

L'encadrement des procurations accordées par les personnes âgées au Québec : une appréciation critique

Marie-Josée Normand-Heisler

Volume 46, numéro hors-série, 2016

La protection juridique des personnes âgées contre l'exploitation financière

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1036166ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1036166ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Normand-Heisler, M.-J. (2016). L'encadrement des procurations accordées par les personnes âgées au Québec : une appréciation critique. *Revue générale de droit*, 46, 341–396. <https://doi.org/10.7202/1036166ar>

Résumé de l'article

Les personnes âgées qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité donnent souvent une procuration à un proche, habituellement un gestionnaire néophyte, pour obtenir une assistance dans la gestion de leurs affaires. Au Québec, les procurations sont régies par les règles du *Code civil du Québec* relatives au mandat et à l'administration du bien d'autrui. Dans cette recherche, nous analysons les décisions des tribunaux de droit commun rendues en matière civile sur une période de 15 ans, afin de mettre en relief l'inadéquation de ce corpus législatif comme instrument de prévention des manquements de la part des mandataires appelés à gérer le patrimoine d'une personne âgée. En guise de comparaison, notre étude rend compte des efforts déployés aux États-Unis pour proposer un cadre législatif en vue de mieux répondre aux besoins de protection des personnes âgées vulnérables dans le contexte spécifique de notre recherche.

L'encadrement des procurations accordées par les personnes âgées au Québec : une appréciation critique

MARIE-JOSÉE NORMAND-HEISLER*

RÉSUMÉ

Les personnes âgées qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité donnent souvent une procuration à un proche, habituellement un gestionnaire néophyte, pour obtenir une assistance dans la gestion de leurs affaires. Au Québec, les procurations sont régies par les règles du Code civil du Québec relatives au mandat et à l'administration du bien d'autrui. Dans cette recherche, nous analysons les décisions des tribunaux de droit commun rendues en matière civile sur une période de 15 ans, afin de mettre en relief l'inadéquation de ce corpus législatif comme instrument de prévention des manquements de la part des mandataires appelés à gérer le patrimoine d'une personne âgée. En guise de comparaison, notre étude rend compte des efforts déployés aux États-Unis pour proposer un cadre législatif en vue de mieux répondre aux besoins de protection des personnes âgées vulnérables dans le contexte spécifique de notre recherche.

MOTS-CLÉS :

Personnes âgées, procuration, mandat, administration du bien d'autrui, exploitation, vulnérabilité.

ABSTRACT

Seniors in a position of vulnerability often give a close family member, usually someone with no experience, a power of attorney to help them manage their affairs. In Québec, powers of attorney are governed by the rules in the Civil Code of Québec dealing with mandates and the administration of the property of others. This research focuses on the decisions rendered by the lower courts in civil cases over a period of

* LL B, LL M, avocate, membre du Barreau du Québec. Cette étude a été réalisée dans le cadre d'un mandat à titre de professionnelle de recherche au sein de la Chaire de recherche Antoine-Turmel sur la protection juridique des âgés. L'auteure remercie sincèrement la professeure Raymonde Crête, qui a accepté de lire et de commenter cette étude.

15 years, highlighting the inability of the current legislation to prevent mismanagement by mandataries given power over the property of the elderly. For comparison purposes, the study then examines proposals made in the United States for a legislative framework that will respond more effectively to vulnerable seniors' need for protection, in the specific areas covered by our research.

KEY-WORDS:

Seniors, power of attorney, mandate, administration of the property of others, exploitation, vulnerability.

SOMMAIRE

Introduction.....	343
I. Cadre juridique québécois et manquements du mandataire	348
A. Rappel des dispositions législatives québécoises pertinentes ...	348
B. Manquements du mandataire ayant donné ouverture à des recours judiciaires.....	357
1. Caractéristiques des mandants et des demandeurs dans les procédures judiciaires.....	357
a. Aptitude et vulnérabilité des mandants.....	357
b. Qualité du demandeur.....	360
2. Caractéristiques des mandataires	361
3. Manquements.....	363
a. Appropriation de fonds ou utilisation de biens à des fins personnelles.....	363
b. Administration déficiente	366
c. Signature ou utilisation de la procuration alors que le mandant est inapte	372
d. Conflits d'intérêts	374
e. Non-respect des stipulations du mandat ou des volontés du mandant	376
4. Commentaires sur le rôle des employés des institutions financières et des intervenants sociaux.....	377
C. Sommaire des constats	378
II. Modèle de législation spécifique adoptée aux États-Unis, envisagé comme piste de solution au Québec.....	381
A. Commentaires généraux sur les procurations permanentes aux États-Unis	382
B. Les problèmes liés à l'utilisation de procurations accordées par des mandants âgés	385
C. Modèle de législation comme source d'inspiration.....	387
1. Commentaires généraux.....	388
2. Conditions de forme et définition du mandat.....	388

3.	Obligations du mandataire.....	391
4.	Rôle des tiers et protection du mandataire.....	391
D.	Pistes de solution pour le Québec.....	392
	Conclusion.....	393
	Annexe 1.....	395
	Annexe 2.....	395

INTRODUCTION

À un certain stade de sa vie, la personne aînée choisit (ou est tenue dans certains cas) de faire appel à un proche pour gérer une partie ou l'ensemble de ses affaires. De façon générale, un conseiller financier professionnel continue de gérer les placements de la personne aînée, alors que pour ses opérations plus courantes, celle-ci sollicite l'aide d'un proche. Ce dernier devient en quelque sorte un gestionnaire des opérations financières courantes de la personne aînée. Les pouvoirs conférés à ce « gestionnaire de confiance particulier » sont plus ou moins étendus selon le degré d'autonomie de la personne aînée.

Au Québec, divers mécanismes formels et informels sont utilisés pour obtenir l'aide de ce « gestionnaire de confiance particulier ». Comme mécanisme informel, prenons l'exemple de la personne aînée qui communique son numéro de carte de débit à une personne de confiance afin de permettre à cette dernière d'effectuer certaines transactions en son nom. De même, la personne aînée peut, en vue de payer ses factures, transférer des fonds dans le compte de la personne désignée, qui le fera à sa place. L'ouverture d'un compte conjoint dans une institution financière est l'un des mécanismes informels souvent préconisés par les institutions financières québécoises.

Enfin, l'aîné peut formaliser la relation avec la personne de confiance en accordant une procuration qui donne accès à ses comptes bancaires ou qui vise l'administration d'une partie ou de l'ensemble de son patrimoine. La procuration est un contrat par lequel une personne en désigne une autre pour la représenter et agir en son nom dans l'accomplissement d'un acte juridique avec une tierce personne¹. La personne qui donne la procuration est le « mandant » et celle qui l'accepte, le « mandataire ». Cette procuration est dite « générale » si elle confère au

1. Art 2130 CcQ.

mandataire la gestion de l'ensemble du patrimoine de l'aîné, et « spéciale » si elle ne vise qu'une transaction, la vente d'une voiture ou le paiement des loyers, par exemple². La procuration peut également être rédigée au moyen du modèle type fourni par une institution financière, auquel cas elle est qualifiée de « procuration bancaire ».

Comme le mandat est en principe exercé à titre gratuit, cette forme d'assistance a l'avantage d'être accessible à tous les aînés, indépendamment de leurs revenus. Le mandant peut désigner la personne de son choix. Le droit québécois n'assujettit l'exercice de la fonction de mandataire à aucune condition de formation ou d'expérience. La société québécoise compte donc sur les proches pour aider les personnes vieillissantes à gérer leur patrimoine.

L'utilisation de procurations par des personnes âgées pour s'adjoindre l'aide d'un proche pour la gestion de leur patrimoine n'est pas sans risques, le plus important de ceux-ci étant sans contredit celui inhérent à la mise en place de toute forme de mandat. Comme le rappellent plusieurs auteurs, ce contrat est basé avant tout sur la confiance³. Le mandant se place en quelque sorte dans une situation de vulnérabilité et de dépendance en confiant une affaire particulière ou la gestion d'une partie ou de l'ensemble de son patrimoine à un tiers, présumant qu'il agira dans son intérêt. Le mandataire peut abuser de sa position en agissant de façon à favoriser ses intérêts et non ceux du mandant.

Le deuxième facteur de risque tient aux caractéristiques du mandant aîné comme tel. Les risques de vulnérabilité s'accroissent avec l'âge en raison, notamment, d'une faiblesse, d'une maladie, d'une déficience physique, psychologique ou intellectuelle ou de l'isolement

2. Art 2135 CcQ.

3. La place fondamentale qu'occupe la confiance dans le contrat de mandat a été consacrée en jurisprudence, notamment dans l'arrêt *Laflamme c Prudential Bach Commodities Canada Ltd*, 2000 CSC 26, [2000] 1 RCS 638. Pour une étude approfondie de la place de la confiance dans la relation contractuelle entre le mandant et le mandataire, voir notamment Raymonde Crête, Marc Lacoursière et Cinthia Duclos, « La rationalité du particularisme juridique des rapports de confiance dans les services de placement » dans Raymonde Crête et al, dir, *Courtiers et conseillers financiers — Encadrement des services de placement*, vol 1, coll « CÉDÉ », Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011, 229; Mario Naccarato, « La juridicité de la confiance dans le contexte des services de conseils financiers et de gestion de portefeuille » dans Crête et al, *ibid*, 173; Claude Fabien, « Le nouveau droit du mandat » dans *La réforme du Code civil — Obligations, contrats nommés*, t 2, Sainte-Foy (Qc), Presses de l'Université Laval, 1993, 881 à la p 923; Denys-Claude Lamontagne et Bernard Larochelle, *Droit spécialisé des contrats. Les principaux contrats : la vente, le louage, la société et le mandat*, vol 1, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000 aux para 978 et 982.

social⁴. Plus encore, les risques que la situation à l'origine de la vulnérabilité évolue durant la période de validité de la procuration sont élevés. Pensons à la maladie d'Alzheimer, qui s'installe graduellement.

Le troisième facteur de risque a trait à la façon dont la procuration est rédigée. Si le mandat accordé est étendu, notamment quant à l'administration générale du patrimoine, la procuration peut rapidement devenir un chèque en blanc⁵ ou, comme certains auteurs américains la qualifient, une *license to steal*⁶.

Enfin, le dernier facteur de risque est lié aux caractéristiques du mandataire comme tel. Un proche devient gestionnaire d'une partie ou de l'ensemble du patrimoine du simple fait de son lien familial ou de proximité avec la personne aînée. L'incompétence ou la mauvaise compréhension du rôle de mandataire est un autre élément susceptible de mettre en péril le patrimoine du mandant. Si la société québécoise souhaite que les proches assistent les aînés dans la gestion de leur patrimoine, elle doit s'assurer que ces derniers sont en mesure de s'appuyer sur des règles juridiques claires, appliquées avec rigueur par les tribunaux. Et surtout, le mandataire doit avoir une bonne connaissance de ces règles juridiques, lesquelles constituent des guides pour celui-ci. Sans une bonne compréhension de ces règles, le mandant est vulnérable aux abus de la part de son mandataire et le mandataire s'expose à des poursuites judiciaires.

Au Québec, les procurations accordées par les personnes aînées pour obtenir de l'assistance dans la gestion de leurs affaires ne sont soumises à aucun cadre juridique particulier. Elles sont assujetties aux règles relatives au mandat prévues aux articles 2130 et suivants du *Code civil du Québec* et, dans la mesure où le mandataire gère les biens du mandant,

4. Pour une revue des facteurs de vulnérabilité et leur accroissement avec l'âge, voir Marie Beaulieu, Roxane Lebœuf et Raymonde Crête, « La maltraitance matérielle ou financière des personnes aînées — un état des connaissances » dans Raymonde Crête, Ivan Tchotourian et Marie Beaulieu, dir, *L'exploitation financière des personnes aînées : prévention, résolution et sanction*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 3 aux pp 37–38; Marie-Hélène Dufour, « Définitions et manifestations du phénomène d'exploitation financière des personnes âgées » (2014) 44:2 RGD 235 aux pp 244–46.

5. Michel Beauchamp, « La procuration: utile mais... dangereuse? », en ligne: Chaire du notariat <www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/112005/michelbeauchamp2005.pdf>.

6. Voir notamment Mirry M Hwang, « Durable Powers of Attorney: Financial Planning Tool or License to Steal? » (1996) 15:2 *Journal of Long-Term Health* 13; Hans A Lapping, « License to Steal, Implied Gift-Giving Authority and Powers of Attorney » (1996) 4 *Elder LJ* 143; Lisa Nerenberg, « Forgotten Victims of Financial Crime and Abuse: Facing the Challenge » (2000) 12:2 *Journal of Elder Abuse & Neglect* 49 à la p 61.

à celles relatives à l'administration du bien d'autrui (arts 1299 et s CcQ). Ces dispositions s'appliquent à une multitude de relations. Les procurations accordées par les aînés sont régies par les mêmes règles que celles de tout autre type de procuration, sans égard aux caractéristiques propres à ces mandants.

Il convient de souligner également que les personnes âgées vulnérables jouissent d'une protection certaine depuis l'adoption en 1975 de la *Charte des droits et libertés de la personne* et, plus particulièrement, de son article 48 (ci-après article 48 de la *Charte québécoise*) qui se lit comme suit :

Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation. Telle personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu⁷.

Cette disposition est pertinente aux fins de notre étude puisqu'elle constitue également une des mesures juridiques de protection contre les abus du mandataire.

Les objectifs de la présente étude sont : i) de mieux connaître la réalité liée à l'utilisation des procurations par des personnes âgées; ii) de répertorier les risques de manquements de la part du mandataire; iii) d'analyser et d'évaluer de manière critique le cadre juridique applicable aux procurations afin de déterminer si celui-ci peut contribuer à minimiser les risques répertoriés ci-dessus; et iv) à la lumière des faiblesses décelées dans l'encadrement juridique, le cas échéant, de proposer des pistes de solution.

Après un bref rappel du cadre juridique (I.A), nous analyserons les actes reprochés aux mandataires et qui donnent ouverture à des recours judiciaires (I.B) afin de répertorier les lacunes de ce cadre juridique, le cas échéant (I.C). En guise de comparaison, nous jetterons un regard sur le cadre juridique applicable aux États-Unis (II.A et II.B). Ce pays se démarque par son avancée remarquable depuis plusieurs décennies déjà en ce qui a trait à la protection des personnes âgées. Nous nous inspirerons notamment de la loi applicable dans l'État de New York (II.C) afin de dégager des pistes de solution pour le Québec (II.D).

7. Nous verrons toutefois dans notre étude que cette disposition n'est pas en soi suffisante pour combler toutes les lacunes du *Code civil du Québec* quant à la gestion des risques liés à la mise en place d'une procuration par un mandant aîné.

Quelques précisions sur la méthodologie employée s'imposent. En vue de mieux connaître les manquements du titulaire d'une procuration donnée par une personne âgée, nous avons recensé et analysé les décisions judiciaires en matière civile, rendues par les tribunaux de droit commun, ainsi que par le Tribunal des droits de la personne du Québec (TDP) pour la période de 1997 à 2015. Nous avons répertorié 31 décisions. Pour la préparation des parties II.A et II.B portant sur le cadre juridique des procurations aux États-Unis, nous avons consulté les articles de doctrine qui font une synthèse de l'évolution des procurations et des manquements y afférant aux États-Unis.

Précisons quelques limites de notre étude. En principe, la procuration cesse d'être valide lorsque la personne qui l'a donnée devient inapte. Si un mandat de protection (plus couramment connu sous l'expression « mandat en cas d'inaptitude ») a été signé, ce dernier est homologué par le tribunal et le mandataire désigné s'occupe de la personne et des biens du mandant. Les dispositions relatives au mandat de protection⁸ prévoient certains mécanismes de protection, notamment contre les abus du mandataire. Les facteurs de risque liés à la mise en place d'une procuration et ceux liés à l'octroi d'un mandat de protection ne sont donc pas les mêmes. Des critères d'analyse différents doivent donc s'appliquer; pour cette raison, le mandat de protection n'est pas couvert par notre étude.

De façon similaire, la présente étude ne couvre pas les procurations accordées à des mandataires professionnels⁹. Pensons aux courtiers immobiliers, aux gestionnaires de copropriétés ou à l'avocat qui représente le client devant les tribunaux. Ces mandats de type professionnel sont habituellement encadrés par des règles légales et déontologiques particulières. Ces règles supplétives offrent ainsi des mécanismes de contrôle en vue de prévenir les manquements de la part du détenteur de la procuration. L'analyse des mandats professionnels doit également se faire selon des critères d'analyse qui diffèrent de ceux utilisés pour évaluer les règles juridiques relatives aux procurations accordées par des personnes aînées à des non-professionnels.

8. Voir arts 2166 et s CcQ.

9. Concernant l'encadrement normatif entourant la conclusion de mandats professionnels de gestion de patrimoine, voir le rapport du Groupe de travail visant à réduire la vulnérabilité des personnes ayant recours à une assistance dans la gestion de leurs biens, 21 janvier 2011 [Groupe de travail de l'AMF]: en ligne: <www.lautorite.qc.ca/files/pdf/publications/autorite/rapport_groupe-travail-vulnerabilite.pdf>.

