

LE MANDAT : LE POINT SUR LES CONSÉQUENCES LIÉES À LA SURVENANCE DE L'INAPTITUDE DU MANDANT*

Christine MORIN**

INTRODUCTION	243
1. LES TEXTES ET LEURS INTERPRÉTATIONS AVANT 1989	244
2. LES TEXTES ET LEURS INTERPRÉTATIONS DEPUIS 1989.	246
2.1 L'article 2175 C.c.Q.	247
2.2 L'article 273 C.c.Q.	249
2.3 L'article 2167.1 C.c.Q.	251
2.4 L'article 2177 C.c.Q.	252
3. LES TEXTES ET LEURS INTERPRÉTATIONS EN FONCTION DE LA FINALITÉ QUI LES SOUS-TEND	253
3.1 Le mandat ordinaire	253
3.2 Le mandat en prévision d'inaptitude.	255
CONCLUSION	257

* L'auteure remercie Jean-François D'Auteuil, étudiant au baccalauréat en droit, pour sa collaboration à la recherche. Elle remercie également son collègue Daniel Gardner et M^e François Frenette pour avoir accepté de lire et de commenter une première version de ce texte. Toutefois, les opinions exprimées sont celles de l'auteure. La recherche est à jour au 1^{er} janvier 2008.

** Notaire et professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval.

INTRODUCTION

La loi permet de conclure un contrat par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de la représenter. Cette faculté est expressément prévue à l'article 2130 du Code civil qui dispose :

Le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer.

S'il est évident que le mandant doit être capable au moment où il conclut le contrat de mandat¹, la question fondamentale qui se pose est de savoir s'il doit le demeurer pendant toute la durée du mandat². Dit autrement, la survenance de l'incapacité *de facto* du mandant – par opposition à son incapacité *de jure* – entraîne-t-elle nécessairement la fin du mandat³ ?

Cette question des conséquences liées à la perte de capacité du mandant sur le mandat se pose depuis longtemps. Bien avant l'adoption de règles particulières en matière de mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant⁴, certains auteurs se ques-

1. Comme tout acte juridique. Art. 1409 C.c.Q.

2. Le mandat est aussi appelé « procuration ». Art. 2130, al. 2 C.c.Q. Pour les fins de ce texte, nous utiliserons les expressions « mandat » et « procuration ».

3. Rappelons que le *Code civil du Bas Canada* utilisait les termes *incapacité*, *incapable* et *interdit*. C'est en 1989 que le législateur a introduit les termes *incapacité* et *inapte*, sans pour autant exclure toutes les références à l'*incapacité*. Pour les fins de ce texte, nous utiliserons les expressions liées à la « capacité » ou à l'« aptitude » indifféremment. Sur ces précisions terminologiques, voir Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., n° 394, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 366 et 367.

4. Voir la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54. Les dispositions en matière de mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant se trouvent maintenant aux articles 2166-2174 C.c.Q. Sur la possibilité de présenter la demande d'homologation à un notaire, voir *Loi modifiant le Code de procédure civile en matière notariale et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1998, c. 51. Sur les circonstances qui ont mené à l'adoption du mandat en prévision d'incapacité voir Jean LAMBERT, « La genèse du mandat de protection et quelques autres considérations », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée ?*, vol. 146, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 83.

tionnaient – parfois s'inquiétaient – au sujet de l'utilisation prolongée de procurations générales comme substitut à l'ouverture d'un régime de protection, dans les cas où le mandant était, *dans les faits*, devenu incapable⁵.

L'arrivée du mandat de protection ramène la question à l'avant-scène et ajoute de nouveaux éléments à la discussion⁶. L'inaptitude de fait du mandant met-elle fin à tout mandat autre que le mandat en prévision d'inaptitude ? La réponse à cette interrogation est loin d'être assurée. Il existe différents arguments au soutien tant de la thèse selon laquelle l'inaptitude du mandant met fin au mandat, que de celle selon laquelle le mandat se poursuit malgré l'inaptitude.

Dans les pages qui suivent, nous confronterons les arguments au soutien des deux thèses afin d'y voir plus clair. Après avoir rappelé brièvement les interprétations existantes avant 1989, nous étudierons les arguments fondés sur le texte du Code civil, puis ceux liés à la finalité du mandat et du mandat de protection.

1. LES TEXTES ET LEURS INTERPRÉTATIONS AVANT 1989

Tel que mentionné précédemment, les juristes s'interrogeaient à propos des effets liés à la survenance de l'inaptitude du mandant sur le mandat, avant l'adoption des règles relatives au mandat de protection⁷. Les auteurs s'entendaient généralement pour affirmer que l'incapacité du mandant ou son interdiction, *prononcés en droit*, mettait fin au mandat, tel que le prévoyait l'article 1755 (4) C.c.B.C. : « Le mandant se termine [...] 4. Par l'interdiction, la faillite ou autre changement d'état par suite duquel la capacité civile de l'une ou l'autre des parties est affectée [...]. » Par contre, les opinions étaient

5. *Infra*.

