses étant égales, le tribunal devrait faire prévaloir la volonté implicite du mandant qui a préféré confier l'administration de ses biens à une autre personne lorsqu'il sera devenu incapable. S'il choisit ainsi

la personne désignée dans le mandat de protection, le tribunal devra révoquer le mandat ordinaire qui risque de renaître par l'effet de l'article 273 C.c.Q. La disponibilité d'un nouveau mandataire spécialement prévu en cas d'incapacité et les avantages de la continuité dans l'administration des biens de l'incapable, même en période de transition, constituent un motif sérieux de révoquer le mandat ordinaire. De plus, si ce dernier comporte des pouvoirs de pleine administration, le tribunal peut y voir un motif additionnel de le révoquer pour le remplacer par un mandat provisoire de simple administration confié au mandataire désigné dans le mandat de protection.

(4) Les mesures de protection de certains biens prescrites par l'article 275 C.c.Q. continuent de s'appliquer jusqu'à l'homologation du mandat de protection.

(5) Outre les obligations que nous venons de signaler, les deux mandataires ont l'obligation de travailler avec diligence à l'établissement d'un régime de protection compris dans le sens qui englobe le mandat de protection. D'une part, le mandataire ordinaire a l'obligation de favoriser l'établissement d'un régime de protection en avisant de l'incapacité du mandant les personnes, énumérées à l'article 269 C.c.Q., qui peuvent demander l'ouverture d'un régime de protection. Il doit aussi vérifier si le mandant a fait un mandat de protection, en consultant les registres tenus par les ordres professionnels à cette fin. Lorsqu'il connaît l'existence d'un tel mandat, il doit aviser le futur mandataire de l'incapacité du mandant. En cas d'inaction de toutes ces personnes, le mandataire ordinaire doit demander l'ouverture d'un régime de protection (articles 2138 et 2182 C.c.Q.). D'autre part, le mandataire désigné dans le mandat de protection a l'obligation de demander avec diligence l'homologation du mandat de protection (art. 2138 et 1434 C.c.Q.), s'il a préalablement consenti au mandat.

Pendant l'instance en homologation, si le mandat ordinaire reprend ses effets, le mandataire doit exécuter la totalité de ses obligations, dans la mesure où le temps le permet. Il peut exercer des pouvoirs de pleine administration si le mandat est ainsi fait. Le mandant devrait stipuler que les pouvoirs du mandataire sont limités aux actes de simple administration durant toute la période de transition. En cas d'inaction du mandataire, de révocation ou d'insuffisance de son mandat, les obligations de la personne désignée au mandat de protection sont limitées aux actes visés par les articles 273 et 274 C.c.Q. et ses pouvoirs ne dépasseront pas ceux de la simple administration du bien d'autrui.

2) *Mandat ordinaire assorti d'un mandat de protection*

38- *Mandataire unique.* Pour répondre aux besoins d'une population vieillissante, la pratique a développé un mandat de type évolutif combinant le mandat ordinaire assorti d'un mandat de protection stipulé en prévision de l'incapacité du mandant. Le plus souvent, le mandataire ordinaire et le mandataire désigné dans le mandat de protection sont la même personne. Cela n'élimine pas le problème de la transition. Il n'est ni possible ni souhaitable que les deux

mandats s'exécutent en continuité, sans aucun ajustement. La survenance de l'incapacité est un événement important qui bouleverse radicalement l'économie du contrat de mandat. L'incapable a immédiatement besoin de protection. Même s'ils sont stipulés dans le même acte, le mandat ordinaire et le mandat de protection sont des institutions de nature juridique fondamentalement différentes.

Si le problème de la détermination du régime transitoire subsiste, il s'en trouve néanmoins simplifié par le fait qu'il n'y a qu'un seul mandataire. Toutes les obligations sont assumées par ce mandataire unique. On fait l'économie de tout conflit entre deux mandataires. Le régime de transition n'en demeure pas moins complexe. Il risque même d'être indéchiffrable pour des non-juristes. Pour le bénéfice des parties et des tiers, on devrait prendre la bonne habitude de stipuler un régime de transition dans le mandat, même si certaines clauses reproduisent le droit commun édicté au Code. C'est une redondance de bon aloi, qui est susceptible de prévenir bien des difficultés.

La stipulation d'un régime de transition peut donner lieu à toutes sortes de variations qu'il n'est pas question d'épuiser ici. Le praticien doit adapter son texte aux circonstances particulières des parties. Le texte qui suit ne représente que l'une des nombreuses formes que peut prendre la stipulation d'un régime de transition dans un tel mandat. Il fait également la synthèse des éléments qui se dégagent de notre étude des cas de figure qui précèdent. Il nous ramène au point de départ annoncé par notre titre, dans la mesure où il peut rendre moins pénible le passage du mandat ordinaire au mandat de protection.