I. CADRE JURIDIQUE QUÉBÉCOIS ET MANQUEMENTS DU MANDATAIRE

Dans cette partie, nous tenterons de déterminer si le cadre juridique québécois applicable aux procurations accordées par les personnes âgées peut contribuer à minimiser les risques liés aux manquements des mandataires. Après un bref rappel des dispositions législatives pertinentes (I.A), nous verrons comment se manifestent les actes reprochés au mandataire dans les décisions répertoriées (I.B), pour ensuite recenser les lacunes du cadre juridique québécois (I.C).

A. Rappel des dispositions législatives québécoises pertinentes

Au Québec, la procuration donnée par une personne physique à un non-professionnel afin d'obtenir une assistance dans la gestion de ses affaires n'est pas assujettie à un régime juridique particulier. Ce type de procuration, au même titre que toute autre, est régi par les règles relatives au mandat prévues aux articles 2130 à 2185 CcQ. L'article 2130 CcQ se lit comme suit :

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.

Ce pouvoir et, le cas échéant, l'écrit qui le constate, s'appellent aussi procuration¹⁰.

Trois éléments ressortent donc de cette définition¹¹. Tout d'abord, le contrat de mandat doit comporter : i) un acte de représentation; ii) un acte juridique; et iii) l'acceptation du mandat par le mandataire. Le mandataire n'agit donc pas en son nom propre, mais au nom du mandant. Cette approche diffère de celle qui existait dans le *Code civil*

10. L'article 2130 CcQ ne semble pas faire de différence entre le mandat et la procuration. Aux fins de cet article, nous utilisons ces deux termes comme synonymes en nous fondant notamment sur l'interprétation retenue par Fabien, *supra* note 3 à la p 887 : « Selon l'usage courant, le terme "procurator" est employé comme synonyme de "contrat de mandat" tantôt pour désigner l'écrit instrumentaire qui constate le mandat ».

11. Voir notamment : Madeleine Cantin Cumyn et Michelle Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 et Audrey Létourneau, *Le contrat de service, le mandat et le régime de l'administration des biens d'autrui : similitudes, différences et incidences dans le contexte des services d'investissement*, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 2013.

du Bas Canada, en vertu duquel il pouvait y avoir mandat même sans représentation¹².

Les dispositions du *Code civil du Québec* relatives au mandat s'appliquent à une multitude de relations impliquant des personnes physiques ou des professionnels. Ainsi, le gestionnaire de copropriétés, le courtier immobilier ou l'avocat qui représente son client devant les tribunaux sont tous des mandataires au sens des articles 2130 et suivants du *Code civil du Québec*¹³. La procuration est également utilisée pour donner à un tiers le droit de voter à sa place dans le cadre d'assemblées d'actionnaires, de copropriétaires ou autres.

L'article 2135 CcQ précise que la procuration peut être « spéciale », auquel cas elle est donnée pour une affaire particulière telle que la vente d'une voiture, la perception de loyers ou la communication avec les autorités gouvernementales. La procuration est dite « générale » si elle vise la gestion de l'ensemble des affaires du mandant¹⁴. Finalement, si elle est rédigée à l'aide d'un formulaire fourni par une institution bancaire, la procuration est désignée, de façon courante, comme une « procuration bancaire ». Il convient néanmoins de souligner que la législation bancaire ne régleme pas les procurations bancaires comme telles. Ces dernières sont donc soumises aux mêmes dispositions générales du droit commun québécois que celles relatives à la procuration spéciale ou à la procuration générale.

Le contrat de mandat se caractérise par une relation *intuitu personæ* fondée sur la confiance¹⁵. Selon le profil des parties contractantes, la nature et l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire, le mandant peut être placé dans une situation de dépendance et de vulnérabilité par rapport au mandataire, lequel peut abuser de la confiance du mandant pour s'avantager personnellement au détriment des intérêts de celui-ci¹⁶. Comme nous le verrons dans la partie I.B(3)(d), le risque

12. Comme l'écrivent les professeurs Madeleine Cantin Cumyn et Michelle Cumyn, en lien avec les dispositions relatives au mandat du *Code civil du Bas Canada*: « la pratique, la jurisprudence, voire le législateur, ici comme en France, font appel au mandat pour qualifier divers rapports juridiques, même s'ils sont étrangers à la représentation conventionnelle ». Cantin Cumyn et Cumyn, *supra* note 11 au para 25. Voir également Létourneau, *supra* note 11.

13. Il convient de noter que la plupart des mandataires dits « professionnels » sont assujettis à des normes déontologiques, pratiques ou éthiques qui viennent suppléer les règles relatives au mandat ou à l'administration du bien d'autrui, prévues dans le *Code civil du Québec*.

14. Art 2135 CcQ.

15. *Supra* note 3. Voir également Cantin Cumyn et Cumyn, *supra* note 11.

16. *Supra* note 3.

d'abus ou d'inconduite est particulièrement élevé lorsque le proche qui gère le patrimoine de l'aîné croit ou sait qu'il héritera du patrimoine du mandant à son décès.

Dans un contrat de mandat, on présume que le mandant peut surveiller le mandataire et qu'il est apte à confirmer, à modifier ou à révoquer le mandat au besoin. À titre d'exemple, si le mandataire agit contrairement aux stipulations du mandat ou contrevient à ses obligations, le mandant peut intenter une action en vue de révoquer la procuration¹⁷. À ce titre, il convient de noter que, dans les dispositions relatives au mandat ou à l'administration du bien d'autrui, aucun rôle n'est attribué aux tiers qui sont témoins d'abus par le titulaire de la procuration¹⁸. Le mandant est présumé être son propre garde-fou.

Quant à sa forme, la procuration peut être écrite ou verbale¹⁹. Outre certaines exceptions²⁰, le *Code civil du Québec* ne prévoit aucune règle de forme comme condition de validité du mandat. Nul besoin donc de signer devant des témoins ou un notaire. Soulignons toutefois qu'il est de pratique courante au Québec d'utiliser les services d'un notaire pour établir une procuration. La procuration est rédigée de façon concomitante au mandat de protection et au testament, de manière à planifier la gestion du patrimoine en cas d'inaptitude ou de décès. La procuration par acte notarié, bien que n'étant pas requise par la loi, facilite son acceptation par les tiers. Plusieurs institutions financières, notamment, exigent que la procuration soit rédigée par un notaire si leurs propres formulaires ne sont pas utilisés²¹. À titre d'exemple, dans la décision *Martin c Laliberté*²², on peut lire ce qui suit :

Huguette a de la difficulté à percevoir les loyers : les locataires questionnent [*sic*] l'authenticité et la fiabilité de cette procuration. Elle en parle à son père qui lui dit de communiquer avec son notaire, M^e Laliberté, pour la préparation et la signature de la procuration notariée.

17. Art 2175 CcQ.

18. Comme nous le verrons dans la partie II, dans la plupart des États américains, les tiers, témoins d'abus envers les aînés, peuvent refuser d'honorer la procuration et faire un signalement aux autorités compétentes.

19. Art 2130 CcQ.

20. À titre d'exemple, selon l'article 2166 CcQ, le mandat de protection doit être fait par acte notarié ou devant témoins.

21. À titre d'exemple, toutes les succursales des caisses populaires du Québec exigent que la procuration soit notariée ou, sinon, qu'elle soit rédigée par un employé de la succursale à l'aide de leur formulaire type et en présence de la personne à qui la procuration est donnée.

22. 2004 CanLII 41412 au para 46 (QC CS).

Le mandat peut être exprès ou tacite s'il s'induit des actes et du silence du mandataire²³. Finalement, le mandant peut choisir de rémunérer son mandataire. S'il est conclu entre deux personnes physiques, le mandat est présumé à titre gratuit et la rémunération doit être confirmée aux termes du mandat²⁴.

Les dispositions relatives au mandat soumettent le mandataire à des obligations rigoureuses qui tiennent compte de la nature particulière de ce type de relation contractuelle, fondé sur la confiance du mandant²⁵. Comme il agit pour une personne qui est présumée lui accorder sa confiance, le mandataire est tenu d'agir avec prudence, diligence, honnêteté et loyauté, et surtout dans l'intérêt supérieur du mandant. Le mandataire doit éviter de se placer en conflit d'intérêts²⁶ ou d'utiliser à son profit l'information ou le bien qu'il est chargé d'administrer, à moins que le mandant n'y consente²⁷. Le mandataire doit tenir le mandant informé de l'exécution de son mandat²⁸ et procéder à une reddition de comptes à la fin de celui-ci²⁹.

Si la procuration confère au mandataire des pouvoirs d'administration des biens du mandant, les articles 1299 à 1370 CcQ s'appliquent de façon supplétive aux dispositions relatives au mandat³⁰. Les articles 1301 et 1306 CcQ prévoient deux types d'administration³¹ : i) la « simple administration », selon laquelle l'administrateur est tenu uniquement à la conservation du bien³²; ii) la « pleine administration », selon laquelle l'administrateur est tenu d'accroître le patrimoine³³.

23. Art 2132 CcQ.

24. Art 2133 CcQ.

25. *Supra* note 3.

26. Art 2138 CcQ.

27. Art 2146 CcQ.

28. Art 2139 CcQ.

29. Art 2184 CcQ.

30. Sur le caractère supplétif des dispositions relatives à l'administration du bien d'autrui, voir Fabien, *supra* note 3 à la p 890; Cantin Cumyn et Cumyn, *supra* note 11 au para 25. Voir également Létourneau, *supra* note 11.

31. Il convient de noter que, dans toutes les décisions répertoriées autres que *LA et BS*, 2006 QCCS 1683, aucune nuance n'est faite entre les procurations de simple administration et celles de pleine administration. La procuration est désignée comme « générale » lorsqu'elle vise l'administration de l'ensemble des biens du mandant sans qu'aucune autre nuance soit apportée.

32. Arts 1301–05 CcQ.

33. Art 1306 CcQ.

Les obligations de l'administrateur du bien d'autrui sont similaires à celles imposées au mandataire. L'article 1308 CcQ précise que l'administrateur doit respecter les obligations que la loi et l'acte constitutif (en d'autres mots, le mandat) lui imposent. Comme il gère le bien d'autrui, le mandataire doit agir avec prudence et diligence, honnêteté et loyauté³⁴, privilégier les intérêts du mandant et éviter d'agir dans son propre intérêt ou dans celui des tiers³⁵. Le mandataire ne peut utiliser à son profit les biens qu'il administre ou l'information qu'il obtient³⁶ et, surtout, éviter de céder à titre gratuit des biens qui lui sont confiés, sauf si ceux-ci sont de peu de valeur³⁷.

À la différence des règles imposées au mandataire, qui n'est tenu de rendre compte qu'à la fin du mandat³⁸, l'administrateur du bien d'autrui doit rendre compte de son administration au bénéficiaire une fois l'an, au moyen d'un compte suffisamment détaillé pour pouvoir vérifier son exactitude³⁹. L'administrateur doit également permettre à tout moment au bénéficiaire d'examiner les livres et pièces justificatives⁴⁰. À la fin de son administration, l'administrateur, à l'instar du mandataire, doit rendre compte de l'exactitude de son administration et permettre la consultation des livres et autres pièces justificatives⁴¹.

Il est important de souligner que pour accorder une procuration, le mandant doit être capable et apte à consentir⁴². En droit québécois, toute personne majeure est présumée capable et apte à consentir⁴³. Les tribunaux ont également rappelé, à maintes reprises, que le grand

34. Art 1309 CcQ.

35. Art 1310 CcQ.

36. Art 1314 CcQ.

37. Art 1315 CcQ. Comme nous le verrons dans la partie I.B(3)(a), les tribunaux ne se réfèrent jamais à ces articles pour se prononcer sur les donations effectuées par le mandataire en sa faveur ou en celle des proches du mandant.

38. Art 2184, al 1 CcQ.

39. Arts 1351–52 CcQ.

40. Art 1354 CcQ.

41. Art 1363 CcQ; concernant l'obligation de rendre compte imposée au mandataire, voir l'article 2184 CcQ.

42. Depuis l'adoption du nouveau Code civil, une certaine confusion existe quant à la définition des termes « aptitude » et « capacité ». Sur ces polémiques terminologiques, voir notamment Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014 aux para 454–56.

43. Ce principe, largement confirmé par une jurisprudence abondante, découle notamment des articles 4 et 153 CcQ. Voir *Lafortune c Lafortune*, 2011 QCCQ 15642; *Turcotte c Turcotte*, 2010 QCCS 3305; *Arpin c Arpin*, 2009 QCCS 6126 au para 22.

âge n'est pas en soi un critère permettant d'écarter la présomption d'aptitude et de capacité. Dans la décision *Arpin c Arpin*⁴⁴, le tribunal précise ce qui suit :

l'inaptitude ou l'incapacité de consentir à un acte s'apprécie au moment où cet acte est consenti. Le vieillissement ou la dépendance affective ne sont pas en soi suffisants. Il faut véritablement une inaptitude mentale à consentir, c'est-à-dire une incapacité mentale d'apprécier la nature de l'acte que l'on signe, sa portée, la raison pour laquelle on le signe, les conséquences qui en découlent.

La capacité juridique englobe deux notions, soit la capacité de jouissance de ses droits ainsi que la capacité à les exercer. Quant au concept d'aptitude, il n'est pas défini dans le *Code civil du Québec* comme tel. Comme le soulignent Marie Beaulieu et Suzanne Philips-Nootens⁴⁵ :

[l'aptitude] réside, au sens civil du terme, dans la possibilité d'exprimer une volonté à propos d'une décision particulière. Son contraire, l'inaptitude procède d'une impossibilité d'exprimer sa volonté en raison d'une altération des facultés mentales et physiques.

L'inaptitude peut être constatée par le tribunal lors de l'ouverture d'un régime de protection ou de l'homologation d'un mandat de protection. L'article 256 CcQ précise que les régimes de protection d'une personne majeure sont destinés à assurer la protection de sa personne, l'administration de son patrimoine et, en général, l'exercice de ses droits civils, conférant donc à la personne partiellement ou totalement inapte une certaine forme d'assistance (et de protection contre les abus, entre autres) dans le soin de sa personne et la gestion de ses biens. L'article 276 CcQ précise aussi que le tribunal saisi d'une demande d'ouverture d'un régime de protection doit prendre en compte les

44. *Arpin c Arpin*, *ibid.* Voir également *Bourgeois c Dagenais*, 2013 QCCS 10, *Thibault c Auger*, 2012 QCCS 6519, ainsi que Deleury et Goubau, *supra* note 42 au para 434.

45. Marie Beaulieu et Suzanne Philips-Nootens, « La détermination de l'inaptitude de la personne âgée au carrefour des disciplines : le défi du respect de l'autonomie » dans *Service de la formation permanente*, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables (2014)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014, 145 à la p 145. Pierre Deschamps précise que l'inaptitude, « quant à elle, renvoie à la condition d'une personne qui, en raison de son état physique ou mental, n'est pas en mesure d'exercer, *de facto*, son libre arbitre et de prendre des décisions de façon libre et éclairée quant à sa personne et ses biens » : « La confiscation des droits fondamentaux des personnes inaptes et les régimes de protection » dans *Service de la formation permanente*, Barreau du Québec, *La protection des personnes vulnérables (2013)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013, 67 à la p 73.

preuves médicales et psychosociales, les volontés du majeur ainsi que le degré d'autonomie.

Enfin, il y a inaptitude dès qu'une personne ne peut exprimer sa volonté en raison d'une altération de ses facultés mentales et physiques, et ce, même si le tribunal n'a pas encore ouvert un régime de protection. Aux fins de la présente étude, nous désignerons « inaptitude *de facto* » cette inaptitude en l'absence d'un régime de protection. Comme la capacité et l'aptitude se présument en droit québécois, la personne qui conteste la validité du consentement sur la base d'une inaptitude *de facto* a le fardeau de la preuve⁴⁶. Toutefois, il est souvent difficile de déterminer si et quand il y a inaptitude *de facto*, notamment lorsqu'une maladie dégénérative s'installe lentement⁴⁷.

Qu'arrive-t-il au mandat lorsque le mandant est inapte? Comme l'écrit Claude Fabien :

L'inaptitude du mandant à gérer ses propres affaires et à accomplir un acte juridique a des conséquences radicales. Il ne peut plus surveiller l'administration de son mandataire, demander des informations ou des comptes. Il ne peut plus accomplir un acte de révocation. Il est vulnérable. [...]. Il a besoin de protection⁴⁸.

Les articles 2175 et 2177 CcQ régissent le sort de la procuration. Tout d'abord, l'article 2177 CcQ précise que 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 comptes de la part du mandataire et d'ouvrir un régime de protection. L'article 2175 CcQ prend alors le relais en confirmant que l'ouverture d'un régime de protection met fin à la procuration⁴⁹.