6. C'est le professeur Fabien qui suggère l'utilisation de l'expression « mandat de protection ». Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881, n° 67, p. 933. Pour les fins de ce texte, nous utiliserons indistinctement les expressions « mandat en cas d'inaptitude », « mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant », « mandat en prévision d'inaptitude » et « mandat de protection » pour désigner ce type particulier de mandat. Le terme « mandat » employé seul sera réservé au mandat « ordinaire ».

7. Le professeur Comtois soulignait cependant, à l'époque, la « pauvreté » de la jurisprudence et de la doctrine sur ce sujet, pourtant d'application courante dans la pratique du droit. Roger COMTOIS, « Deux aspects de la procuration : révocation pour cause d'incapacité ; irrévocabilité du mandat », (1984-85) 87 *R. du N.* 236.

partagées lorsqu'il était question de l'incapacité *factuelle* du mandant.

Certains auteurs québécois enseignaient que l'inaptitude du mandant, qui n'était pas suivie d'interdiction, laissait subsister le mandat⁸. Ainsi, selon le professeur Comtois, les personnes faisant affaire avec le mandataire ne devaient pas être tenues de vérifier la capacité juridique du mandant lorsqu'ils transigeaient avec le mandataire⁹. Il soutenait également que ce qui mettait fin à la procuration n'était pas l'inaptitude du mandant, mais l'arrivée d'un nouveau représentant¹⁰.

Cette opinion était, du reste, celle de plusieurs auteurs français selon lesquels l'aliénation mentale qui ne s'est pas traduite par une mesure juridique de protection ne mettait pas fin en elle-même au mandat¹¹. Ils estimaient que les tiers devaient pouvoir se fier au mandat puisqu'ils n'étaient pas en mesure de vérifier si le mandant était apte lorsqu'ils transigeaient avec le mandataire¹².

Il n'y avait toutefois pas unanimité sur la question au Québec et en France. En effet, d'autres auteurs affirmaient plutôt que le mandat se terminait lorsque le mandant était atteint d'une maladie qui affectait « gravement » son état, et ce, même s'il n'était pas interdit ni déclaré incapable d'administrer ses biens¹³. Il importait alors

-
8. Pierre Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. VIII, Montréal, L.G.D.J., 1895, n° IV, p. 104 ; Hervé ROCH et Rodolphe PARÉ, *Traité de droit civil du Québec*, t. 13, Montréal, Wilson & Lafleur, 1952, p. 138.
 9. Roger COMTOIS, « Deux aspects de la procuration : révocation pour cause d'incapacité ; l'irrévocabilité du mandat », (1984-85) 87 *R. du N.* 236.
 10. Roger COMTOIS, « Deux aspects de la procuration : révocation pour cause d'incapacité ; l'irrévocabilité du mandat », (1984-85) 87 *R. du N.* 236.
 11. René RODIÈRE, « Mandat », dans *Répertoire de droit civil*, t. III, Paris, Dalloz, 1973, par. 392. Voir aussi Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XXII, Paris, Larose, 1899, nos 839 et 840, p. 407 et 408 ; Rolland DE VILLARGUES, *Dictionnaire du droit civil, commercial et criminel*, 4^e éd., t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1889, n° 214, p. 33 ; Louis Vincent GUILLOUARD, *Traité de droit civil*, 2^e éd., t. XII, Paris, Pedon, 1894, n° 242, p. 545.
 12. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XXII, Paris, Larose, 1899, n° 840, p. 408 ; Louis Vincent GUILLOUARD, *Traité de droit civil*, 2^e éd., t. XII, Paris, Pedon, 1894, nos 241 et 242, p. 545-547.
 13. Pierre BEAUDOIN et Claudette LACAÏLLE, « Interdiction et tutelle », [1988] 4 *C.P. du N.* 247, n° 59 ; Michel LÉGARÉ, « L'obligation de vérifier la capacité des parties », (1977-78) 80 *R. du N.* 161, 164. Mazeaud écrivait que même si l'article 2003 C.c. français ne vise que l'interdiction, ce principe « doit être étendu à toute incapacité, car il énonce une règle de bon sens ». Henri MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, 2^e éd., t. III, Paris, Montchrestien, 1955, n° 1425, p. 1138.

de remplacer le représentant conventionnel par un représentant légal « dont les actions sont soumises aux mécanismes de surveillance prévus par la loi en vue de la protection de l'incapable »¹⁴. Ces auteurs s'inquiétaient de l'absence de surveillance du mandataire par le mandant devenu inapte, absence qu'ils souhaitaient voir combler par un mécanisme destiné à protéger les personnes inaptes. Ils mentionnaient également que l'impossibilité pour le mandant de mettre fin au mandat constituait un problème en soi¹⁵.