39- *Stipulation de mesures transitoires*. Voici un exemple de stipulation de mesures transitoires consécutives à l'incapacité du mandant, dans un mandat ordinaire assorti d'un mandat de protection donné au même mandataire.

MESURES TRANSITOIRES

1. Lorsque le mandant devient incapable, le mandat ordinaire cesse d'avoir effet, sous réserve des mesures transitoires qui suivent.
2. Entre la survenance de l'incapacité du mandant et le jugement d'homologation du mandat de protection, le mandataire est tenu de :
 - a) Demander avec diligence l'homologation du mandat de protection;
 - b) Faire ce qui est une suite nécessaire de ses actes ou ce qui ne peut être différé sans risque de perte (art. 2182 C.c.Q.);
 - c) Faire, en cas d'urgence, les actes nécessaires à la conservation du patrimoine du mandant (art. 273 C.c.Q.);
 - d) Consentir aux soins requis par l'état de santé du mandant, lorsque son conjoint fait défaut ou est empêché de le faire (art. 15 C.c.Q.).
3. Entre le dépôt de la demande et le jugement d'homologation du mandat de protection, le mandat ordinaire par lequel le mandant a déjà chargé le mandataire de l'administration de ses biens continue de produire ses effets

- malgré l'instance (art. 273 C.c.Q.), dans les limites de la simple administration du bien d'autrui.
4. S'il est urgent d'agir avant l'homologation du mandat de protection ou même avant l'instance, pour éviter au mandant un préjudice sérieux, alors qu'il est manifeste qu'il ne peut prendre soin de lui-même ou administrer ses biens et que les moyens précédents s'avèrent insuffisants, le mandataire est tenu de demander au tribunal de désigner provisoirement une personne pour assurer sa protection (art. 272 C.c.Q.), pour accomplir un acte déterminé ou pour administrer ses biens dans les limites de la simple administration du bien d'autrui (art. 274 C.c.Q.).
 5. Entre la survenance de l'incapacité et l'homologation du mandat de protection, le logement du mandant, les meubles dont il est garni, ses souvenirs et autres objets à caractère personnel, doivent être conservés à sa disposition. Le pouvoir d'administrer ces biens ne permet que les conventions de jouissance précaire, lesquelles cessent d'avoir effet de plein droit dès le retour du mandant (art. 275 C.c.Q.).

Conclusion

40- *Complexité*. Le passage du mandat ordinaire au mandat de protection n'est pas simple. Pour en comprendre la complexité, il fut nécessaire de préciser la nature juridique du *mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant*, pour y voir désormais un mandat de protection. Nous avons dû également élargir notre analyse à l'ensemble des mesures de transition applicables entre la survenance de l'incapacité chez une personne et le moment où s'ouvre pour elle un régime de protection, y compris un mandat de protection.

Nous avons dû composer avec plusieurs variables. Le Code introduit en effet une variable de temps en distinguant entre *avant* l'instance d'ouverture d'un régime de protection, *pendant* l'instance et même lorsque l'instance est *imminente*! Nous avons également dû distinguer selon la nature des actes envisagés: consentement aux soins, protection de la personne, administration de ses biens. Enfin, dans ce dernier cas, la situation variait selon le montage juridique entourant l'incapable: absence de tout mandat, présence ou absence d'un mandat ordinaire ou d'un mandat de protection, jusqu'à la combinaison des deux, évoquée dans notre titre.

Nous avons dû nous pencher sur l'énigme du sort du mandat ordinaire après la survenance de l'incapacité du mandant. Après avoir écarté l'hypothèse de la pérennité du mandat ordinaire et l'hypothèse inverse de son absence totale dans le régime de transition, nous lui avons reconnu un rôle mineur et transitoire, dans les limites de l'article 273 C.c.Q. interprété strictement. Le mandat ordinaire produit ses effets uniquement en matière d'administration des biens de l'incapable et pendant l'instance d'ouverture d'un régime de protection, à laquelle nous avons assimilé la demande d'homologation du mandat de protection. Inversement, le mandat ordinaire n'a pas d'effets en matières extra patrimoniales,

ni en dehors de l'instance. Dans ce dernier cas, nous avons qualifié le mandat de *dysfonctionnel*, c'est-à-dire impropre à remplir les fonctions de protection du mandant et de sécurité des tiers souhaitables dans de telles circonstances.