Si la personne a signé un mandat en prévision de l'inaptitude, certains articles du *Code civil du Québec* permettent d'aménager les effets

46. *Leblond c Leblond*, [1978] CA 506; *Lafortune c Lafortune*, *supra* note 43; *Arpin c Arpin*, *supra* note 43. Voir également Christine Morin, « Libéralités et personnes âgées : entre autonomie et protection » (2013) 59:1 RD McGill 141 à la p 147.

47. Sur la difficulté de déterminer l'inaptitude, voir notamment Beaulieu et Philips-Nootens, *supra* note 45; Daniel Geneau, « Évaluation clinique de l'aptitude chez le majeur » dans *La protection des personnes vulnérables* (2014), *supra* note 45, 53. Voir également ci-dessous, partie I.B(3)(c).

48. Fabien, *supra* note 3 à la p 931.

49. *Ibid* à la p 929.

de la procuration. Bien que notre étude ne traite pas des mandats de protection, ces dispositions demeurent tout de même pertinentes puisqu'elles permettent au tribunal de prendre en compte la conduite du détenteur de la procuration durant la période de validité de celle-ci. L'article 2167.1 CcQ précise qu'au cours de l'instance d'homologation du mandat de protection, le tribunal peut rendre toute ordonnance qu'il estime nécessaire pour assurer l'administration des biens du mandant. Lorsque les faits permettent de conclure que le détenteur d'une procuration a violé ses obligations ou exploité d'une quelconque façon le mandant durant la période de validité de la procuration, le tribunal peut donc révoquer la procuration ou refuser d'homologuer le mandat en prévision de l'incapacité et ordonner l'ouverture d'un régime de protection. L'article 2170 CcQ permet également d'annuler les actes posés par le détenteur de la procuration sur la seule preuve que l'incapacité était notoire à l'époque où ceux-ci ont été posés⁵⁰.

Enfin, l'article 48 de la *Charte québécoise* est également pertinent aux fins de notre étude. Cette disposition offre une protection contre l'exploitation d'une personne aînée par un mandataire. Dans l'arrêt *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Gagné*⁵¹, notamment, le TDP précise que cette disposition ne s'applique que si l'aîné est vulnérable. Le TDP s'exprime comme suit :

bien que le terme « personne âgée » ne soit pas défini dans la *Charte*, l'expression doit s'entendre des personnes que l'âge rendues vulnérables et qui peuvent s'inscrire dans un rapport de dépendance, qu'elle soit physique, économique, affective ou psychologique, au même titre que toutes les exploitations interdites par la *Charte* [nos soulignés].

De même, dans la décision *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Vallée*⁵², le tribunal confirme que l'article 48 de la *Charte québécoise* ne s'applique que si trois éléments sont présents, soit : i) une mise à profit; ii) une position de force; iii) au détriment d'intérêts plus vulnérables.

50. Sur l'article 2170 CcQ, voir Claude Fabien, « Passage du mandat ordinaire au mandat de protection » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Les mandats en cas d'incapacité : une panacée?*, vol 146, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 105 à la p 130.

51. [2003] RJQ 647 au para 90, 2002 CanLII 6887 (QC TDP).

52. [2003] RJQ 2009, 2003 CanLII 28651 (QC TDP).

Dans les parties qui suivent, nous analyserons les décisions répertoriées afin de mieux connaître les situations problématiques soulevées devant les tribunaux et l'approche que ces derniers ont adoptée en accueillant ou refusant le recours.

De façon à encadrer notre analyse, nous aurons en mémoire les trois questions suivantes :

- i) les tribunaux réfèrent-ils aux règles juridiques décrites ci-dessus pour se prononcer et, le cas échéant, sanctionner les manquements du mandataire? Sous l'angle des fonctions pédagogique et préventive du droit, les normes juridiques peuvent être envisagées comme des « messages » transmis par le législateur qui en élabore le contenu, et par les tribunaux qui sont appelés à les interpréter et à les appliquer⁵³. Si les messages transmis par le législateur et par les tribunaux ne sont pas clairs et ne tiennent pas suffisamment compte de la spécificité de la relation « fiduciaire » (entendue au sens large) entre la personne aînée et son mandataire, on peut prétendre que le cadre juridique est insuffisant pour prévenir de manière efficace les manquements de la part du mandataire et pour protéger adéquatement le mandant⁵⁴;
- ii) la prémisse qui sous-tend les règles relatives au mandat et à l'administration du bien d'autrui, soit un mandant apte à surveiller son mandataire, à confirmer les stipulations du mandat au besoin et à sanctionner les abus, le cas échéant, trouve-t-elle application?
- iii) les obligations qui incombent au mandataire responsable de gérer le patrimoine des aînés sont-elles claires et appliquées avec rigueur par les tribunaux? Et surtout, le mandataire connaît-il les obligations qui lui sont dévolues en vertu des dispositions relatives au mandat ou de celles relatives à l'administration du bien d'autrui?

53. Marie-Anne Frison-Roche, « Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation » dans Marie-Anne Frison-Roche, dir, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, vol 4, coll « Droit et économie de la régulation », Paris, Dalloz, 2006, 33 à la p 35; Raymonde Crête, « La complémentarité entre les sanctions juridiques et les sanctions de réputation comme instrument disciplinaire de gouvernance » dans Stéphane Rousseau, dir, *Juriste sans frontières, Mélanges Ejan Mackaay*, Montréal, Thémis, 2015, 235 à la p 254.

54. *Supra* note 3.

B. Manquements du mandataire ayant donné ouverture à des recours judiciaires

Envisagé sous l'angle de ses fonctions pédagogique et préventive, le droit commun québécois est évalué comme un moyen susceptible de prévenir ou de minimiser les risques de manquements du mandataire. La première étape est donc de déterminer comment se manifestent les manquements des mandataires dans l'utilisation de procurations impliquant des aînés au Québec. À cette fin, comme nous l'avons mentionné en introduction, nous avons répertorié 31 recours intentés devant les tribunaux québécois de 1997 à 2015, fondés sur ce type de manquement. La partie qui suit a pour but de connaître la nature des manquements du mandataire dans les affaires répertoriées.

1. *Caractéristiques des mandants et des demandeurs dans les procédures judiciaires*

Dans les affaires répertoriées, rappelons qu'aucun des mandants n'est assujéti à un régime de protection à la date de l'acte reproché. Le mandant est donc présumé apte et capable de donner une procuration, de surveiller son mandataire et de confirmer, au besoin, les stipulations du mandat⁵⁵. Une première question se pose alors : les caractéristiques des personnes aînées qui ont accordé des procurations correspondent-elles à celles que le législateur présuppose dans les règles relatives au mandat et à l'administration du bien d'autrui, décrites dans la partie I.A? Autrement dit, la personne qui donne la procuration est-elle apte et capable de surveiller le proche à qui elle consent une procuration?

a. *Aptitude et vulnérabilité des mandants*

Dans les affaires répertoriées, la moyenne d'âge des mandants est d'environ 80 ans. Le grand âge n'est pas un critère qui, pris isolément, justifie de conclure à l'inaptitude⁵⁶. Toutefois, dans la majorité de ces affaires (à l'exclusion de celles où le tribunal confirme l'inaptitude *de facto*), le mandant est en situation de vulnérabilité ou fragilisé par un état physique ou cognitif qui le laisse diminué. Prenons l'exemple d'un mandant qui consent une procuration à la suite d'un accident

55. Voir partie I.A.

56. *Ibid.*

cardiovasculaire⁵⁷, d'une maladie cognitive modérée ou d'un début d'Alzheimer⁵⁸. Ainsi, dans la décision *CB c FD*, on peut lire ce qui suit :

madame D... fait préparer une procuration générale dans laquelle elle désigne madame B... comme mandataire, dont la responsabilité est de gérer et d'administrer tous ses biens. Selon madame B..., madame D... aurait pris cette décision parce qu'elle n'était plus capable de se déplacer pour s'occuper de ses affaires, suite à un accident subi en 2002 qui limitait ses capacités motrices⁵⁹.

De même, dans l'affaire *Québec (Curateur public) c RP (Succession de)*, le tribunal précise :

La preuve révèle que la défenderesse R...P... avait la responsabilité de gérer les rentrées et sorties d'argent du compte de banque de M. H...P..., ce dernier ayant subi un accident cérébrovasculaire sylvien droit ayant porté atteinte à ses fonctions cognitives⁶⁰.

Dans les affaires répertoriées où le mandataire est un ami, la vulnérabilité prend sa source dans l'isolement, l'absence de famille ou de réseau social⁶¹.

Mentionnons une autre caractéristique importante des mandants. Le problème physique ou cognitif à l'origine de la vulnérabilité évolue avec l'âge. À titre d'exemple, dans les affaires *YM c JM*⁶² ou *JT c SM*⁶³, la maladie d'Alzheimer dont souffre le mandant s'installe depuis plusieurs années. Dans la décision *Lafortune c Lafortune*⁶⁴, le tribunal souligne

57. *Québec (Curateur public) c RP (Succession de)*, 2012 QCCQ 5213 [*RP (Succession de)*]; *RA et YG*, 2009 QCCS 2728; *Brodeur c Gauthier*, 2007 QCCS 3528; *Laterreur c Laterreur*, 2003 CanLII 27978 [QC CS].

58. Voir également *JD et GP*, 2014 QCCS 5023 au para 40, où on peut lire que la personne aînée « ne pouvait peut-être pas gérer au jour le jour, mais elle pouvait exprimer sa volonté ». Dans l'affaire *Martel Labrecque c Martel*, 2011 QCCS 5551 au para 17, le tribunal soutient ce qui suit : « les frères et sœurs savaient que Jacques Martel et Louise Martel géraient les affaires de leur mère et que cette dernière "perdait ses moyens de plus en plus" » [italiques dans l'original]. Voir également *YM c JM*, 2015 QCCS 1021; *JT c SM*, 2014 QCCS 849; *BR c AR*, 2014 QCCQ 11422.

59. *CB c FD*, 2005 CanLII 37822 au para 13 (QC CS).

60. *RP (Succession de)*, *supra* note 57 au para 43.

61. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Desprès*, 2015 QCTDP 3 [Desprès]; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Venne*, 2010 QCTDP 9 [Venne].

62. *Supra* note 58.

63. *Supra* note 58.

64. *Supra* note 43 au para 37.

que des problèmes d'hypertension, plusieurs AVC et des pertes de mémoire diminuent graduellement les capacités de la mandante. Enfin, dans l'affaire *Brodeur c Gauthier*⁶⁵, les problèmes de santé de la mandante commencent en 1994, alors qu'elle est hospitalisée pour un quadruple pontage aorto-coronarien. Elle est de nouveau hospitalisée en 1997 au département de psychiatrie de l'Hôpital Maisonneuve-Rosemont et sera suivie par un psychiatre jusqu'à son décès en 2000.

Comme nous le verrons plus amplement dans la partie I.B.(3)(c), dans plusieurs recours répertoriés, le demandeur conteste les actes du mandataire en alléguant que le mandat était inapte *de facto* au moment de la signature ou de l'utilisation de la procuration. Comme l'aptitude et la capacité se présument en droit québécois, le demandeur a le fardeau de prouver l'inaptitude⁶⁶.

Finalement, dans certaines des affaires répertoriées, le mandant ne peut témoigner à l'audience, car il est décédé⁶⁷, assujéti à un régime de protection⁶⁸ ou tout simplement trop malade⁶⁹. Le délai entre la date du comportement fautif et l'audition de l'affaire devant les tribunaux québécois est en général d'au moins quatre ans⁷⁰. Les risques que l'état physique ou cognitif de la personne aînée se soit détérioré ou que celle-ci soit décédée au moment de l'audition de l'affaire sont élevés. Cet état de fait complique, dès lors, la mise en preuve du consentement au moment où la procuration a été signée ou utilisée, soit quelques années plus tôt. Comme il n'y a aucune condition de forme pour la mise en place d'une procuration au Québec⁷¹, le témoignage du mandant est souvent crucial quant à la détermination des stipulations du mandat.

65. *Supra* note 57.

66. *Supra* note 47.

67. *Crawford c Crawford McGregor*, 2013 QCCS 4460, conf par 2015 QCCA 273 [*Crawford*]; *Martel Labrecque c Martel*, *supra* note 58; *Commission des droits de la personne c Bradette Gauthier*, 2010 QCTDP 10 [*Bradette Gauthier*]; *Vandal c Vandal*, 2008 QCCS 5390; *AL (Succession d')*, 2006 QCCS 1136.

68. *Desprès*, *supra* note 61; *JT c SM*, *supra* note 58.

69. *Venne*, *supra* note 61; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c Payette*, 2006 QCTDP 14 [*Payette*].

70. Dans l'affaire *Venne*, *supra* note 61 au para 12, le TDP refuse une demande de remise en notant qu'il s'est écoulé quatre ans depuis les faits à l'origine de la plainte. Le TDP se prononce comme suit : « Il n'appartient pas au Tribunal de se prononcer sur la gestion interne de la Commission. Cependant, il n'en demeure pas moins que ce délai est objectivement trop long ».

71. Voir partie I.A ci-dessus.

b. Qualité du demandeur

Ce n'est que dans très peu de recours que le mandant soumet lui-même la demande à l'origine des procédures judiciaires contre le mandataire. Dans les recours retenus aux fins de notre analyse, les procédures sont entamées par le mandant lui-même dans deux affaires seulement, soit *LJ c GJ*⁷² et *Laterreur c Laterreur*⁷³.

À l'opposé, la majorité des demandes à l'origine des procédures judiciaires en lien avec des actes reprochés au détenteur de la procuration est présentée par : i) le mandataire désigné en vertu d'un mandat de protection⁷⁴; ii) une tierce personne dans le cadre d'une contestation d'une demande d'homologation d'un mandat de protection⁷⁵; iii) un ou les héritiers dans le cadre du règlement de la succession⁷⁶; ou iv) le Curateur public⁷⁷. À titre d'exemple, dans la décision *LJ c GJ*⁷⁸, le tribunal examine les agissements du détenteur de la procuration dans le cadre d'une procédure d'homologation du mandat de protection. L'article 2167.1 CcQ permet en effet au tribunal de refuser d'homologuer un mandat si des motifs sérieux attestent que l'homologation ne serait pas dans l'intérêt de la personne inapte. Le tribunal peut donc prendre en compte la conduite de la personne à qui le mandant a accordé une procuration.

Finalement, quatre décisions sont liées à des recours exercés par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ) devant le TDP sur la base de l'article 48 de la *Charte*

72. 2013 QCCS 6257. Une personne aînée poursuit son fils qui a procédé à la vente de ses placements sans son consentement.

73. *Supra* note 57.

74. *JT c SM*, *supra* note 58; *BR c AR*, *supra* note 58.

75. *YM c JM*, *supra* note 58 (contestation d'une requête en homologation de mandat au motif que le mandataire désigné aurait notamment pris des décisions à l'encontre des intérêts du mandataire); *LA et BS*, *supra* note 31; *HB c M-JS*, 2006 QCCS 3977 (contestation d'une requête en homologation de mandat au motif que le mandataire désigné a subtilisé des sommes du compte de sa mère. Une plainte a également été déposée à la Sûreté du Québec, qui n'y a pas donné suite. Le Tribunal rejette la demande).

76. *Paré c Paré*, 2014 QCCA 1138; *Crawford*, *supra* note 67; *RP (Succession de)*, *supra* note 57; *Lafortune c Lafortune*, *supra* note 43; *Martel Labrecque c Martel*, *supra* note 58; *Vandal c Vandal*, *supra* note 67; *Lemoyne c Lemoyne*, 2003 CanLII 40489 (QC CS).

77. *JD et GP*, *supra* note 58.

78. *Supra* note 72.

québécoise⁷⁹. En vertu de cet article, le demandeur doit prouver qu'il y a vulnérabilité. Notons que le TDP accueille la demande présentée par la CDPDJ dans trois des quatre jugements. Dans la décision *Desprès*⁸⁰, le TDP conclut qu'il y a vulnérabilité, mais ne retient pas la position de la CDPDJ en ce qui a trait à l'exploitation.

Pourquoi les demandes sont-elles introduites par des tiers (famille, héritiers, curateurs ou CDPDJ) dans la majorité des cas? Comme nous le verrons plus amplement dans la partie I.B(4)(c), certains mandants sont inaptes *de facto* lors de la mise en place ou de l'utilisation de la procuration. À l'issue des procédures, le tribunal confirme qu'un régime de protection devrait (ou aurait dû, depuis longtemps) être ouvert. Le mandataire a manqué à ses obligations en permettant la signature ou l'utilisation de la procuration. Dans de telles circonstances, il est donc normal que le mandant n'exerce pas une surveillance adéquate de son mandataire. Quant aux autres mandants, comme nous l'avons mentionné précédemment, ceux-ci sont en majorité vulnérables et, surtout, les problèmes de santé à l'origine de cette vulnérabilité tendent bien souvent à s'amplifier durant la période de validité de la procuration. Cette vulnérabilité et la détérioration potentielle de l'état du mandant expliquent sans aucun doute l'absence de surveillance efficace du mandant ou encore la difficulté, voire l'impossibilité, pour celui-ci d'entreprendre des procédures⁸¹.