On constate que, déjà à l'époque, la protection des tiers était invoquée pour la survie du mandat, alors que la protection du mandant devenu inapte militait en faveur de son extinction. Depuis 1989 – moment où les dispositions en matière de mandat en cas d'inaptitude ont été ajoutées au Code civil –, les auteurs font toujours appel à ces deux arguments, parmi d'autres, pour répondre à la question des effets liés à la survenance de l'inaptitude du mandant sur le mandat.

2. LES TEXTES ET LEURS INTERPRÉTATIONS DEPUIS 1989

Si les dispositions législatives en matière de mandat de protection ont apporté de nouveaux éléments dans la discussion sur la question qui nous intéresse, elles n'ont cependant pas apporté d'arguments décisifs. En l'absence d'une disposition précise sur les conséquences de l'inaptitude *de facto* du mandant sur le mandat, il demeure toujours aussi difficile de répondre de façon certaine à la question posée¹⁶. Nous étudierons néanmoins les dispositions les plus susceptibles d'éclairer le débat¹⁷.

-
14. Claude FABIEN, *Les règles du mandat*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D.*, « Mandat », Doctrine – Document 1, Montréal, 1986, n° 195.
15. Pierre BEAUDOIN et Claudette LACAILLE, « Interdiction et tutelle », [1988] 4 *C.P. du N.* 247, nos 60 et 61.
16. La juge Grenier souligne que le Code est silencieux sur cette question. Voir *Droit de la famille – 2887*, [1998] R.D.F. 51 (C.S.), à la page 8 de la décision. Voir aussi Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881, n° 63, p. 930. Il est cependant intéressant de noter que le document de vulgarisation présenté par le Curateur public mentionne que la procuration prend fin si son auteur « devient incapable de surveiller les actes de la personne à qui il a donné la procuration ». CURATEUR PUBLIC, *Mon mandat en cas d'inaptitude*, coll. « Justice à votre portée », Québec, Publications du Québec, 2007, p. 6.
17. L'article 270 C.c.Q. n'apporte aucun éclairage supplémentaire puisqu'il ne précise pas s'il est question du mandat ou du mandat de protection. Voir à propos de cette disposition : Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 973 et 974.

2.1 L'article 2175 C.c.Q.

Pour savoir si l'inaptitude factuelle du mandant met fin au mandat, on doit d'abord se référer à la Section V « De la fin du mandat », plus précisément à l'article 2175 C.c.Q. qui dispose :

Outre les causes d'extinction communes aux obligations, le mandat prend fin par la révocation qu'en fait le mandant, par la renonciation du mandataire ou par l'extinction du pouvoir qui lui a été donné, ou encore par le décès de l'une ou l'autre des parties.

Il prend aussi fin par la faillite, sauf dans le cas où le mandat a été donné en prévision de l'inaptitude d'une personne, à titre gratuit ; 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.

En vertu du second alinéa de cette disposition, le mandat peut prendre fin « par l'ouverture d'un régime de protection »¹⁸. L'article 2175 C.c.Q. ne réfère pas à l'inaptitude factuelle du mandant, mais bien à l'ouverture d'un régime de protection en sa faveur qui ne peut, ultimement, être prononcée que par le tribunal. Suivant une interprétation grammaticale de cette disposition¹⁹, il faut conclure que l'inaptitude du mandant ne met pas fin au mandat ordinaire et que seule l'ouverture d'un régime de protection produit cet effet. Il faut également relever le fait que l'article 2175 C.c.Q. ne prévoit pas davantage que l'homologation d'un mandat en prévision d'inaptitude met fin au mandat²⁰.

18. Conformément à la règle prévue à l'article 154 C.c.Q.

19. Le professeur Côté distingue l'interprétation grammaticale et l'interprétation littérale. Il explique : « La méthode grammaticale postule que le texte est un élément important de la communication entre le législateur et ses destinataires et qu'on ne saurait le négliger. La règle de l'interprétation littérale, du moins dans certaines de ses acceptions, postule que le texte est non seulement un élément important du message législatif, mais qu'il en est l'élément le plus important et, s'il est clair, le seul qui devrait être considéré. » Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 325-357.

20. Pour que cette disposition s'applique au mandat de protection, il faut considérer le mandat donné en prévision d'inaptitude comme un régime de protection conventionnel. Sur les différentes interprétations existantes, voir notamment Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », [2007] 1 *C.P. du N.* 405, 411-413.

Soulignons, par ailleurs, que la rédaction de l'article 2175 C.c.Q. se distingue de celle de l'article 1755 (8) C.c.B.C.²¹. Cette dernière disposition prévoyait :

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

Pourquoi le législateur a-t-il abandonné la référence à l'incapacité de fait du mandant ? Doit-on déceler un changement d'intention à ce sujet ? Le ministre de la Justice explique pourtant, dans ses commentaires, que l'article 2175 C.c.Q. « reprend le droit antérieur »²². Au contraire, on peut penser que si le législateur avait voulu que le mandat prenne fin avec l'incapacité *de facto* du mandant, il lui aurait été facile de le prévoir de façon explicite.