Ainsi, nous avons découvert non pas un, mais trois régimes de transition entre la survenance de l'inaptitude d'une personne et le moment où un jugement du tribunal assure sa représentation et sa protection. D'abord un régime de consentement aux soins qui a ses règles propres et qui opère en mode relativement autonome. Ensuite un régime de protection de la personne qui règle le problème de la garde forcée en institution lorsqu'elle est nécessaire et qui pourvoit à la désignation d'un protecteur provisoire en cas de risque de préjudice sérieux, le tout sans aucun lien avec le mandat ordinaire. Enfin, le régime d'administration des biens qui applique les règles de la gestion d'affaires en cas d'urgence, qui permet la désignation d'un administrateur provisoire en cas de risque de préjudice sérieux et qui protège le logement de l'inapte, ses meubles, ses souvenirs et autres objets à caractère personnel. Ce régime transitoire prévoit exceptionnellement l'administration des biens par le mandataire ordinaire durant l'instance d'ouverture d'un régime de protection, dans la pleine étendue des pouvoirs du mandat, ce qui comporte les risques que nous avons signalés.

Enfin, compte tenu de la complexité de ces règles, même pour un juriste, nous avons suggéré de stipuler des mesures transitoires dans les mandats, en les adaptant aux situations particulières, et nous en avons donné une illustration dans un mandat ordinaire assorti d'un mandat de protection. Même si plusieurs stipulations reproduisent les dispositions du droit commun, il s'agit pour les parties d'un guide tout à fait bienvenu qui contribuera à l'efficacité du mandat.

41- *Révision*. Après plus de dix ans d'expérimentation des textes de la réforme de 1989, le temps est peut-être venu d'en envisager la révision, là où la mise au point laisse à désirer. Tel est le cas du régime de transition de l'inaptitude vers les régimes de protection. Cette période critique n'est pas couverte par des textes qui réalisent pleinement les finalités d'efficacité et de protection que l'intérêt de l'inapte commande.

Pour être efficaces, les textes doivent être intelligibles pour leurs lecteurs, clairs et bien structurés. Plusieurs des règles que nous avons étudiées posent des problèmes d'interprétation qui pourraient être résolus par une clarification du langage. Les règles mériteraient d'être regroupées et identifiées comme régime de transition, pour en faciliter le repérage. À tout le moins, les règles du mandat de protection devraient contenir une référence claire au régime de transition de la tutelle du majeur.

La finalité de protection de l'inapte pourrait être mieux servie de trois façons. D'abord, le législateur ne devrait pas craindre de s'exprimer en termes d'obligations, comme le fait son homologue français. Nos règles énoncent des pouvoirs pour une variété de personnes, mais personne n'est tenu de les exercer pour venir en aide à l'inapte. Les seules obligations énoncées incombent à des fonctionnaires : les personnes de l'entourage naturel de l'inapte n'en ont aucune, pas même celle de signaler son état ou de demander l'ouverture d'un

régime de protection. Le pouvoir de faire en cas d'urgence les actes nécessaires à la conservation du patrimoine devrait également donner lieu à une obligation (art. 273 C.c.Q.). La possibilité de s'adresser au tribunal pour faire désigner un administrateur provisoire, en cas de risque de préjudice sérieux, devrait correspondre à une obligation d'agir en justice à cette fin, pour les personnes de l'entourage de l'incapable. La liste pourrait inclure le mandataire ordinaire ainsi que celui désigné dans le mandat de protection, le cas échéant.

En second lieu, notre droit devrait bannir le prolongement du mandat ordinaire durant la période de transition et, à plus forte raison, le prolongement indéfini du mandat ordinaire pour le faire servir de substitut à l'ouverture d'un régime de protection. Le mandat ordinaire est inadapté à cette fin et dysfonctionnel. En l'absence de tout contrôle du mandataire, les risques d'abus sont trop grands. Durant la période de transition, s'il y a concurrence entre le mandataire ordinaire et la personne désignée dans le mandat de protection, cette dernière devrait avoir la préférence, car telle est l'intention implicite du mandant.

Enfin, en vertu du droit commun, autant chez nous qu'en France, les pouvoirs du représentant, durant la phase de transition, sont limités aux actes de simple administration. Si un acte de disposition est nécessaire, il doit être autorisé par le tribunal. Le principal vice de notre système est sans doute de permettre à un mandataire ordinaire de faire des actes de pleine administration aux conséquences irréversibles durant l'instance, si par malheur son mandat ordinaire est à cet effet. La première modification qui s'impose serait de limiter aux actes de simple administration les interventions de quiconque, sous réserve d'une autorisation spéciale du tribunal, durant ce délicat passage d'une personne de la situation d'incapable à l'état de majeur protégé.