2. Caractéristiques des mandataires

Dans 24 recours, le mandataire poursuivi est un membre de la famille du mandant. Dans 5 affaires, la procuration a été accordée à un ami, alors que, dans 2 autres, le détenteur de la procuration est un employé d'une résidence pour personnes âgées.

Le mandataire choisi pour administrer les affaires d'une personne aînée n'a souvent aucune connaissance en gestion. Le rôle de mandataire

79. *Desprès*, *supra* note 61 (rejet de la demande introductive, la CDPDJ n'ayant pas établi l'exploitation par preuve prépondérante); *Venne*, *supra* note 61; *Bradette Gauthier*, *supra* note 67; *Payette*, *supra* note 69.

80. *Desprès*, *supra* note 61.

81. Un autre facteur peut toutefois entrer en ligne de compte. Comme le mandataire est membre de la famille du mandant, on peut présumer que ce dernier a une confiance aveugle en son mandataire et exerce une surveillance plutôt relâchée. Difficile donc de présumer que le mandant est son propre garde-fou contre les manquements du mandataire à ses obligations.

lui incombe en sa qualité d'héritier ou d'aîné de la famille. Dans certaines affaires, le mandant n'hésite pas à changer de mandataire lorsqu'il y a un conflit familial⁸². Les connaissances ou l'expérience en matière de gestion ne constituent pas un impératif pour le mandant⁸³. Comme nous le verrons dans la partie I.B(3)(b), dans les décisions répertoriées, le tribunal ne se réfère à aucun guide, ni à des règles de pratique ou à des normes de conduite consacrées. Le mandataire, ce gestionnaire néophyte, est en quelque sorte laissé à lui-même, alors que le tribunal n'hésite pas à se prononcer sur ses compétences à titre d'administrateur. Dans la décision *Lafortune c Lafortune*⁸⁴, à titre d'exemple, le tribunal précise que le mandataire « a de belles qualités, mais l'administration n'est pas son fort ».

Enfin, le mandataire étant souvent l'héritier potentiel du mandant, les intérêts du mandataire peuvent entrer en conflit avec ceux du mandant. Pensons au mandataire qui réduit les frais d'hébergement du mandant pour ne pas diminuer la valeur de l'héritage futur. Certaines des affaires répertoriées montrent que le mandataire a souvent de la difficulté à départager ses droits et ses obligations à titre d'héritier futur et ceux qu'il a à titre de mandataire⁸⁵. Cela teinte donc la compréhension ou la connaissance que le mandataire a de ses obligations en matière de conflit d'intérêts, notamment. L'affaire *Laterreur c Laterreur* illustre bien ce problème. Les enfants à qui le père avait accordé une procuration bancaire n'ont pas hésité à se faire des donations, vidant ainsi littéralement le compte de banque des parents sous le prétexte suivant, comme en témoigne un des frères :

Mario reconnaît avoir dit, comme Rocky en a témoigné, quelque chose signifiant qu'ils allaient avoir leur héritage de leur vivant ou pour reprendre les mots de Mario lui-même : « *c'est pour protéger notre héritage* » [italiques dans l'original]⁸⁶.

82. Voir notamment *Lafortune c Lafortune*, supra note 43; *Brodeur c Gauthier*, supra note 57 (la mère donne une procuration à son conjoint et révoque celle qu'elle avait accordée à son fils, soupçonnant ce dernier d'avoir fait des retraits injustifiés dans ses comptes bancaires).

83. Par contre, les capacités d'administrateur des mandataires sont bien souvent contestées par la famille, les héritiers ou le Curateur public.

84. *Supra* note 43 au para 113.

85. Voir notamment *JD et GP*, supra note 58; *Laterreur c Laterreur*, supra note 57.

86. *Laterreur c Laterreur*, *ibid* au para 9.

3. Manquements

Comment se manifestent les manquements donnant lieu à des procédures judiciaires dans les affaires répertoriées? Tout d'abord, soulignons que nous dressons un portrait qui prend pour point de départ l'acte reproché, le manquement allégué. Une approche qui prendrait comme point de départ l'analyse de dispositions législatives décrites dans la partie I.A n'est pas appropriée pour les deux raisons suivantes : i) elle présumerait que ce cadre législatif est adéquat, ce qui n'est pas notre prémisse; et ii) dans plusieurs des décisions répertoriées, le tribunal ne fait aucune référence aux normes législatives décrites dans la partie I.A. Autrement dit, il n'y a pas toujours un arrimage entre le droit qui devrait servir de cadre de référence et les critères utilisés par le tribunal pour se prononcer sur une affaire.

Également, dans plusieurs affaires, le mandant est assujéti à un régime de protection ou décédé au moment de l'audition de l'affaire devant les tribunaux. La décision n'est pertinente que dans la mesure où une procuration a été accordée avant le décès ou l'établissement du régime de protection. Seule la partie du litige portant sur la procuration est retenue aux fins de notre analyse.

a. *Appropriation de fonds ou utilisation de biens à des fins personnelles*

La majorité des recours comporte des allégations d'appropriation de fonds par le mandataire, de retraits injustifiés ou d'utilisation des biens du mandant à des fins personnelles. L'analyse des recours sous l'angle de la défense présentée par le mandataire à qui il est reproché certains manquements permet de les catégoriser comme suit.

Dans nombre de recours répertoriés, la demande soumise est liée à des retraits effectués dans les comptes du mandant, retraits que le demandeur allègue être injustifiés, alors que le mandataire soutient qu'il a agi avec le consentement et selon les volontés du mandant, ou conformément aux stipulations du mandat. À titre d'exemple, dans la décision *AL (Succession d')*, le tribunal précise que les mandataires « croient de bonne foi qu'elles peuvent prélever les deniers contenus sur le compte »⁸⁷. Dans la décision *JT c SM*, la deuxième épouse allègue

87. *AL (Succession d')*, supra note 67 au para 44.

en défense contre les allégations d'abus soumises par les enfants du mandant, que ce dernier «voulait lui faire profiter d'une partie du capital qu'il avait mis de côté au fil des ans»⁸⁸. Le tribunal accueille toutefois la demande présentée par les enfants et condamne la défenderesse à rembourser une partie des sommes retirées illégalement. Dans l'affaire *Brodeur c Gauthier*, le fils soupçonne le conjoint de sa mère d'avoir fait des retraits injustifiés dans le compte bancaire de celle-ci. Le tribunal analyse la relation du couple au cours de plusieurs années pour conclure que le manquement allégué

ne repose sur aucune preuve et constitue non seulement un tissu lamentable d'insinuations et de suppositions, mais aussi un manque de respect flagrant envers la mère et la relation que cette dernière a vécue avec Gauthier pendant plus de 30 ans⁸⁹.

Les litiges soulèvent souvent des questions relatives à la preuve du consentement du mandant⁹⁰. L'issue de la procédure dépend alors grandement des faits propres à chaque affaire. L'ambiguïté des pouvoirs conférés au mandataire est donc bien souvent problématique.

Dans 11 recours répertoriés, le détenteur de la procuration allègue que le retrait est en fait un don ou un cadeau auquel le mandant a consenti. Les litiges prennent alors l'une des deux directions suivantes: le tribunal analyse les faits pour déterminer si le mandant était apte à

88. *JT c SM*, *supra* note 58 au para 167. Dans la décision *JD et GP*, *supra* note 58 au para 44, le Curateur public conteste les retraits effectués par le petit-fils qui vit avec sa grand-mère. Ces retraits ont été effectués, notamment, afin de rénover la maison de la grand-mère dont ce dernier sait qu'il en héritera. Le Tribunal souligne toutefois que « sans nécessairement tout dévoiler ce qu'il voulait faire ou sans nécessairement obtenir un consentement clair, [le petit-fils] a utilisé des argents qui pourraient, pour les 3/4, revenir à son père et à son frère ».

89. *Brodeur c Gauthier*, *supra* note 57 au para 104. Voir également *Crawford*, *supra* note 67. Dans cette affaire, la mère et le frère de la mandataire soutiennent que celle-ci se serait approprié illégalement une somme de 370 000 \$, alors qu'elle s'occupait de sa tante malade. La défenderesse conteste la réclamation et plaide que la somme a servi à acquitter les frais raisonnables de subsistance de sa tante-mandante ainsi qu'un ensemble de dépenses engagées par la détentrice de la procuration pour prendre soin de sa tante. Le tribunal accueille la demande, condamne la défenderesse à rembourser la somme réclamée et la déclare indigne de succéder à la mandante décédée. La preuve est toutefois contradictoire quant à l'entente intervenue entre la mandante et la défenderesse. Celle-ci soutient avoir agi avec le consentement de la mandante. Cette dernière étant décédée au moment de l'audience, il était donc impossible de la faire témoigner afin qu'elle confirme ses volontés.

90. Comme démontré dans la partie I.B(1), le mandant est souvent décédé ou inapte lors du procès. Il ne peut donc témoigner lui-même au sujet de ses volontés.

consentir et, le cas échéant, si les dons sont conformes à ses volontés⁹¹. À ce titre, comme la personne en fin de vie est encline à faire des donations, le tribunal tient souvent compte de l'historique des dons ou des cadeaux faits par le mandant dans le passé⁹². Dans d'autres décisions, la légalité du don ou du cadeau est remise en question sur la base de l'article 1824 CcQ⁹³, lequel précise que la donation d'un bien meuble ou immeuble s'effectue par acte notarié. La donation d'un bien meuble fait toutefois exception s'il y a délivrance. Les conclusions dépendent des faits propres à chaque litige; mentionnons toutefois que le tribunal rejette bien souvent la requête présentée par le demandeur. À titre d'exemple, dans l'affaire *BR c AR*⁹⁴, le tribunal conclut que les preuves circonstancielles, soit le témoignage d'une tante présente lors des faits, permettent de conclure que la somme de 10 000 \$ est bien un don que la mandante a fait à son fils pour lui permettre de régler une facture dentaire. La mandante, qui n'a pu témoigner, car elle était inapte au moment de l'audition, aurait insisté pour faire une donation plutôt qu'un prêt⁹⁵.

Dans certains recours répertoriés, le mandataire ne présente aucune défense probante. L'appropriation des biens appartenant au mandant ne semble justifiée par aucun autre motif que la fraude, la malversation,

91. Voir notamment *JT c SM*, *supra* note 58; *BR c AR*, *supra* note 58; *Martel Labrecque c Martel*, *supra* note 58; *Lafortune c Lafortune*, *supra* note 43; *Vandal c Vandal*, *supra* note 67; *AL (Succession d')*, *supra* note 67; *Payette*, *supra* note 69; *Lemoine c Lemoine*, *supra* note 76.

92. Voir notamment *BR c AR*, *supra* note 58.

93. Voir notamment *Paré c Paré*, *supra* note 76 (le Tribunal soutient par ailleurs, au para 78, que la procuration ne donne pas le pouvoir de faire des donations à titre gratuit); *Lafortune c Lafortune*, *supra* note 43; *AL (Succession d')*, *supra* note 67.

94. *Supra* note 58.

95. Dans l'affaire *Lafortune c Lafortune*, *supra* note 43 au para 94, le Tribunal conclut que les sommes retirées par le fils qui s'occupait de sa mère jusqu'à la mort de cette dernière ne doivent pas être qualifiées de dons, mais s'inscrivent plutôt dans le cadre d'une entente en vertu de laquelle le fils s'était engagé à prendre soin de sa mère. Enfin, dans *Martel Labrecque c Martel*, *supra* note 58 au para 71, le tribunal arrive aux mêmes conclusions que dans l'affaire *Vandal c Vandal*, *supra* note 67 au para 30 (le tribunal rejette la demande visant à faire déclarer illégaux les dons que se sont accordés deux des enfants qui détenaient une procuration quelque temps avant la mort de leurs parents. Le demandeur allègue que ces enfants souhaitaient ainsi se partager leur part respective d'héritage. Le tribunal rejette la demande en se fondant sur le manque de crédibilité du demandeur, lequel aurait fait de nombreuses accusations sans fondement. Le tribunal conclut que la demanderesse est peu crédible et qu'il n'a aucun motif de remettre en question l'honnêteté et la crédibilité des défendeurs, qui auraient agi conformément aux volontés des parents telles qu'ils les avaient exprimées de leur vivant. Néanmoins, l'inaptitude du mandant, les stipulations de la procuration et l'étendue du consentement sont une fois de plus à la base du débat judiciaire.

l'exploitation⁹⁶. Toutefois, un élément ressort dans chacune de ces affaires : le mandant est en situation de vulnérabilité. Ainsi, dans la décision *Québec (Curateur public) c RP (Succession de)*⁹⁷, la Cour supérieure conclut qu'il s'agit d'un « cas flagrant de malversation, de l'utilisation de biens d'autrui, d'un détournement de fonds dans l'exercice d'un mandat, bref, de malhonnêteté, de fraude et d'escroquerie ». Le mandant avait accordé une procuration en 1999 à la suite d'un accident cardiovasculaire ayant atteint ses fonctions cognitives. Le mandant se plaint de ne pas avoir accès à son livret de banque, mais ne veut pas créer de conflit. Le mandataire ne témoigne pas ou ne fournit aucune explication concernant les sommes retirées des comptes.

La revue des recours dans lesquels les allégations de manquements sont liées à l'appropriation de fonds ou de biens du mandant permet de conclure que les litiges s'articulent de façon générale autour de ces deux axes : i) les pouvoirs conférés au mandataire de même que le consentement du mandant; ii) l'exploitation potentielle du mandant vulnérable.

b. Administration déficiente

Dans 12 litiges répertoriés, les manquements du mandataire se traduisent par des déficiences dans l'administration des affaires du mandant, auxquelles s'ajoutent ou non des allégations relatives à l'appropriation des biens ou à un autre type d'abus ou de fraude. De façon générale, les demandes sont présentées par des membres de la famille ou par les héritiers du mandant dans le cadre de procédures d'homologation de mandat ou de règlement d'une succession⁹⁸. Le tribunal

96. Voir notamment *Desprès*, supra note 61; *RP (Succession de)*, supra note 57; *Venne*, supra note 61. Dans l'affaire *Desprès*, *ibid*, la CDPDJ saisit le TDP d'une demande introductive d'instance sur la base de l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Le TDP conclut toutefois en l'absence d'exploitation. Le défendeur, une personne souffrant de déficience intellectuelle, ne présente aucune défense autre celle de dire qu'il ne comprend pas pourquoi il est poursuivi, ne veut qu'aider son amie et ne mérite pas ce qu'il lui arrive (*ibid* au para 84).

97. *RP (Succession de)*, supra note 57 au para 54.

98. Soulignons que plusieurs demandes en vue de faire déclarer abusifs les actes de gestion sont présentées par un membre de la famille qui souhaite utiliser l'arène judiciaire pour régler ses comptes avec le mandataire après le décès du mandant. À ce titre, le tribunal n'hésite pas, dans bien des affaires, à rejeter la demande et à réprimander les demandeurs qui instrumentalisent les tribunaux pour régler leurs conflits familiaux. Dans l'affaire *ML et JG*, 2013 QCCS 5811, à titre d'exemple, la Cour supérieure refuse d'homologuer un mandat de protection parce qu'il y a conflit entre les requérants et la personne qui détenait la procuration générale. Dans l'affaire *Martel Labrecque c Martel*, supra note 58 au para 64, la Cour supérieure rejette une demande en remplacement de liquidateur pour les motifs suivants : « Le tribunal donne peu de crédibilité à

doit donc faire un retour sur les actes d'administration du mandataire au moment où la procuration était toujours valide.

Le manquement peut être lié au manque de transparence dans la gestion⁹⁹, au refus ou au défaut de rendre compte¹⁰⁰, à une confusion des patrimoines¹⁰¹, au défaut de conserver ou de fournir les pièces justificatives¹⁰², à celui d'effectuer une reddition de comptes¹⁰³, à une mauvaise comptabilité, à des dépenses injustifiées¹⁰⁴ ou à une rémunération inappropriée¹⁰⁵.

La revue des recours dans lesquels il y a des allégations de manquements en lien avec l'administration des affaires du mandant permet de conclure que le demandeur et le tribunal ont des attentes élevées quant aux compétences de gestion du mandataire. S'agissant du tribunal, il procède habituellement à une revue minutieuse des actes d'administration et évalue les qualités du mandataire gestionnaire. Le mandataire détenteur d'une procuration doit s'attendre à rendre compte, et souvent dans les moindres détails, de l'administration des affaires du mandant durant la période de validité de la procuration,

certaines des prétentions de Jocelyne Martel Labrecque. Son attitude hargneuse lors de la réunion de famille et certaines paroles sont même d'une bêtise et d'une méchanceté tristes». Dans l'affaire *Vandal c Vandal*, *supra* note 67 aux para 30 et 32, le tribunal rejette la requête d'un homme à l'encontre de son frère qui détient une procuration pour le compte de leur père défunt. Le demandeur, qui a été déclaré plaideur vexatoire dans une autre procédure, allègue que son frère aurait fait des dons et dépenses inadmissibles. Le tribunal rejette la demande et mentionne que le demandeur « a entrepris un combat contre sa sœur Gilberte [...] ». Il faut que ce dossier connaisse son dénouement, et ce, dans l'intérêt de toute cette famille ».