Selon la jurisprudence, peu abondante à ce jour il faut l'avouer, le mandat prend fin avec la survenance de l'incapacité factuelle du mandant, soit avant même l'ouverture d'un régime de protection ou l'homologation d'un mandat en prévision d'incapacité²³. Les tribunaux fondent cette position principalement sur les écrits du professeur Fabien²⁴. Me Guay explique, pour sa part, que l'incapacité *de facto* du mandant met forcément fin aux effets de la procuration puisque le Code civil ne prescrit plus que le mandat « ne prend pas

21. Rappelons que l'article 1755 C.c.B.C. a été modifié en 1989 par la *Loi sur le curateur public et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 54. Gérard GUAY, « Questions pratiques concernant le mandat donné dans l'éventualité de l'incapacité et les régimes de protection aux majeurs incapables », [1990] 2 *C.P. du N.* 133, nos 52, 62 et 63. De son côté, l'article 2003 C.c. français dispose : « Le mandat finit : Par la révocation du mandataire, Par la renonciation de celui-ci au mandat, Par la mort naturelle ou civile, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire. »

22. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1367.

23. *A.L. (Succession d')*, J.E. 2006-958 (C.S.) ; *Droit de la famille - 2887*, [1998] R.D.F. 51 (C.S.), aux pages 8-10 de la décision ; *D.S. c. A.D.*, J.E. 2006-2152, par. 43-46 (C.S.). Mentionnons que dans la décision *L.A. et B.S.*, J.E. 2006-1104 (C.S.), le tribunal révoque la procuration, mais ne se prononce pas sur l'effet de l'incapacité factuelle sur le mandat.

24. Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881 ; Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951.

fin du seul fait que le mandant devient inapte à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens »²⁵.

Enfin, en ce qui a trait à l'expression « en certains cas », employée au second alinéa de l'article 2175 C.c.Q., elle n'apporte pas de nouvel élément à la discussion. Cette précision aurait été ajoutée en raison de la coexistence possible d'un régime de protection et d'un mandat en prévision d'inaptitude²⁶.

Le texte de l'article 2175 C.c.Q. est donc clair sur ce point seulement : le mandat ordinaire prend fin par l'ouverture d'un régime de protection à l'égard du mandant. Par contre, il ne permet pas, à lui seul, de répondre à la question des conséquences liées à la survenance de l'inaptitude de fait du mandant sur le mandat. Il faut, par conséquent, chercher ailleurs dans le Code civil.

2.2 L'article 273 C.c.Q.

L'article 273 C.c.Q. est l'une des dispositions du Code civil qui traite de la validité du mandat malgré l'inaptitude du mandant. Il prévoit :

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.

En l'absence d'un mandat donné par le majeur ou par le tribunal en vertu de l'article 444, on suit les règles de la gestion d'affaires, et le curateur public, ainsi que toute autre personne qui a qualité pour demander l'ouverture du régime, peut faire, en cas d'urgence et même avant l'instance si une demande d'ouverture est imminente, les actes nécessaires à la conservation du patrimoine.

Suivant le texte du premier alinéa de l'article 273 C.c.Q., le mandat « continue » de produire ses effets malgré l'instance. Une interprétation grammaticale de cette disposition permet de soutenir

25. Gérard GUAY, *Le mandat donné en prévision de l'inaptitude*, dans Chambre des Notaires du Québec, R.D./N.S., « Mandat », Doctrine - Document 1, Montréal, 1996, n° 185. Voir A.L. (*Succession d'*), J.E. 2006-958 (C.S.) ; D.S. c. A.D., J.E. 2006-2152, par. 43-46 (C.S.) ; *Droit de la famille - 2887*, [1998] R.D.F. 51 (C.S.), aux pages 8-10 de la décision.

26. Article 2169 C.c.Q. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1368.

la pérennité du mandat, nonobstant l'inaptitude factuelle du mandant. Selon le sens communément attribué au verbe employé²⁷, l'inaptitude *de facto* du mandant ne mettrait pas fin au mandat puisqu'il « continue » de produire ses effets.

Le professeur Fabien soutient cependant qu'il est possible de continuer après une interruption et que, conséquemment, le premier alinéa de l'article 273 C.c.Q. ne répondrait pas à la question de l'effet de l'inaptitude factuelle du mandant sur le mandat²⁸. Selon lui, le premier alinéa de l'article 273 C.c.Q. est lié à l'existence d'une instance²⁹. Comme cet article fait partie de la section « De l'ouverture d'un régime de protection », le professeur Fabien croit qu'il doit être interprété de façon stricte³⁰. L'existence d'une instance serait donc « incontournable » pour que le mandat continue³¹. L'effet du mandat serait ainsi suspendu entre la survenance de l'inaptitude et la demande d'ouverture d'un régime de protection³². Il ajoute que si le mandat ne tombait pas automatiquement avec l'inaptitude *de facto*, la partie de l'article 273 C.c.Q. qui prévoit que le mandat continue à produire des effets pendant l'instance serait inutile. Il s'agirait donc d'une exception au principe général en vertu duquel le mandat prend fin avec l'inaptitude du mandant, exception où « le pragmatisme l'a emporté sur le souci de protection de l'inapte »³³.

Suivant soit une interprétation grammaticale du premier alinéa de l'article 273 C.c.Q., soit une interprétation plus téléologique fondée sur la portée précise et restreinte de la même disposition, on en arrive, encore une fois, à des conclusions divergentes. C'est aussi le cas lorsqu'il s'agit de l'article 2167.1 C.c.Q.

27. « Qui n'est pas interrompu dans le temps », *Le Petit Robert*, nouvelle édition, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2000, p. 512.

28. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 975 et 976.

29. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 971, 976 et 981.

30. Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881, n° 66, p. 932 ; Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 975.

31. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 975.

32. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 968.

33. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 975.

2.3 L'article 2167.1 C.c.Q.

L'article 2167.1 C.c.Q. a été ajouté au Code civil en 2002³⁴. Il prévoit :

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

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

C'est parce que les juristes s'interrogeaient sur « l'instance » à laquelle référerait l'article 273 C.c.Q. – ouverture d'un régime de protection exclusivement ou homologation d'un mandat en prévision d'inaptitude également³⁵ – que l'article 2167.1 C.c.Q. a été adopté. Comme le premier alinéa de l'article 273 C.c.Q., le second alinéa de l'article 2167.1 C.c.Q. dispose expressément que le mandat « continue » de produire ses effets malgré l'instance d'homologation du mandat en prévision d'inaptitude. Qu'il soit question de l'ouverture d'un régime de protection ou de l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude, le Code civil dispose maintenant que le mandat continue de produire ses effets malgré l'instance.

Ici encore, il est permis de soutenir que le mandat ordinaire n'a jamais pris fin puisqu'il « continue » de produire ses effets, comme il est possible d'avancer que la poursuite du mandat est conditionnée par l'existence d'une instance³⁶.

34. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 19.

35. François DUPIN, « État de la jurisprudence en matière de mandats en prévision de l'inaptitude », dans *Service de la formation permanente du Barreau du Québec, Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée ?*, vol. 146, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 1, p. 6 et 7 ; Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 955 et 976.

36. *Supra*, à propos de l'article 273 C.c.Q. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », [2007] 1 *C.P. du N.* 405, 406 ; Lucie LAFLAMME, « Variations sur des thèmes connus : le mandat en prévision de l'inaptitude et la procuration générale », [2002] 2 *C.P. du N.* 103, 112.

Les articles 273 et 2167.1 C.c.Q. confirment donc que le mandat continue de produire ses effets *pendant l'instance* en ouverture d'un régime de protection ou en homologation d'un mandat en prévision d'incapacité. Conséquemment, la question de l'effet de l'incapacité de fait du mandant sur le mandat pendant cette période précise est réglée. La même question demeure cependant quant à la période qui se situe entre la survenance de l'incapacité factuelle du mandant et le moment précédant l'instance³⁷.

2.4 L'article 2177 C.c.Q.

L'article 2177 C.c.Q. dispose :

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

Jusqu'à maintenant, les tribunaux ont interprété cette disposition comme si elle ne s'appliquait qu'au mandat en prévision d'incapacité et à son homologation³⁸. Conséquemment, cette jurisprudence n'infirme pas la thèse selon laquelle l'incapacité factuelle du mandant met fin au mandat.

Cependant, on constate que l'article 2177 C.c.Q. ne précise pas qu'il est exclusivement question de mandat en prévision d'incapacité. Au contraire, cet article se trouve dans la Section V « De la fin du mandat ». Si cette disposition est réservée au mandat en cas d'incapacité, pourquoi ne pas l'avoir inscrite dans la Section IV « Des règles particulières au mandat donné en prévision de l'incapacité du mandant »³⁹ ? Doit-on voir, dans l'article 2177 C.c.Q., une volonté

37. Mentionnons que la Cour supérieure a rendu une décision au sujet de l'article 2167.1 C.c.Q. où il était question d'une requête en révocation d'une procuration générale. La question de l'effet de l'incapacité factuelle du mandant sur le mandat avant l'instance n'a toutefois pas été discutée. Dans cette décision, le mandat a été maintenu pendant les procédures d'homologation du mandat en prévision d'incapacité, mais le tribunal a ordonné que la mandataire rende compte de sa gestion tous les deux mois, pour rendre son administration plus transparente et rassurer la famille. Voir *C.B. c. F.D.*, J.E. 2005-2174 (C.S.).

38. *B. et Québec (Curateur public)*, 2007 QCCS 1596 ; *D.S. c. A.D.*, J.E. 2006-2152, par. 46 (C.S.) ; *Québec (Curateur public) c. D.S.*, [2006] R.J.Q. 466 (C.A.) ; *R.S. c. J.B.*, J.E. 2000-674 (C.S.) (appel rejeté, C.A., n° 500-09-009326-000, 21 septembre 2000).