99. Voir notamment : *Paré c Paré*, *supra* note 76; *Crawford*, *supra* note 67; *ML et JG*, *supra* note 98.

100. *Paré c Paré*, *supra* note 76; *JD et GP*, *supra* note 58; *BR c AR*, *supra* note 58; *Crawford*, *supra* note 67. Dans la décision *RP (Succession de)*, *supra* note 57 au para 49, le Curateur public fait face au refus d'une demande de rendre compte présentée à la sœur et à la nièce d'une personne âgée. Voir également *Martel Labrecque c Martel*, *supra* note 58; *CB c FD*, *supra* note 59.

101. *Crawford*, *supra* note 67 au para 25 (le résidu du produit de la vente de la maison de la personne aînée est versé dans le compte de sa petite-fille. Aucun compte de banque distinct ne sera ouvert au nom de la mandataire); *LA et BS*, *supra* note 31 au para 32 (le mandataire a entremêlé ses dépenses avec celles de sa mère).

102. *JD et GP*, *supra* note 58; *Crawford*, *supra* note 67; *LA et BS*, *supra* note 31.

103. *Crawford*, *supra* note 67.

104. *Arpin c Arpin*, *supra* note 43; *LA et BS*, *supra* note 31.

105. *Crawford*, *supra* note 67 au para 129. Dans cette affaire, la Cour supérieure, sous la plume du juge Langlois, précise que la rémunération de l'administrateur de biens d'autrui « est celle associée à l'exécution d'une charge et non à un emploi de remplacement ». De même, dans l'affaire *RA et YG*, *supra* note 57 au para 108, le tribunal conteste la rémunération que le détenteur de la procuration se versait pour les heures passées à s'occuper de sa mère.

que ce soit dans le cadre de l'ouverture d'un régime de protection ou du règlement de la succession.

Voici quelques exemples. Dans la décision *JD et GP*, le tribunal souligne que le petit-fils s'occupe de sa grand-mère de façon remarquable, mais mentionne ce qui suit :

« Ce qu'on sait aussi, c'est que J... n'a pas un grand talent pour tenir à jour une comptabilité. Il y a des gros trous noirs dans sa gestion des deux dernières années. Par contre, s'il veut se discipliner, il n'aura qu'à mettre dans un classeur tous les documents reliés à une dépense ou un revenu [souligné dans l'original]¹⁰⁶.

Le tribunal conclut en la nomination d'un curateur privé, en l'occurrence le petit-fils lui-même, mais assisté du Curateur public. Dans la décision *ML et JG*, le tribunal révise en détail la comptabilité du mandataire ainsi que toutes les dépenses engagées. Devant les réponses incomplètes, le tribunal soulève qu'il « demeure des questions sans réponse encore sur l'administration des actifs »¹⁰⁷ et conclut en un manque de transparence¹⁰⁸.

Les normes législatives appliquées par le tribunal pour évaluer l'administration du mandataire sont souvent floues. De plus, le tribunal ne se réfère jamais aux stipulations de la procuration pour définir la nature et l'étendue du mandat. Enfin, comme il est habituellement un « gestionnaire privé », le mandataire n'est assujéti à aucune norme ou règle particulière, ni aucun code d'éthique, sur lesquels le tribunal pourrait s'appuyer pour définir le contenu du mandat.

En l'absence de normes applicables à la situation des personnes âgées vulnérables, les seules règles auxquelles le tribunal devrait se référer et, surtout, auxquelles les mandataires devraient en principe

106. *JD et GP*, *supra* note 58 au para 65.

107. *LA et BS*, *supra* note 31 au para 62.

108. Voir également *Arpin c Arpin*, *supra* note 43 au para 89. Dans cette affaire, le tribunal révise l'ensemble de l'administration du mandat, y compris toutes les dépenses effectuées, et se permet d'établir certaines normes : « dans la vie de tous les jours, il arrive que certaines dépenses soient encourues [*sic*] pour lesquelles on ne conserve pas les pièces justificatives [..]. Le tribunal arbitre cette somme à 500 \$ ». Celui-ci précise alors que la mauvaise exécution du mandat peut en justifier la révocation. De même, dans une partie intitulée « La gestion financière » de la décision *LA et BS*, *supra* note 31 au para 23, le tribunal se penche sur la gestion par la mandataire des affaires de sa mère sur la base d'une procuration bancaire. Le juge se prononce comme suit :

il est très difficile d'apprécier la gestion de Dame S... des affaires de sa mère. Il n'y a aucun registre comptable. Le compte rendu de sa comptabilité a été livré en vrac, de manière incomplète et sans ordre et plusieurs retraits ne sont pas appuyés de pièces justificatives.

être assujettis, sont celles relatives au mandat et à l'administration du bien d'autrui énoncées dans la partie I.A. Or, comme le démontre le tableau 1 ci-dessous, le tribunal ne fait souvent aucune référence expresse aux règles relatives au mandat ou à l'administration du bien d'autrui pour trancher le litige. Il réfère plutôt à des notions d'administration générale qui relèvent plutôt du bon jugement que de normes législatives précises.

Tableau 1

Allégations	Décision	Article pertinent du <i>Code civil du Québec</i>	Référence à l'article pertinent dans la décision
Défaut ou refus de rendre compte	<i>Paré c Paré</i> , 2014 QCCA 1138	Art 1351 CcQ	Non
	<i>JD et GP</i> , 2014 QCCS 5023	Art 1351 CcQ	Non
	<i>BR c AR</i> , 2014 QCCQ 11422	Art 1351 CcQ	Non
	<i>Québec (Curateur public) c RP (Succession de)</i> , 2012 QCCQ 5213	Procurator bancaire: arts 2130 et s CcQ Gestion d'affaires: art 1482 CcQ	Non
	<i>CB c FD</i> , 2005 CanLII 37822 (QC CS)	Art 1351 CcQ	Non
	<i>Martel Labrecque c Martel</i> , 2011 QCCS 5551	Mandat de protection: arts 1351 et 2184 CcQ	Oui, mais demande rejetée
	<i>Crawford c Crawford McGregor</i> , 2013 QCCS 4460	Administration du bien d'autrui: arts 1299 et s CcQ	Oui, référence générale aux dispositions relatives à l'administration du bien d'autrui, bien que la procurator soit régie par le droit californien.
Mauvaise comptabilité ou absence de registre comptable	<i>LA et BS</i> , 2006 QCCS 1683	Procurator bancaire: aucune référence aux articles relatifs au mandat ni à l'obligation de tenir des registres	Non
Confusion des patrimoines	<i>LA et BS</i> , 2006 QCCS 1683	Art 1313 CcQ	Non

Tableau 1 (suite)

Allégations	Décision	Article pertinent du <i>Code civil du Québec</i>	Référence à l'article pertinent dans la décision
	<i>Crawford c Crawford McGregor</i> , 2013 QCCS 4460	Art 1313 CcQ	Oui, référence générale aux dispositions relatives à l'administration du bien d'autrui, bien que la procuration soit régie par le droit californien.
Défaut de conserver ou de fournir les pièces justificatives	<i>JD et GP</i> , 2014 QCCS 5023	Art 1313 CcQ	Non
	<i>Crawford c Crawford McGregor</i> , 2013 QCCS 4460	Administration du bien d'autrui : arts 1299 et s CcQ	Oui
	<i>LA et BS</i> , 2006 QCCS 1683	Art 1363 CcQ	Non
Défaut ou refus d'effectuer une reddition de comptes	<i>Québec (Curateur public) c RP (Succession de)</i> , 2012 QCCQ 5213	Administration du bien d'autrui : arts 1299 et s CcQ. Toutefois, la procuration ne vise que les comptes bancaires (procuration bancaire).	Oui, référence générale aux dispositions relatives à l'administration de bien d'autrui.
Manque de transparence dans la gestion	<i>ML et JG</i> , 2013 QCCS 5811	Aucune disposition	Non
	<i>Québec (Curateur public) c RP (Succession de)</i> , 2012 QCCQ 5213	Aucune disposition	Non
	<i>Paré c Paré</i> , 2014 QCCA 1138	Aucune disposition	Non
Dépenses non justifiées	<i>Arpin c Arpin</i> , 2009 QCCS 6126	Aucune disposition	Non
Rémunération inappropriée	<i>RA et YG</i> , 2009 QCC 2728	Art 2151 CcQ	Oui

Étonnamment, la décision dans laquelle le tribunal applique les dispositions pertinentes du *Code civil du Québec* avec le plus de rigueur a trait à une procuration régie par le droit californien. Dans *Crawford*¹⁰⁹, le tribunal se prononce sur des allégations d'appropriation illégale d'une somme de 370 000 \$ par une nièce. Cette dernière a effectué des travaux à sa résidence afin d'héberger sa tante qui vit seule et isolée en Californie, mais elle a toutefois omis de garder dans un compte séparé les sommes provenant du produit de la vente de la maison de la tante située en Californie ainsi que les revenus de pension de cette dernière. La nièce est mandataire en vertu d'une procuration permanente (*General Durable Power of Attorney*) régie par le droit californien. Le tribunal précise toutefois que comme le droit californien n'a pas été allégué ni prouvé, c'est le droit québécois qui doit s'appliquer. Le tribunal analyse donc les actes posés par la nièce en fonction des dispositions relatives à l'administration du bien d'autrui prévues aux articles 1299 et suivants du *Code civil du Québec*, tout en présumant que la nièce connaît ou devrait connaître celles-ci.

Finalement, le détenteur de la procuration semble avoir une mauvaise connaissance ou compréhension de ses obligations à titre d'administrateur des biens. Dans la décision *Martel Labrecque c Martel*¹¹⁰, la Cour supérieure reconnaît implicitement le problème lié à la mauvaise connaissance de ses obligations par le mandataire. Le frère et la sœur gèrent les affaires de leur mère conformément à une procuration générale, puis, à la suite du décès de leur mère, deviennent liquidateurs de la succession. Une des sœurs conteste divers actes d'administration posés durant la période de validité de la procuration, notamment des dons faits aux enfants, et demande que les liquidateurs soient remplacés. Le tribunal rejette la demande et s'exprime en ces termes :

Les défendeurs n'ont peut-être pas géré selon les parfaites règles de comptabilité [...]. La preuve présentée démontre des lacunes administratives qui peuvent être corrigées et l'ont été [...]. Certes ils sont maintenant mieux informés des questions relevant de leur charge et mieux outillés et entourés pour la remplir plus efficacement¹¹¹.

109. *Supra* note 67.

110. *Supra* note 58.

111. *Ibid* aux para 77–78.

c. *Signature ou utilisation de la procuration
alors que le mandant est inapte*

Dans près de la moitié des décisions répertoriées, le tribunal doit déterminer si le manquement est lié au fait que le mandant était inapte *de facto* lors de la signature de la procuration ou de son utilisation. Les demandes sont présentées par les héritiers dans le cadre du règlement d'une succession¹¹², par le Curateur public¹¹³, ou dans le cadre d'une contestation d'homologation du mandat¹¹⁴. À ce titre, rappelons l'article 2177 CcQ, qui se lit comme suit :

Lorsque le mandant est inapte, toute personne intéressée, y compris le curateur public, peut, si le mandat n'est pas fidèlement exécuté ou pour tout 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.

Conformément à l'article 2167.1 CcQ, dans le cadre d'une procédure d'homologation du mandat, le tribunal peut, de sa propre initiative, prendre acte de la conduite du détenteur de la procuration pour rendre toute ordonnance qu'il estime nécessaire à la protection du mandant¹¹⁵. De même, l'article 2170 CcQ précise que des actes faits antérieurement à l'homologation du mandat de protection peuvent être annulés si l'inaptitude était notoire lorsque ceux-ci ont été accomplis¹¹⁶.

Le manquement du mandataire est donc lié au fait qu'il a utilisé la procuration alors que le mandant était inapte *de facto*. Puisque l'aptitude se présume en droit québécois¹¹⁷, le demandeur a le fardeau de prouver l'inaptitude¹¹⁸. Le tribunal se fonde, notamment, sur les rapports médicaux et psychosociaux¹¹⁹ et sur les témoignages de

112. *Lafortune c Lafortune*, supra note 43; *Arpin c Arpin*, supra note 43.

113. *RP (Succession de)*, supra note 57; *Québec (Curateur public) et HB*, 2009 QCCS 5500. De plus, dans l'affaire *Desprès*, supra note 61, la CDPDJ ne fonde pas son recours sur l'inaptitude du mandant comme telle, mais sur l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Grâce à l'intervention de l'institution financière, le curateur obtient l'ouverture d'un régime de protection. La victime était donc inapte lorsque la procuration a été utilisée par le défendeur.

114. *YM c JM*, supra note 58; *JT c SM*, supra note 58; *ML et JG*, supra note 98; *CB c FD*, supra note 59.

115. *CB c FD*, *ibid.*

116. Voir notamment *Lafortune c Lafortune*, supra note 43.

117. Voir partie I.A.

118. *Supra* note 45.

119. Dans l'éventualité où le tribunal doit ouvrir un régime de protection, l'article 288 CcQ précise qu'il doit prendre en considération les évaluations médicales et psychosociales. Pour

proches et d'un intervenant social¹²⁰, sur les écrits ou sur tout autre fait permettant de déterminer si la présomption d'aptitude est renversée. La conclusion dépend, bien entendu, des faits propres à chaque affaire¹²¹.

Dans l'affaire *JT c SM*, la mandataire désignée dans le mandat de protection dûment homologué, soit la fille du mandant, conteste la validité des donations effectuées par son père à sa deuxième femme avant l'homologation du mandat de protection. Le père souffrait de la maladie d'Alzheimer depuis quelques années déjà. En sa qualité de mandataire en vertu du mandat de protection, la fille soutient que l'épouse aurait dû savoir depuis plusieurs années que le père n'avait plus la capacité de gérer ses affaires et de donner un consentement éclairé. Rappelant que la capacité et l'aptitude se présument, le tribunal reconnaît qu'il faut « prendre en considération l'ensemble du portrait »¹²² et se fonde sur les rapports médicaux ou psychosociaux et sur divers témoignages pour conclure que le mandant était inapte depuis longtemps déjà. Le tribunal conclut comme suit :

S est apparu au tribunal comme une personne qui ne veut pas voir l'évidence. Il est clair que son mari n'a plus les capacités intellectuelles qu'il a pu avoir au moment où ils se sont connus. Bien sûr que cette détérioration n'arrive pas du jour au lendemain, mais plusieurs sons de cloche lui sont donnés pour qu'elle ne puisse plus ignorer la réalité¹²³.

des exemples de décisions dans lesquelles le tribunal se réfère aux rapports médicaux et psychosociaux, voir *LJ c GJ*, *supra* note 72; *CB c FD*, *supra* note 59.

120. Pour un exemple de décision dans laquelle le tribunal se réfère au témoignage d'un intervenant social, voir *LJ c GJ*, *supra* note 72; *CB c FD*, *supra* note 59.

121. Dans l'affaire *Lafortune c Lafortune*, *supra* note 43 au para 109, à titre d'exemple, le tribunal déclare ce qui suit : « Il ne fait aucun doute dans l'esprit du tribunal que l'entente intervenue entre madame Grenier et son fils Normand a été voulue et désirée par celle-ci en pleine connaissance de cause ». Le tribunal rejette les allégations selon lesquelles le mandant serait inapte.

122. *JT c SM*, *supra* note 58 au para 125.

123. *Ibid* au para 151. Voir également l'affaire *ML et JG*, *supra* note 98, dans laquelle le tribunal se prononce sur une requête en homologation de mandat d'une personne âgée de 90 ans. Cette dernière soutient que son neveu, qui gère ses affaires depuis plus de 30 ans, lui a volé de l'argent. Le tribunal reconnaît que la mandante est en mesure d'exprimer ses désirs, mais qu'elle n'est plus apte à exercer totalement ses droits de façon autonome. La famille de la mandante soutient que cette dernière est parfois confuse, mais qu'elle n'est pas inapte. Le tribunal se fonde notamment sur les évaluations médicales et psychosociales pour confirmer l'inaptitude et décréter l'ouverture d'un régime de protection en vertu des articles 256 et s CcQ. Au para 64, le tribunal se prononce en ces termes :

notre société vieillissante amènera plusieurs situations plus ou moins semblables de personnes âgées, vulnérables, non totalement inconscientes de la réalité qui les entoure,

Le nombre de décisions dans lesquelles la détermination de l'incapacité *de facto* est au cœur du litige témoigne de la difficulté à appréhender cet état de fait en droit québécois. Le problème est exacerbé lorsque la personne est confuse, mais de façon sporadique, ou qu'une maladie s'installe lentement¹²⁴. Il y a lieu également de se demander si les tribunaux sont le bon forum pour débattre de l'aptitude d'une personne? Plus encore, s'il est difficile pour les tribunaux, les médecins ou les intervenants sociaux de se prononcer sur l'aptitude d'une personne, que dire du mandataire néophyte qui n'a aucune formation professionnelle pour ce faire¹²⁵? Comment peut-on lui reprocher d'avoir continué à utiliser la procuration alors qu'il est parfois difficile même pour un professionnel de la santé de déterminer si la personne était apte ou non?