39. C'est le cas, par exemple, de l'article 2172 C.c.Q. qui traite de la révocation du mandat en prévision d'incapacité lorsque le mandant est redevenu apte.

du législateur de permettre la révocation du mandat ordinaire une fois le mandant devenu inapte ? En effet, si on tient pour acquis que le mandat se poursuit malgré l'inaptitude *de facto* du mandant, l'intervention du tribunal – prévue à l'article 2177 C.c.Q. – devient l'unique façon de révoquer le mandat, dans la mesure où le mandant n'a plus la capacité de le faire⁴⁰.

Bref, le texte même des dispositions législatives étudiées nous semble favoriser la thèse de la pérennité du mandat malgré l'inaptitude de fait du mandant. Comme la loi prévoit que « la capacité du majeur ne peut être limitée que par une disposition expresse de la loi ou par un jugement prononçant l'ouverture d'un régime de protection »⁴¹, seule l'ouverture d'un régime de protection ou l'homologation d'un mandat en prévision d'inaptitude mettrait fin au mandat⁴². Il faut cependant reconnaître que les articles de loi ne disposent pas spécifiquement de la question sous étude et qu'il devient pertinent d'aller au-delà de la seule lecture des textes pour l'interpréter.

3. LES TEXTES ET LEURS INTERPRÉTATIONS EN FONCTION DE LA FINALITÉ QUI LES SOUS-TEND

Comme l'explique le professeur Côté, la tâche de l'interprète ne se limite pas à rechercher le sens des textes de loi, elle consiste à établir le sens des règles⁴³. Étant donné que la loi n'apporte pas de réponse précise à la question de l'effet de l'inaptitude *de facto* du mandant sur le mandat, il faut vérifier si la finalité des normes ne nous fournit pas d'éléments de réponse, et ce, tant en matière de mandat ordinaire que de mandat de protection.

3.1 Le mandat ordinaire

Des auteurs ont expliqué qu'il est de l'essence du régime du mandat qu'il s'éteigne dès l'apparition de l'inaptitude factuelle du mandant puisque l'inaptitude « bouleverse radicalement l'économie du contrat de mandat »⁴⁴. Le mandat implique une série de droits et

40. Les autres cas où le mandat prend fin sont prévus à l'article 2175 C.c.Q.

41. Art. 154 C.c.Q.

42. Tel que prévu à l'article 2175 C.c.Q. *Supra*.

43. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 319.

44. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 986. Cette idée semble partagée par François DUPIN, (à suivre...)

d'obligations du mandant et du mandataire tout au long de son exécution. Notamment, le mandant doit surveiller la gestion du mandataire, demander des informations et des comptes⁴⁵. Il doit aussi pouvoir révoquer le mandat⁴⁶. L'aptitude serait donc une condition de la validité du contrat de mandat, tant lors de sa signature que tout au long de son exécution. Selon le professeur Fabien, le mandat ordinaire est « inadapté » et « dysfonctionnel » en cas d'incapacité du mandant⁴⁷. En l'absence de toute surveillance du mandataire, les risques d'abus sont réels⁴⁸.

La jurisprudence va aussi dans ce sens. Lorsque le mandant est incapable, le mandat en cas d'incapacité est considéré comme le seul instrument approprié pour permettre à un mandataire d'agir⁴⁹.

(...suite)

« Le praticien et la protection des incapables », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit familial*, vol. 67, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 53.

45. Dans une affaire où le mandataire avait la pleine administration des biens aux termes d'un mandat ordinaire, alors que la capacité factuelle du mandant était limitée, le juge Gosselin écrivait : « le degré d'autonomie de l'abbé A ne lui permet pas d'exercer un contrôle sur la gestion de son frère et de lui demander des comptes. Lorsque, comme en l'espèce, le mandataire désigné répugne à faire homologuer son mandat en cas d'incapacité, le Tribunal doit intervenir dans l'intérêt du majeur ». *Québec (Curateur public) et A.*, 2007 QCCS 2337, par. 60. Voir aussi Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n^o 704, p. 616 ; Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881, n^o 65, à la page 931 ; Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 956 et 972 ; Jean LAMBERT, « La genèse du mandat de protection et quelques autres considérations », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée ?*, vol. 146, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 83, p. 86.
46. Pierre BEAUDOIN et Claudette LACAILLE, « Interdiction et tutelle », [1988] 4 *C.P. du N.* 247 ; Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 956 ; Lucie LAFLAMME, « Variations sur des thèmes connus : le mandat en prévision de l'incapacité et la procuration générale », [2002] 2 *C.P. du N.* 103, 108, 109 et 111. Voir cependant les propos du professeur Comtois à ce sujet. Roger COMTOIS, « Deux aspects de la procuration : révocation pour cause d'incapacité ; irrévocabilité du mandat », (1984-85) 87 *R. du N.* 236.
47. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 968 et 989.
48. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 976 et 989.
49. *Droit de la famille – 2887*, [1998] R.D.F. 51 (C.S.), aux pages 9 et 10 de la décision ; *D.S. c. A.D.*, J.E. 2006-2152, par. 43-46 (C.S.).