Finalement, le problème lié à la détermination de l'aptitude est accentué par le fait que le mandataire ignore le principe selon lequel une procuration prend fin lorsque le mandant est devenu inapte. S'il est en mesure de confirmer que le mandataire savait le mandant inapte, le tribunal ne peut présumer que le mandataire était au courant du fait qu'il ne pouvait donc plus utiliser la procuration et représenter le mandant. Dans l'affaire *YM c JM*, le juge Gendreau écrit ce qui suit :

Le tribunal s'inquiète beaucoup plus du fait que l'intervenante, qui considère son père inapte depuis 2013 et, au mois de juillet 2014, lui fait signer des procurations pour avoir accès à ses comptes de banque¹²⁶.

d. Conflits d'intérêts

Dans certains recours, le demandeur soutient qu'il y a un conflit d'intérêts. Les actes à l'origine de cette allégation varient considérablement.

mais incapables de prendre les décisions adéquates quant à elles-mêmes et quant à l'administration de leurs biens.

Pour d'autres exemples où le mandataire continue à utiliser la procuration alors que le mandant est inapte, voir *LA et BS*, *supra* note 31 et *RA et YG*, *supra* note 57.

124. Sur les difficultés liées à la détermination de l'incapacité, *supra* note 47. Également, la décision *JT c SM*, *supra* note 58, illustre bien le problème lié à la détermination du moment de l'incapacité. Dans cette affaire, la maladie d'Alzheimer a fait l'objet d'un premier diagnostic en 2006, alors que l'incapacité n'a finalement été prononcée par les tribunaux qu'en 2010.

125. Rappelons qu'au Québec, la procuration n'est assujettie à aucune règle de forme. Plusieurs provinces du Canada anglais ou États américains obligent le mandataire à signer devant deux témoins pour s'assurer qu'au moins deux personnes puissent vérifier et, le cas échéant, témoigner de l'aptitude du mandataire à signer la procuration.

126. *YM c JM*, *supra* note 58 au para 76.

À titre d'exemple, dans l'affaire *LA et BS*¹²⁷, la mandataire doit se défendre contre des allégations d'abus après avoir utilisé le compte de sa mère pour payer ses propres dépenses. Dans *CB c FD*¹²⁸, le tribunal doit déterminer si la mandataire s'est placée en situation de conflit d'intérêts en remplaçant le personnel d'une agence de soins par des personnes de sa connaissance, en se remboursant certaines des dépenses qu'elle avait engagées pour s'occuper de la mandante et, surtout, en envisageant de venir habiter avec cette dernière. Le tribunal juge que les faits allégués ne sont pas suffisants pour conclure à un conflit d'intérêts et révoquer la procuration.

Le mandataire est souvent le seul héritier ou l'un des héritiers éventuels du mandant. Il ressort des affaires répertoriées que le mandataire a parfois de la difficulté à départager ses intérêts à titre d'héritier futur de ceux du mandant. Dans la décision *JD et GP*, la Cour supérieure se prononce comme suit :

Même si on est en présence en apparence de bonnes personnes, il peut arriver que celles-ci volontairement ou involontairement, éprouvent de la difficulté à comprendre la limite entre leurs intérêts et ceux de la majeure inapte, aujourd'hui et même avant qu'elle ne soit inapte¹²⁹.

Cette affaire illustre bien la difficulté qu'éprouvent certains mandataires à circonscrire leurs obligations et, plus encore, témoigne de la mauvaise compréhension par le mandataire du rôle dont il est investi en vertu de la procuration.

L'existence d'un conflit d'intérêts apparaît clairement dans la décision *Laterreur c Laterreur*¹³⁰. Le père a donné une procuration à ses enfants, lesquels n'ont pas hésité à vider le compte de banque, prétextant vouloir protéger les parents contre de mauvaises influences¹³¹. Dans son témoignage, le fils admet qu'il voulait plutôt protéger l'héritage futur¹³². Se fondant sur l'article 2138 CcQ, selon lequel le mandataire est tenu d'accomplir le mandat et d'agir avec prudence et diligence, le tribunal confirme que toutes ces explications ne suffisent

127. *Supra* note 31.

128. *Supra* note 59.

129. *JD et GP*, *supra* note 58 au para 4.

130. *Supra* note 57.

131. *Ibid* au para 34.

132. *Ibid* au para 9.

pas à justifier les virements non autorisés et ordonne au défendeur de payer à son père la somme de 43 133 \$.

e. Non-respect des stipulations du mandat ou des volontés du mandant

Dans deux affaires répertoriées, le mandataire a agi sciemment à l'encontre des volontés du mandant. Ainsi, dans *LJ c GJ*¹³³, un père, âgé de 91 ans, poursuit son fils pour obtenir le remboursement d'une somme de 230 000 \$, produit de la vente par ce dernier des placements détenus par le père. Ayant une confiance aveugle en son fils, le père lui avait accordé, quelques années plus tôt, une procuration générale dont ce dernier s'est servi pour procéder à la vente des placements sous prétexte que le père risquait de dilapider ses biens. De son côté, le fils exerce un recours distinct afin de faire déclarer son père partiellement inapte à prendre soin de ses biens ou de sa personne. Le fils soutient que son père lui a donné instruction par téléphone de vendre les actions, ce que nie ce dernier. La Cour supérieure se base sur deux éléments pour trancher le litige. Tout d'abord, les explications du fils sont vagues et contradictoires. Puis, surtout, le juge Lemelin confirme que le père « malgré son âge respectable, n'est pas une personne fragile et facilement influençable »¹³⁴. Il condamne ainsi le fils à rembourser les sommes relatives au produit de la vente des actions et à payer la somme de 25 000 \$, à titre de dommages. Cette décision témoigne encore une fois des difficultés liées à l'évaluation de l'inaptitude *de facto* sur lesquelles nous nous sommes penchés dans cette étude¹³⁵. Fait à noter, il s'agit ici d'un des deux recours répertoriés, exercés par le mandant lui-même¹³⁶.

Finalement, dans une rubrique de la décision *RA et YG*¹³⁷, intitulée « Incompréhension du rôle du mandataire par R... », le tribunal se réfère aux articles 2131 et suivants du *Code civil du Québec* ainsi qu'à la doctrine pour conclure que le mandataire « s'attribue un rôle [...] auprès de sa mère [qui] dépasse largement les fonctions du mandataire, tel que prévu dans la loi. Il semble confondre les rôles et s'attribuer

133. *LJ c GJ*, supra note 72.

134. *Ibid* au para 92.

135. Voir parties I.A et I.B(3)(c).

136. Voir également la décision *Laterreur c Laterreur*, supra note 57.

137. *Supra* note 57.

une autorité empreinte de pouvoir et de domination voulant tout contrôler»¹³⁸. Le tribunal reproche aussi au détenteur de la procuration de s'être versé une rémunération pour les heures passées à s'occuper de sa mère.

4. Commentaires sur le rôle des employés des institutions financières et des intervenants sociaux

Il convient de souligner le rôle important des employés des institutions financières ou des intervenants sociaux dans la détection des abus ou des manquements du mandataire, dans certaines affaires. La décision *Desprès*¹³⁹ en est une bonne illustration. Dans cette affaire, le TDP est saisi d'une demande introductive d'instance de la CDPDJ. La Commission fait valoir que le défendeur a compromis le droit d'une personne âgée d'être protégée contre l'exploitation, violant ainsi l'article 48 de la *Charte québécoise*. Le défendeur se serait approprié de sommes d'argent en utilisant une procuration bancaire délivrée en sa faveur. La victime, une femme âgée de 83 ans, isolée et sans réseau social, a donné une procuration générale et une procuration bancaire à son voisin, M. Desprès, qu'elle connaît depuis quelques mois seulement. M. Desprès est un ex-détenu qui souffre d'un handicap intellectuel. Ce dernier se présente à la succursale de la Banque Nationale avec la procuration notariée afin de retirer une somme de 15 000 \$. L'employée de la banque tente alors de contacter la victime potentielle et, devant la confusion de cette dernière, fait un signalement au Centre local de services communautaires (CLSC). Une travailleuse sociale prend alors en charge la victime, entame une procédure d'ouverture d'un régime de protection et amène M. Desprès à renoncer à sa procuration. La CDPDJ saisit alors le TDP d'une demande introductive d'instance sur la base de l'article 48 de la *Charte québécoise* en alléguant que le défendeur a profité de la vulnérabilité de la victime. Dans une décision, dont les conclusions peuvent à certains égards sembler étonnantes, le TDP rejette la demande en concluant que la preuve n'a pas établi l'exploitation de manière prépondérante. Néanmoins, l'intervention de la travailleuse sociale et la vigilance de l'employée de l'institution financière ont clairement atténué les risques d'abus envers la personne aînée.

138. *Ibid* au para 104.

139. *Desprès*, *supra* note 61.

Dans la décision *JD et GP*¹⁴⁰, un employé de la caisse populaire n'hésite pas à demander au petit-fils qui gère les affaires de sa grand-mère les reçus des retraits effectués au moyen d'une procuration bancaire, même si l'inaptitude du mandant n'est pas établie. Insatisfait des réponses obtenues, l'employé effectue un signalement auprès du Curateur public¹⁴¹.

Un constat s'impose donc : les tierces personnes, témoins de manquements, peuvent jouer un rôle important dans la protection des personnes âgées au Québec. Or, comme nous l'avons mentionné dans la partie I.A, les règles relatives au mandat ou à l'administration du bien d'autrui ne confèrent aucun rôle formel aux tiers.

C. Sommaire des constats

Les constats en ce qui a trait aux caractéristiques des mandants et des mandataires, ainsi que l'analyse des manquements allégués dans les recours répertoriés permettent de répondre comme suit aux trois questions qui sous-tendent notre analyse du régime juridique québécois eu égard aux manquements du mandataire (voir partie I.A) :

1. Les tribunaux se réfèrent-ils aux règles juridiques décrites dans la partie I.A pour évaluer les manquements du mandataire à ses obligations? À notre avis, plusieurs des décisions témoignent du manque de rigueur des tribunaux dans l'application des dispositions relatives au mandat ou à l'administration du bien d'autrui pour juger les manquements du mandataire. Citons, par exemple, les décisions relatives aux manquements liés à l'administration des biens du mandant (voir partie I.B(1)(c)).

2. La prémisse sur laquelle reposent les dispositions relatives au mandat et à l'administration du bien d'autrui, soit un mandant apte et disponible pour surveiller son mandataire et, surtout, apte à confirmer les stipulations du mandat au besoin, est-elle présente? À notre point de vue, tel n'est pas le cas pour les raisons suivantes :

140. *Supra* note 58.

141. Pour un autre exemple où les tiers ont effectué un signalement, voir *Polyzos c Notaires (Ordre professionnel des)*, 2010 QCTP 102, conf par *Notaires (Ordre professionnel des) c Polyzos*, 2008 CanLII 88853 (QC CDNQ). Dans cette affaire, l'employé de la banque n'a pas hésité à appeler la victime avant de faire le virement sur la base de la procuration. Voir également *Venne*, *supra* note 61.

Aptitude à surveiller son mandataire

De façon générale, les personnes aînées donnent une procuration par nécessité lorsque leur autonomie est diminuée en raison de leur état physique, psychologique ou intellectuel. N'étant pas inaptes juridiquement puisque les conditions donnant ouverture à un régime de protection ne sont pas remplies, certaines personnes aînées ne bénéficient donc pas des mécanismes de protection afférents au régime de protection, mais elles sont néanmoins vulnérables. Et surtout, les problèmes cognitifs ou physiques à l'origine de leur vulnérabilité tendent à se détériorer avec l'âge. Il est souvent difficile pour le mandataire de déterminer à quel moment le mandat devient inapte. Comment présumer alors que le mandant est son propre garde-fou et qu'il exercera une surveillance efficace de son mandataire? Compte tenu des caractéristiques des mandants aînés qui donnent une procuration à leur proche pour obtenir de l'assistance dans la gestion de leurs affaires, le législateur devrait prévoir une protection accrue contre les manquements du mandataire.

À ce titre, le nombre important de recours dans lesquels des tiers (que ce soit la famille, les héritiers, le Curateur public ou la CDPDJ) présentent la demande à l'origine des procédures judiciaires est révélateur. De même, le rôle important joué par les intervenants sociaux ou par les employés des institutions financières dans les poursuites judiciaires (partie I.B(4)) confirme que le mandant n'est souvent pas le meilleur et, surtout, l'unique surveillant du mandataire.

Aptitude à confirmer la nature et l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire

L'exercice des pouvoirs conférés en vertu du mandat, notamment en ce qui a trait aux dons ou cadeaux, est un problème récurrent (voir partie I B(3)(a)). Encore une fois, les personnes aînées tendent à donner une procuration lorsqu'elles sont vulnérables. Comme en témoignent les affaires répertoriées, cette vulnérabilité se manifeste souvent par des pertes cognitives, des moments de confusion ou des pertes de mémoire. L'imposition d'un contrat de mandat écrit, à titre de condition de forme, réduirait les problèmes d'interprétation découlant des facteurs de vulnérabilité.

Les délais entre la date de l'acte reproché et l'audition de l'affaire devant les tribunaux sont souvent très longs (en moyenne de quatre à cinq ans). Le mandant est souvent décédé ou assujéti à un régime

de protection au moment du procès, ce qui complique la preuve de ses volontés ou de sa capacité à consentir au moment où la procuration a été signée ou utilisée.

Les difficultés à mettre en preuve le contenu du mandat ou la volonté du mandant sont exacerbées par le fait que l'octroi d'une procuration n'est soumis à aucune condition de forme au Québec. Le mandat peut être oral. L'absence de conditions de forme propres au mandat ou à l'administration du bien d'autrui nous amène à conclure une fois de plus que ces dispositions qui les concernent ne tiennent pas compte des caractéristiques des aînés vulnérables qui donnent une procuration au Québec.

Enfin, nombre de décisions témoignent des difficultés à circonscrire l'inaptitude *de facto* au Québec¹⁴². Des conditions de forme (par exemple, l'obligation de signer devant témoin) devraient être imposées afin de minimiser les risques.

3. Les obligations du mandataire sont-elles claires? Ce dernier les connaît-il? Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, les normes législatives appliquées par les tribunaux demeurent floues et ceux-ci demeurent vagues dans l'interprétation des obligations imposées au mandataire. Ce dernier est laissé à lui-même. Aucune norme particulière ou règle de pratique établie ne le guide dans l'accomplissement de son mandat. Encore une fois, les dispositions générales du droit commun ne sont pas suffisamment précises pour guider les mandataires dans la gestion des affaires du mandant.

Qu'en est-il de la connaissance par les mandataires de leurs obligations en vertu des règles relatives au mandat ou à l'administration du bien d'autrui? Tout d'abord, rappelons que le mandataire est souvent choisi parce qu'il est l'héritier ou un proche avec lequel l'aîné a une relation privilégiée. La compétence dans la gestion des affaires n'est souvent pas un facteur déterminant. Également, le mandataire ne bénéficie d'aucun guide gouvernemental, ni de normes particulières ou de pratiques établies, qui pourraient l'aider à saisir la nature et l'étendue de ses obligations.

142. Voir partie I.B(3)(c) ci-dessus et *supra* note 47.

Finalement, les affaires dans lesquelles le mandataire¹⁴³ utilise la procuration alors que le mandant est inapte¹⁴⁴, départage mal ses intérêts à titre d'héritier futur de ceux du mandant¹⁴⁵, ou encore excède les stipulations du mandat sans vraiment s'en rendre compte¹⁴⁶ témoignent toutes clairement, selon nous, d'une connaissance insuffisante et d'une mauvaise compréhension des contraintes juridiques liées à la mise en place d'une procuration. Une question se pose alors : ces procédures judiciaires auraient-elles pu être évitées si le mandataire avait eu une meilleure connaissance de ses obligations?

L'analyse des décisions montre que les tribunaux, les héritiers, la famille ou le Curateur public ont des attentes élevées à l'égard des capacités de gestion de la personne de confiance à qui la procuration est accordée¹⁴⁷. Cette dernière est clairement mal outillée pour éviter les risques, notamment de poursuites judiciaires.

En conclusion, les dispositions relatives au mandat et à l'administration du bien d'autrui devraient être aménagées pour tenir compte des caractéristiques des mandants aînés qui accordent une procuration en vue d'obtenir l'assistance de leurs proches pour la gestion de leur patrimoine et qui désignent comme leurs mandataires ces gestionnaires néophytes qui héritent de responsabilités du seul fait de leur filiation avec le mandant.