Autrement, l'ouverture d'un régime de protection devient la solution opportune⁵⁰.

Par contre, on pourrait plutôt soutenir que le mandat est un contrat fondé sur un lien de confiance et qu'il est fréquent – en matière de mandat – que le mandant ne puisse pas surveiller le mandataire. Le pouvoir d'agir du mandataire au nom du mandant, même en son absence – par exemple, parce que celui-ci est empêché de gérer lui-même ses affaires en raison de son éloignement⁵¹ –, constitue d'ailleurs l'une des caractéristiques essentielles du mandat lui conférant une utilité certaine.

Pour ce qui est du fait que le mandat est révocable et que, conséquemment, il doit pouvoir être révoqué à tout moment par le mandant, il est possible de faire une analogie avec le testament. Comme le mandat, le testament est révocable en tout temps⁵². Si le testateur devient inapte, le testament ne peut toutefois plus être révoqué par le testateur, mais il continue néanmoins à valoir advenant son décès, et ce, même si plusieurs années se sont écoulées entre le moment de la survenance de l'inaptitude et celui du décès. Dans ce dernier cas, il est aisé d'imaginer que les volontés du testateur aient pu largement évoluer depuis la survenance de son inaptitude, mais il lui est alors impossible de modifier son testament.

À l'instar des textes de loi, la finalité et le régime général du mandat ne suffisent donc pas en soi à répondre entièrement à la question qui nous intéresse.

3.2 Le mandat en prévision d'inaptitude

La finalité du mandat de protection peut aussi servir de point d'appui pour répondre à la question de l'effet de l'inaptitude factuelle du mandant sur le mandat. C'est l'article 2166 C.c.Q. qui prévoit qu'une personne peut donner le pouvoir de la représenter à une autre personne, advenant la survenance de son inaptitude :

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

50. *A.L. (Succession d')*, J.E. 2006-958, par. 45 (C.S.).

51. C'est aussi le cas si une personne a désigné un mandataire pour administrer ses biens pendant son « absence », au sens juridique du terme. Art. 86 C.c.Q.

52. Art. 704 et 706 C.c.Q.

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

Depuis 1989, le mandat en prévision d'inaptitude a précisément pour but de permettre à une personne de déterminer qui prendra soin d'elle et qui administrera ses biens advenant son inaptitude. Toutefois, on peut se demander si le régime du mandat de protection constitue une façon alternative de faire durer un mandat au-delà de l'inaptitude ou s'il s'agit de l'unique façon de faire un mandat valable malgré l'inaptitude du mandant. En légiférant relativement au mandat de protection, le législateur a-t-il désavoué la voie du prolongement des effets du mandat ordinaire⁵³ ou a-t-il offert la possibilité à ceux et celles qui n'ont pas de procuration générale – la plupart des gens – de rédiger un mandat particulier dans lequel ils peuvent choisir un mandataire advenant leur inaptitude ? Les dispositions en matière de mandat en prévision d'inaptitude étant d'ordre public, constituent-elles la seule façon de prévoir la représentation d'une personne inapte⁵⁴ ?

Dans un souci de protection du mandant devenu inapte, nous sommes tentée de répondre par l'affirmative. En effet, si on a vu que les arguments de texte au soutien de la thèse de l'extinction du mandat ordinaire advenant l'inaptitude de fait du mandant sont peu nombreux, les arguments relatifs à l'objectif de protection de la personne inapte sont, selon nous, beaucoup plus convaincants. Nul ne conteste le fait qu'une personne inapte a besoin de protection et que dès lors qu'il n'y a personne pour surveiller le mandataire, apparaissent des possibilités d'abus et d'exploitation⁵⁵. Le mandat de

53. C'est l'opinion du professeur Fabien. Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 970 ; Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881, n^{os} 65 et 66, aux pages 931-933.

54. Le professeur Fabien explique qu'il doit y avoir une volonté expresse du mandant de voir son mandat continuer après son inaptitude. En l'absence d'une telle volonté, le mandat s'éteint avec l'inaptitude. Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881, n^o 66, à la page 932 ; Claude FABIEN, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection », (2001) 80 *R. du B. can.* 951, 970.

55. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », [2007] 1 *C.P. du N.* 405, 433 ; Claude FABIEN, « Le (à suivre...)

protection, notamment en raison du fait que son exécution est subordonnée à une homologation par le tribunal, est le mécanisme le mieux adapté pour assurer la protection du mandant devenu inapte⁵⁶.

Le mandat de protection peut, par ailleurs, prévoir des mesures de surveillance et de contrôle du mandataire qui visent à pallier le fait que le mandant ne peut plus surveiller le mandataire⁵⁷. Le mandant est alors effectivement mieux protégé aux termes du mandat en prévision de son inaptitude que du mandat ordinaire, et ce, même si le mandataire désigné dans les deux cas est une seule et même personne⁵⁸.