II. MODÈLE DE LÉGISLATION SPÉCIFIQUE ADOPTÉE AUX ÉTATS-UNIS, ENVISAGÉ COMME PISTE DE SOLUTION AU QUÉBEC

Aux États-Unis, les efforts déployés pour protéger les aînés sont importants. Dès les années 80, des structures étatiques (les *Adult Protective Services*) ont été établies pour assister les personnes vieillissantes¹⁴⁸. Sur le plan juridique, il existe une législation qui fait partie

143. Voir partie I.B(3)(b) ci-dessus.

144. Voir partie I.B(3) ci-dessus.

145. Voir partie I.B(4) ci-dessus.

146. Voir partie I.B(5) ci-dessus.

147. Voir partie I.B(3)(b) ci-dessus.

148. Pour une revue des politiques américaines qui sous-tendent la mise en place des structures étatiques visant la protection des personnes aînées, voir Marie Beaulieu, Roxane Leboeuf et Raymonde Crête « Les mesures de signalement des situations d'exploitation financière ou

d'un corpus juridique désigné par l'expression *Elder Law* et qui s'applique de manière spécifique aux aînés dans le but d'assurer leur protection.

En ce qui a trait aux procurations données en vue d'obtenir l'assistance d'un proche pour l'administration de ses biens, des mesures importantes ont été adoptées dans la plupart des États afin de favoriser l'utilisation de cet outil pour la gestion du patrimoine des aînés et dans les cas d'incapacité. En vue de protéger les aînés, les abus de la part des mandataires ont rapidement été considérés comme un problème à éradiquer. Dans un premier temps, nous ferons un retour sur l'historique lié à l'adoption de la législation relative aux procurations permanentes; par la suite, nous analyserons les dispositions applicables dans l'État de New York, lesquelles nous serviront de modèle pour l'élaboration de pistes de solution pour le Québec¹⁴⁹.

A. Commentaires généraux sur les procurations permanentes aux États-Unis

Tout comme au Canada, la procuration est un outil largement utilisé aux États-Unis pour obtenir l'assistance d'un proche dans la gestion d'une partie ou de la totalité de son patrimoine. Les procurations sont régies par les lois des États. De façon générale, une procuration, désignée *power of attorney*, permet à un mandant, désigné *principal* dans la plupart des lois étatiques, de conférer certains pouvoirs d'agir en son nom à un mandataire, désigné *agent* ou *attorney-of-fact*.

La procuration, établie selon les principes de common law, prend fin à la mort du mandant ou advenant son incapacité. Jusque dans les années 60, le seul instrument disponible pour gérer le patrimoine en cas d'incapacité partielle ou totale était la fiducie (*in vivo trust*). Cette solution est complexe et coûteuse et, par le fait même, difficilement accessible aux moins nantis. En l'absence de ce type de fiducie, le

matérielle des personnes vulnérables aux États-Unis, au Royaume-Uni, en Australie, en France, en Belgique et au Canada» dans Crête, Tchotourian et Beaulieu, *supra* note 4, 123.

149. Dans son rapport paru en 2011, le Groupe de travail de l'AMF a fait ressortir certaines lacunes de l'encadrement normatif des procurations bancaires et proposé des pistes de solution, notamment celle-ci: « Améliorer l'encadrement législatif des procurations bancaires et, notamment, évaluer la pertinence d'adopter une législation particulière pour le Québec ou d'apporter des modifications législatives et réglementaires afin de pallier les lacunes recensées » (piste de solution 5). Comme modèle de procuration, le Groupe de travail s'est inspiré du modèle adopté en vertu de la *New York General Obligations Law* [Loi de New York]. Voir le rapport du Groupe de travail de l'AMF, *supra* note 9 aux pp 5 et 10 et Annexe 3 à la p 36.

tribunal qui constate l'incapacité d'une personne n'a d'autre solution que de désigner un curateur (*guardianship*) responsable de la gestion des affaires de l'incapable¹⁵⁰. À l'époque, les États américains souhaitaient se doter d'un instrument permettant aux gens de pouvoir, entre autres, planifier à peu de frais la gestion de leur patrimoine en cas d'incapacité.

Ainsi, en 1964, la *Uniform Law Commission* (ULC), un organisme chargé de rédiger et de proposer des lois modèles aux États américains¹⁵¹, élabore le *Model Special Power of Attorney for Small Property Interests Act*¹⁵². La procuration de common law devient alors une procuration permanente (*durable power of attorney*) dans la mesure où elle continue à s'appliquer au-delà de l'incapacité du mandant. Bien que les États américains ne soient pas tenus d'adopter cette loi modèle, l'élaboration de celle-ci par la ULC en 1964 amorce l'adoption de lois sur les procurations permanentes dans l'ensemble des États américains¹⁵³.

Dès 1984, tous les États américains ont adopté des dispositions légales encadrant la procuration permanente¹⁵⁴. Soulignons qu'aux États-Unis, la procuration permettant aux personnes physiques de déléguer à un tiers la gestion d'une partie ou de l'ensemble de leur patrimoine est assujettie à des dispositions légales particulières¹⁵⁵. Le législateur américain reconnaît donc que le rôle des mandants, des

150. Karen E Boxx, « The Durable Power of Attorney's Place in the Family of Fiduciary Relationships » (2001) 36 Ga L Rev 1; Carolyn L Dessin, « Acting as Agent Under a Financial Durable Power of Attorney: An Unscripted Role » (1996) 75 Neb L Rev 574.

151. Uniform Law Commission, en ligne : <www.uniformlaws.org>. Cet organisme était désigné auparavant comme la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*.

152. Handbook of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and Proceedings of the Annual Conference Meeting in Its Seventy-Third Year 275-81 (1964). Voir également Dessin, *supra* note 150 à la p 577.

153. Pour un historique de la procuration permanente aux États-Unis, voir Boxx, *supra* note 150 aux pp 2-3, Dessin, *supra* note 150 à la p 578; Nina A Kohn, « Elder Empowerment as a Strategy for Curbing Hidden Abuses of Durable Powers of Attorney » (2006) 59:1 Rutgers L Rev 1 à la p 6; Lori A Stiegel et Ellen VanCleave Klem, « Power of Attorney Abuse: What States Can Do About It, A Comparison of Current State Laws with the New Uniform Power of Attorney Act », AARP Public Policy Institute (novembre 2008) à la p 8, en ligne : <assets.aarp.org/rgcenter/consume/2008_17_poa.pdf>; Kim Vu-Dinh, « Reforming Durable Power of Attorney to Protection Alaskan Elders from Financial Exploitation » (2010) 27:1 Alaska L Rev 1 aux pp 6-8.

154. Kohn, *supra* note 153 à la p 6.

155. Voir à titre d'exemple, voir § 5-1501 du *New York General Obligations Law* ou l'article 709.2103 du *Florida Power of Attorney Act*. Il s'agit ici d'une différence importante avec le Québec, alors que toutes les procurations sont assujetties aux mêmes règles; voir partie I.A ci-dessus.

mandataires et des tiers, ainsi que leurs droits et obligations respectifs se rapportent spécifiquement à ce genre d'instrument, qui nécessite la mise en place d'un cadre juridique qui lui est propre. La plupart des lois étatiques précisent que les règles y afférentes ne s'appliquent pas à la procuration accordée au courtier immobilier, au gestionnaire de copropriétés ou encore à celle relative aux droits de vote ou à la gestion des placements, à titre d'exemple. La procuration peut également être subordonnée à une condition suspensive (*springing power of attorney*), auquel cas elle ne prend effet que lorsque certaines conditions sont remplies, dont l'inaptitude du mandant¹⁵⁶.

De façon générale, les lois étatiques précisent que la procuration permanente doit être constatée dans un écrit signé par le mandant¹⁵⁷. Dans certains États, la procuration doit être signée devant deux témoins ou un notaire afin de réduire le risque de fabrication de faux documents et pour confirmer l'aptitude du mandant¹⁵⁸. L'État de New York exige également que des caractères d'imprimerie d'au moins 12 points soient utilisés lors de la rédaction de la procuration¹⁵⁹. Finalement, plusieurs États américains ont adopté des dispositions précisant les stipulations d'une procuration type (*statutory form*) afin d'aider le mandant à circonscrire les pouvoirs qu'il souhaite déléguer¹⁶⁰.

Il est important de souligner que les règles et surtout les mesures de protection contre les manquements du mandataire sont les mêmes, peu importe que la procuration soit permanente ou non. Ainsi, aux États-Unis, les mandants aptes à consentir ont droit aux mêmes protections que ceux qui sont inaptes¹⁶¹.

156. À ce titre, contrairement à la situation au Québec, par exemple, l'événement permettant de confirmer l'incapacité est établi dans le pouvoir. S'il entend utiliser la procuration, le mandataire se voit donc conférer la tâche de vérifier, et surtout de prouver que l'événement déclencheur est survenu.

157. Dessin, *supra* note 150 à la p 581.

158. Voir à titre d'exemple, *Arizona Revised Statutes*, § 14-5501; *California Probate Code* § 4121; *Florida Statutes* c 709, s 709.2106.

159. Partie II.C(2), ci-dessous.

160. Voir notamment le modèle de procuration permanente de l'État de New York : The Official Website of the City of New York, en ligne : <www.nyc.gov/html/dhs/downloads/pdf/poa_ny_short_form1_%20082010.pdf>.

161. Contrairement à la situation au Québec, alors que seules les personnes incapables juridiquement bénéficient des mesures de protection prévues au *Code civil du Québec*. Pour de plus amples détails, voir partie I.A.

B. Les problèmes liés à l'utilisation de procurations accordées par des mandants aînés

Aux États-Unis, l'exploitation des aînés par l'utilisation abusive de procurations est apparue comme un phénomène à éliminer dès le milieu des années 90¹⁶². Des auteurs, qui font autorité encore aujourd'hui, ont commencé à associer la procuration à une « *licence to steal* »¹⁶³. Dans un texte publié en 1996, l'exploitation au moyen de procurations est qualifiée d'« *invisible epidemic* », car souvent, la victime ne se rend pas compte qu'elle est exploitée¹⁶⁴.

Bien que ce type de situations soit difficile à détecter ou à quantifier, les sondages menés de 1993 à 2002 auprès des praticiens confirment l'existence de pratiques abusives au moyen de procurations¹⁶⁵. Fait encore plus troublant, la majeure partie des abus sont commis à l'égard de personnes aînées qui ne sont pas inaptes¹⁶⁶. Ainsi, on peut lire dans un texte publié en 2012 :

*The current lack of involvement of principals in enforcement schemes appears to result in large part from an incorrect assumption that misuse of [durable powers of attorney] almost always occurs during periods in which a principal suffers from severe incapacity [...] there is ample evidence of abuse occurring while the principals have capacity to act on their own behalf*¹⁶⁷.

Un retour sur l'historique de la procuration permanente aux États-Unis met en lumière certains facteurs qui ont favorisé l'émergence de pratiques abusives. Comme nous l'avons mentionné plus haut, un des principaux objectifs de la procuration permanente est la mise en place d'un instrument qui respecte l'autonomie et les volontés du mandant. La protection du mandant contre les abus ou la définition du rôle du mandataire ne deviendront une source de préoccupation que plus tard¹⁶⁸.

162. Stiegel et VanCleave Klem, *supra* note 153 à la p 9; Linda S Whitton, « Durable Powers as an Alternative to Guardianship: Lessons We Have Learned » (2007) 37:1 Stetson LR 7 aux pp 12–13.

163. *Supra* note 6.

164. Hans A Lapping, « License to Steal: Implied Gift-Giving Authority and Powers of Attorney » (1996) 4 Elder LJ 143 à la p 167.

165. Pour une liste de ces études ainsi qu'un résumé succinct, voir Stiegel et VanCleave Klem, *supra* note 153 à la p 7.

166. Michele M Hughes, « Remedying Financial Abuse by Agents Under a Power of Attorneys for Finances » (2001) 2:4 Marquette Elder's Advisor 39 à la p 39.

167. Kohn, *supra* note 153 aux pp 36–37.

168. Stiegel et VanCleave Klem, *supra* note 153 aux pp 8–9.

Quant aux causes de ces abus, telles que recensées par les auteurs, celles-ci se résument comme suit :

Flou juridique entourant les devoirs du mandataire

Le flou entourant les devoirs du mandataire a rapidement été désigné comme l'une des principales causes d'exploitation des aînés au moyen de procurations. Sans un minimum de paramètres, il est difficile pour le mandataire de bien saisir la nature et l'étendue de ses devoirs. Déjà en 1996, Carolyn L Dessin¹⁶⁹ dénonçait le fait que le mandataire se voit confier des tâches importantes sans que la législation pertinente lui fournisse des guides ou des balises.

Les auteurs soulignaient que le détenteur d'une procuration est assujéti à un devoir fiduciaire¹⁷⁰. Or, outre le devoir d'agir avec loyauté et avec soin, qui est intrinsèque au devoir fiduciaire, la plupart des lois étatiques ne précisaient pas le sens et la portée de cette obligation fiduciaire lorsqu'elle est appliquée aux types de procurations qui nous intéressent¹⁷¹. À titre d'exemple, en l'absence d'instructions claires, le détenteur de la procuration doit-il donner priorité aux intérêts du mandant ou aux stipulations du mandat comme tel¹⁷²? Plus encore, outre l'ambiguïté quant aux paramètres du devoir fiduciaire, la plupart des lois étatiques ne prévoyaient aucune règle sur des questions pourtant fondamentales, tels la reddition de comptes, les conflits d'intérêts, la confusion potentielle des patrimoines du mandant et du mandataire, l'obligation de conserver les pièces justificatives, la communication avec le mandant, le remboursement des dépenses du mandataire ou sa rémunération, le cas échéant¹⁷³. Dans un texte publié en 2006, Karen E Boxx s'exprime comme suit : « *agent is largely left guessing as to what his duty is* »¹⁷⁴. Dans la mesure où le mandat est ambigu, le mandataire est alors vulnérable aux poursuites ou à la critique du mandant lui-même ou des tiers¹⁷⁵.

169. Dessin, *supra* note 150 aux pp 584 et s.

170. *Ibid* à la p 603.

171. Rebecca C Bell, « Florida's Adoption of the Uniform Power of Attorney Act: Is it Sufficient to Protect Florida's Vulnerable Adults? » (2011) 24 St-Thomas L Rev 32 à la p 40.

172. Boxx, *supra* note 150 à la p 54.

173. Kohn, *supra* note 153.

174. Boxx, *supra* note 150 à la p 56.

175. Kohn, *supra* note 153 à la p 25.

Mauvaise surveillance du mandataire

Des lacunes dans les mécanismes de surveillance ou de contrôle du mandataire expliqueraient également certains abus¹⁷⁶. En principe, le mandant devrait surveiller lui-même son mandataire et révoquer la procuration s'il est insatisfait. Dans la mesure où le mandant est apte, le tribunal a en principe un pouvoir d'intervention limité¹⁷⁷.

Absence de règles relatives aux cadeaux

L'absence de règles applicables aux cadeaux ou le flou les entourant ont longtemps été décriés. Il était trop facile pour les auteurs des abus de se rabattre sur l'absence de précision dans le mandat et de présumer le consentement du mandant. L'octroi de cadeaux a été l'objet de litiges devant les tribunaux à de nombreuses reprises¹⁷⁸.

Mauvaise compréhension ou connaissance du rôle de mandataire

Pour certains auteurs, la méconnaissance par le détenteur de la procuration de son rôle et de ses devoirs est également à l'origine de certains cas d'abus¹⁷⁹.

Méconnaissance de la part du mandant des risques associés à la mise en place d'une procuration

Finalement, la piètre connaissance par les mandants des risques liés à la mise en place d'une procuration, qui peut devenir un réel « pouvoir de voler » ou « *license to steal* » pour le mandataire, est retenue comme un autre risque majeur d'abus¹⁸⁰.

C. Modèle de législation comme source d'inspiration

Tous les États américains ont adopté des dispositions permettant la création de procurations permanentes. Les mesures adoptées pour minimiser les risques d'abus varient d'un État à l'autre. Cette partie

176. Dessin, *supra* note 150 à la p 583; Nerenberg, *supra* note 6 à la p 61.

177. Dessin, *supra* note 150 à la p 583; Kohn, *supra* note 153 à la p 4; Stiegel et VanCleave Klem, *supra* note 153 à la p 5.

178. Hughes, *supra* note 166 à la p 40.

179. Stiegel et VanCleave Klem, *supra* note 153 à la p 4; Bell, *supra* note 171 à la p 50. De même, dans Boxx, *supra* note 150 à la p 41, il est écrit: « *fiduciary duties should be imposed only to the extent that the attorney-in-fact knows of the role, is able to accept responsibility, and affirmatively accept* ».

180. Vu-Dinh, *supra* note 153 aux pp 4 et 12.

décrit le corpus législatif relatif aux procurations permanentes, applicable dans l'État de New York, lequel est particulièrement intéressant aux fins de notre étude, et ce, pour les deux raisons suivantes : i) il propose des solutions satisfaisantes aux problèmes qu'engendre une mauvaise définition du mandat susceptible de laisser place à certains abus de la part du mandataire; et ii) il comporte des mécanismes permettant de s'assurer que les obligations du mandataire sont claires pour tous, à commencer par le mandataire lui-même¹⁸¹.

1. Commentaires généraux

Les articles 5-1501 à 5-1514 de la loi new-yorkaise sur les obligations (*New York General Obligations Law*) réglementent les procurations permanentes (Loi de New York). Ces dispositions permettent aux personnes physiques d'établir une procuration visant à obtenir l'assistance d'un proche dans la gestion de certaines affaires ou de l'ensemble de leur patrimoine. Le mandant doit être apte à consentir lorsqu'il signe la procuration, mais il peut toutefois choisir de donner un caractère permanent à la procuration, auquel cas celle-ci continuera à être valide s'il devient inapte.

La Loi de New York s'applique spécifiquement aux procurations données par des personnes physiques pour la gestion de leur patrimoine. Les dispositions de cette loi ont été rédigées en tenant compte des caractéristiques de ce type de procuration et des risques qui lui sont associés. Ainsi, l'article 5-1501C précise que la Loi de New York ne s'applique pas aux procurations données dans un contexte commercial, notamment celles relatives à l'exercice du droit de vote ou celles données à un courtier immobilier.

2. Conditions de forme et définition du mandat

La Loi de New York précise que la validité de la procuration est assujettie à des conditions de forme. Dans un premier temps, la procuration doit être écrite¹⁸² et rédigée en utilisant des caractères d'imprimerie d'au moins 12 points¹⁸³. Le mandant doit signer et dater la procuration

181. Le rapport du Groupe de travail de l'AMF s'inspire également de la Loi de New York pour proposer un modèle de procuration. Voir *supra* note 9 à la p 5.

182. *New York General Obligations Law*, § 5-1501B(1) [Loi de New York]. Contrairement au Québec où le mandat peut être oral, conformément à l'article 2130 CcQ.

183. *Ibid* § 5-1501B(1)(a).

devant un notaire¹⁸⁴. Ces conditions de forme visent notamment à s'assurer que le mandat est clair et à vérifier l'aptitude du mandant au moment de la signature. Le mandataire est également tenu de signer et de dater la procuration¹⁸⁵. Cette obligation permet de confirmer que le mandat est accepté et vise également à s'assurer que le mandataire connaît ses obligations. Comme nous l'avons mentionné dans la partie II.B, plusieurs des problèmes engendrés par l'utilisation de procurations ont comme origine la mauvaise compréhension de ses obligations par le mandataire.

Pour être valide, la procuration doit inclure les deux mentions suivantes :

- i) une mention destinée à s'assurer que le mandataire a une bonne compréhension des risques associés à la mise en place de la procuration¹⁸⁶. Le mandant reconnaît ainsi qu'il confère des pouvoirs importants au mandataire, qu'il peut révoquer la procuration en tout temps et, surtout, que le mandataire doit agir selon ses instructions ou, en l'absence d'instructions claires, dans les intérêts supérieurs du mandant;
- ii) une mention à l'intention du mandataire destinée à s'assurer qu'il connaît et comprend ses obligations à titre de mandataire. Cette mention rappelle également les risques de poursuite auxquels le mandataire s'expose en cas de manquements à ses obligations¹⁸⁷.

Finalement, s'il souhaite faire des dons ou des cadeaux, le mandant doit obligatoirement signer une annexe désignée *statutory gift rider*¹⁸⁸. Comme nous l'avons mentionné dans la partie II.B, les volontés du mandant relativement aux dons ou cadeaux soulèvent de nombreux problèmes. Cette annexe vise donc à s'assurer que les volontés du mandant en ce qui a trait aux cadeaux ou dons sont claires. L'annexe indique notamment les personnes physiques ou morales (par exemple, les proches, les organismes caritatifs, etc.) auxquelles le mandataire

184. *Ibid* § 5-1501B(1)(b).

185. Contrairement à la situation au Québec, où la procuration peut être orale et où le mandataire n'est pas tenu de signer la procuration.

186. Voir annexe 1.

187. Voir annexe 2.

188. Loi de New York, § 5-1504.

est autorisé à faire des cadeaux ou dons ainsi que les montants maximums de ceux-ci. Soulignons que la validité de cette annexe est assujettie aux mêmes conditions de forme que la procuration.

La Loi de New York prévoit également une procuration modèle désignée *statutory short form* dont le rédacteur peut s'inspirer pour préparer la procuration¹⁸⁹. L'utilisation de cette procuration modèle n'est pas obligatoire bien qu'elle comporte des avantages importants : i) elle facilite la rédaction de la procuration et permet ainsi de minimiser le risque d'ambiguïté quant aux volontés du mandant et aux obligations du mandataire; et ii) comme elle est rédigée selon les stipulations suggérées par le législateur, elle permet aux tiers de reconnaître le document plus facilement et offre donc une certaine sécurité quant à l'étendue du mandat. Plus encore, si le mandant a signé une procuration modèle, les tiers ne sont autorisés à refuser d'honorer la procuration que dans un nombre limité de situations¹⁹⁰. Les tiers sont donc tenus de s'y conformer.

Outre les mentions obligatoires citées ci-dessus, la procuration modèle dresse une liste des actes pour lesquels le mandant peut attribuer des pouvoirs à son mandataire. Cette liste comprend notamment les transactions immobilières, les comptes bancaires, les placements, les assurances, les impôts ou les dons. Le mandant appose un paraphe sur les actes pour lesquels il souhaite être représenté par son mandataire. Pour éviter toute ambiguïté quant aux stipulations du mandat, dans un ensemble d'articles désignés « *Construction* », la Loi de New York précise l'étendue des pouvoirs du mandataire en lien avec chacun des actes¹⁹¹. Le mandant et le mandataire peuvent référer à ces dispositions interprétatives au besoin.

Finalement, le mandataire est présumé agir à titre gratuit. Il peut être rémunéré uniquement si la procuration le prévoit expressément¹⁹².

189. *Ibid* § 5-1513. Cette procuration modèle est accessible facilement. Voir notamment : « Power of Attorney New York Statutory Form » (18 août 2010), All New York Title Agency Inc [Modèle de procuration de l'AMF], en ligne : <www.allnewyorktitle.com/nss-folder/folder/powerofattorneynew.pdf>. Au Québec, voir le modèle de procuration suggéré par l'Autorité des marchés financiers (AMF) : *Modèle de procuration et note explicative*, en ligne : <www.lautorite.qc.ca/files/pdf/publications/conso/prevention-fraude/AMF_Procuration_simple.pdf>.

190. *Ibid* § 5-1504(1).

191. *Ibid* § 5-1502A à 5-1502L.

192. *Ibid* § 5-1506(1).

3. Obligations du mandataire

L'article 5-1505 de la Loi de New York établit les obligations du mandataire, prévoyant tout d'abord que celui-ci doit agir avec prudence¹⁹³. Certains articles précisent la façon dont se déclinent les obligations fiduciaires dont le mandataire est investi envers le mandant. Le mandataire doit agir conformément aux directives du mandant ou, en l'absence de directives, dans l'intérêt supérieur de ce dernier et éviter tout conflit d'intérêts¹⁹⁴. Le mandataire est tenu de garder les biens du mandant séparés de ceux qu'il détient ou contrôle¹⁹⁵. Le mandataire doit aussi conserver les pièces justificatives et les fournir au mandant sur demande, ou dans les 15 jours si la demande est faite par un tiers intéressé¹⁹⁶.

4. Rôle des tiers et protection du mandataire

Les tiers ont aussi un rôle à jouer dans la protection des mandants. Tout d'abord, la procuration modèle donne au mandant la possibilité de désigner un surveillant (*monitor*)¹⁹⁷. À ce titre, ce dernier peut demander au mandataire de fournir les preuves justificatives de débours et transactions relatifs aux affaires que le mandataire a traitées au nom du mandant¹⁹⁸.

Les tiers peuvent aussi refuser d'honorer une procuration préparée sur la base de la procuration modèle s'ils croient de bonne foi qu'un signalement doit être fait auprès des services de protection des personnes majeures (*Adult Protective Services Unit*)¹⁹⁹ ou s'ils ont connaissance qu'un signalement d'abus financier, physique, de négligence, d'exploitation ou d'abandon a été effectué auprès de ce service²⁰⁰.

193. *Ibid* § 5-1505(1).

194. *Ibid* § 5-1505(2)(a)(1).

195. *Ibid* § 5-1505(2)(a)(2).

196. *Ibid* § 5-1505(2)(a)(3).

197. *Ibid* § 5-1513.

198. *Ibid* § 5-1505(2)(a)(3).

199. *Ibid* § 5-1504(1)(a)(2).

200. *Ibid* § 5-1504(1)(a)(3).

D. Pistes de solution pour le Québec

Comme nous l'avons explicité dans la partie I.C, les dispositions relatives au mandat et à l'administration du bien d'autrui ne permettent pas de minimiser de façon adéquate les risques de manquements de la part du mandataire, car elles ne tiennent pas compte de la vulnérabilité de la plupart des personnes âgées qui accordent une procuration et elles appréhendent mal le caractère évolutif de la vulnérabilité de ces personnes durant la période de validité de la procuration. En outre, ces dispositions offrent peu de protection au mandant et présument que ce dernier est apte à surveiller son mandataire et à tenter une action contre lui au besoin. Par ailleurs, ces dispositions n'imposent aucune condition de forme qui permettrait : i) de vérifier la capacité du mandant au moment de la signature ainsi que lors de l'utilisation de la procuration; et ii) de figer les stipulations du mandat. Finalement, ces dispositions ne confèrent aucun rôle aux tiers qui pourraient être témoins d'abus envers les personnes âgées.

De même, le mandataire est manifestement mal outillé pour jouer le rôle que la société lui confère. Aussi, ce gestionnaire néophyte est laissé à lui-même et ne comprend pas très bien les paramètres de son mandat. Le mandataire départage difficilement ses droits et ses obligations à titre de mandataire et les droits dont il pourra éventuellement se prévaloir à titre d'héritier.

Pour ces raisons, nous croyons que des règles particulières devraient s'appliquer aux procurations destinées à assister une personne apte dans la gestion de ses affaires²⁰¹. Les États-Unis offrent des pistes de solution intéressantes, dont les suivantes que le législateur québécois pourrait explorer.

Conditions de forme et définition du mandat

L'écrit devrait être obligatoire afin d'établir les stipulations du mandat, de même que la signature devant témoins ou par acte notarié. Cette condition de forme permettrait de réduire les risques qu'une personne âgée inapte *de facto* donne une procuration. Les règles devraient aussi prévoir que certains actes ou transactions ayant une incidence importante sur le patrimoine du mandant doivent être autorisés de façon expresse dans la procuration. À titre d'exemple, les donations de plus de 500 \$ devraient faire l'objet d'une disposition

201. Voir les pistes de solution envisagées par le Groupe de travail de l'AMF, *supra* note 9.

particulière dans la procuration. Il en serait de même pour la vente d'actifs excédant un certain montant. Également, afin de s'assurer que le mandant comprend bien les risques afférents à la mise en place d'une procuration, cette dernière devrait contenir une mention similaire à celle requise par la Loi de New York²⁰². Finalement, le mandataire devrait être tenu de signer la procuration pour confirmer qu'il accepte le mandat et qu'il le comprend. Une mention lui rappelant ses obligations devrait également être inscrite dans la procuration.

Obligations du mandataire

Le mandataire qui doit assister la personne aînée dans la gestion de ses affaires courantes assume des responsabilités importantes. La société québécoise compte sur les proches et la famille pour s'occuper des personnes aînées aptes, mais qui ont besoin d'aide dans la gestion de leurs affaires courantes. Pour qu'il soit bien outillé pour remplir ce rôle, le gestionnaire non professionnel doit s'appuyer sur des règles claires, que les tribunaux doivent appliquer de manière rigoureuse. La législation devrait préciser, notamment, que le mandataire doit conserver les pièces justificatives, éviter de confondre les biens du mandant avec les siens, rendre compte à la demande du mandant ou au minimum une fois l'an et éviter de confondre ses intérêts à titre d'héritier futur avec ceux du mandant.

Assistance pour la rédaction de la procuration

Le législateur québécois devrait s'inspirer de la Loi de New York et proposer une procuration modèle dans une loi, un règlement ou un guide gouvernemental²⁰³. La société québécoise souhaite que la famille prenne soin de ses personnes vieillissantes. Des outils devraient donc être mis à la disposition des mandants et des mandataires.

CONCLUSION

La personne qui milite en faveur de protections juridiques particulières pour les aînés s'expose à des accusations d'âgisme, défini comme la discrimination basée sur l'âge, ou encore d'infantilisation des personnes aînées. Or, en matière de procurations, la revue des décisions rendues par les tribunaux québécois confirme que ce sont les aînés

202. Voir annexe 1.

203. Voir le Modèle de procuration de l'AMF, *supra* note 189.

plus vulnérables qui accordent des procurations. La procuration vise en fait à contrebalancer les risques inhérents à l'existence et, surtout, à l'accroissement potentiel des effets négatifs de problèmes physiques ou cognitifs laissant une personne diminuée.

Le corpus législatif québécois relatif aux procurations n'appréhende pas, ou le fait encore trop mal, l'état de vulnérabilité des personnes âgées qui accordent une procuration à des proches pour obtenir de l'assistance dans la gestion de leurs affaires. De plus, la législation québécoise ne régleme³nte pas de façon efficace les risques de conflits d'intérêts découlant du statut de futur héritier de la plupart des proches à qui la procuration est donnée.

S'il souhaite encourager les efforts des proches qui veulent aider les aînés vulnérables ou qui se trouvent dans une situation de vulnérabilité, il serait important que le législateur québécois adopte des règles en matière de procurations qui soient bien adaptées au contexte particulier de ces personnes.

ANNEXE 1

Loi de New York, § 5-1501B(1)d) et § 5-1513(1)a)

CAUTION TO THE PRINCIPAL: Your Power of Attorney is an important document. As the “principal,” you give the person whom you choose (your “agent”) authority to spend your money and sell or dispose of your property during your lifetime without telling you. You do not lose your authority to act even though you have given your agent similar authority. When your agent exercises this authority, he or she must act according to any instructions you have provided or, where there are no specific instructions, in your best interest. “Important Information for the Agent” at the end of this document describes your agent’s responsibilities. Your agent can act on your behalf only after signing the Power of Attorney before a notary public. You can request information from your agent at any time. If you are revoking a prior Power of Attorney by executing this Power of Attorney, you should provide written notice of the revocation to your prior agent(s) and to the financial institutions where your accounts are located. You can revoke or terminate your Power of Attorney at any time for any reason as long as you are of sound mind. If you are no longer of sound mind, a court can remove an agent for acting improperly. Your agent cannot make health care decisions for you. You may execute a “Health Care Proxy” to do this. The law governing Powers of Attorney is contained in the New York General Obligations Law, Article 5, Title 15. This law is available at a law library, or online through the New York State Senate or Assembly websites, www.senate.state.ny.us or www.assembly.state.ny.us. If there is anything about this document that you do not understand, you should ask a lawyer of your own choosing to explain it to you.

ANNEXE 2

Loi de New York, § 5-1501B(1)d) et § 5-1513(1)n)

INFORMATION FOR THE AGENT: When you accept the authority granted under this Power of Attorney, a special legal relationship is created between you and the principal. This relationship imposes on you legal responsibilities that continue until you resign or the Power of Attorney is terminated or revoked. You must: (1) act according to any instructions from the principal, or, where there are no instructions, in the principal’s best interest; (2) avoid conflicts that would impair your ability to act in the principal’s best interest; (3) keep the principal’s property separate and distinct from any assets you own or control, unless otherwise permitted by law; (4) keep

a record or all receipts, payments, and transactions conducted for the principal; and (5) disclose your identity as an agent whenever you act for the principal by writing or printing the principal's name and signing your own name as "agent" in either of the following manner: (Principal's Name) by (Your Signature) as Agent, or (your signature) as Agent for (Principal's Name). You may not use the principal's assets to benefit yourself or give major gifts to yourself or anyone else unless the principal has specifically granted you that authority in this Power of Attorney or in a Statutory Major Gifts Rider attached to this Power of Attorney. If you have that authority, you must act according to any instructions of the principal or, where there are no such instructions, in the principal's best interest. You may resign by giving written notice to the principal and to any co-agent, successor agent, monitor if one has been named in this document, or the principal's guardian if one has been appointed. If there is anything about this document or your responsibilities that you do not understand, you should seek legal advice. Liability of agent: The meaning of the authority given to you is defined in New York's General Obligations Law, Article 5, Title 15. If it is found that you have violated the law or acted outside the authority granted to you in the Power of Attorney, you may be liable under the law for your violation.