CONCLUSION

En somme, nous partageons l'opinion du professeur Fabien lorsqu'il écrit que le passage du mandat ordinaire au mandat de pro-

(...suite)

nouveau droit du mandat », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881, n° 66, à la page 933.

56. On doit cependant reconnaître que l'inapte n'est pas toujours mieux protégé en vertu d'un mandat de protection que d'un mandat ordinaire. Tout d'abord, il n'est pas rare que le mandant ait désigné le même mandataire aux termes d'un mandat et d'un mandat en prévision d'inaptitude. Ensuite, il est fréquent que les mandats en prévision d'inaptitude ne prévoient aucun mécanisme de surveillance du mandataire. De surcroît, les mesures de surveillance du représentant de l'inapte ne s'appliquent pas au mandataire nommé dans un mandat en prévision d'inaptitude et la Cour d'appel a confirmé que les tribunaux ne peuvent pas ajouter au mandat, même au nom de la protection de la personne inapte (*Québec (Curateur public) c. D.S.*, [2006] R.J.Q. 466 (C.A.)). Outre l'absence d'une indication claire du législateur quant à l'effet de l'inaptitude factuelle du mandant sur le mandat, nous constatons donc un autre problème dans l'absence de toute mesure de surveillance obligatoire du mandataire advenant l'inaptitude du mandant.
57. Voir, par exemple, les modèles de mandat en prévision d'inaptitude proposés par la Chambre des notaires du Québec et par le Curateur public : CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mandat de protection (Mandat donné en prévision de l'inaptitude)*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Mandat », Formulaire – Document 2, Montréal, 2007 ; CURATEUR PUBLIC, *Mon mandat en cas d'inaptitude*, coll. « Justice à votre portée », Québec, Publications du Québec, 2007.
58. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », [2007] 1 *C.P. du N.* 405, 437 ; Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 881, n° 65, à la page 931.

tection constitue un « trou noir », « un problème auquel le législateur n'avait pas pensé »⁵⁹. C'est d'ailleurs ce qui nous a incitée à dégager les différentes pistes d'interprétation possibles relativement à cette question.

Le besoin de protection du mandant devenu inapte est suffisamment sérieux pour nous amener à conclure qu'il doit y avoir ouverture d'un régime de protection ou homologation d'un mandat en prévision d'inaptitude, en cas de perte de capacité du mandant. Le mandataire qui continuerait à agir malgré l'inaptitude notoire du mandant dépasserait, selon nous, les limites de son mandat⁶⁰.

Par contre, nous ne croyons pas qu'il en résulte que les tiers de bonne foi – incluant le notaire – soient tenus de vérifier la capacité factuelle du mandant lorsqu'ils transigent avec le mandataire, notamment parce que la loi prévoit que la capacité est la règle, l'incapacité l'exception⁶¹. Les tiers devraient cependant s'abstenir de transiger avec le mandataire lorsque l'inaptitude du mandant a été reconnue judiciairement à la suite de l'ouverture d'un régime de protection ou de l'homologation d'un mandat en prévision d'inaptitude, ou encore lorsque l'inaptitude factuelle du mandant est notoire⁶². En cas de doute sur la capacité du mandant, les tiers – et le notaire – devraient faire preuve de prudence et s'abstenir de transiger avec le mandataire ou, à tout le moins, poser des questions⁶³.

À moins d'une intervention législative, ce sont les tribunaux qui auront, ultimement, à donner un sens aux règles et à déterminer les conséquences liées à la survenance de l'inaptitude *de facto* du mandant sur le mandat. Ils le feront en optant soit pour une inter-

59. Claude FABIEN, « Le mandat de protection en cas d'inaptitude du mandant : une institution à parfaire », [2007] 1 *C.P. du N.* 405, 433.

60. Art. 2157 et 2158 C.c.Q.

61. Art. 1, 4 et 154 C.c.Q. Rappelons également, tel que l'a déjà mentionné le professeur Comtois, que l'article 1362 C.c.Q. prévoit que : « Les obligations contractées envers les tiers de bonne foi par l'administrateur, dans l'ignorance du terme de son administration, sont valides et obligent le bénéficiaire ou le patrimoine fiduciaire ; il en est de même des obligations contractées après la fin de l'administration qui en sont la suite nécessaire ou sont requises pour prévenir une perte. [...] », Roger COMTOIS, « Deux aspects de la procuration : révocation pour cause d'incapacité ; l'irrévocabilité du mandat », (1984-85) 87 *R. du N.* 236.

62. Sauf dans les cas précis prévus aux articles 273 et 2167.1 C.c.Q. *Supra*.

63. Par exemple, lorsque le mandat a été conclu plusieurs années auparavant ou lorsqu'il s'agit d'un mandat sous seing privé.

prétation qui se rapproche davantage du libellé des textes de loi, soit pour une interprétation qui s'appuie surtout sur un objectif de protection accrue des personnes inaptes⁶⁴. C'est, jusqu'à présent, cette seconde voie que les tribunaux ont empruntée.

64. Est-il besoin de rappeler que : « Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » ? *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 41.2.