
Le pouvoir juridique

Madeleine Cantin Cumyn*

Le droit positif, tel qu'il est présenté dans la doctrine et dans la jurisprudence, fait rarement état du pouvoir juridique. Lorsque apparaît le terme «pouvoir» dans sa forme substantive, il n'a pas de portée significative : il n'est qu'une autre façon de reconnaître la capacité ou la compétence, ou de définir le droit individuel ou subjectif. Pourtant le *Code civil du Québec*, de par sa codification des règles de l'administration du bien d'autrui, révèle que le pouvoir est une catégorie autonome et distincte des droits subjectifs ; il est une prérogative attribuée pour la réalisation d'une fin. Le concept de pouvoir justifie le régime particulier gouvernant son exercice et les recours spécifiques qui le soutiennent. La catégorie des pouvoirs couvre cependant un domaine d'application plus large que la seule gestion de biens pour autrui.

La théorie des pouvoirs privés, dont le titre sur l'administration du bien d'autrui est l'amorce, permet de répondre à certaines critiques formulées à l'encontre de l'idée de droit subjectif en même temps qu'elle encadre toute intervention légitime d'une personne dans la sphère juridique d'autrui.

Positive law, as articulated through doctrine and jurisprudence, rarely makes mention of the concept of legal power. In instances where it is used in its substantive form, the term "power" does not carry significant weight: these instances merely represent another way of recognizing capacity or competence, or of defining notions of individual or subjective rights. Nonetheless, the *Civil Code of Quebec* suggests, through its codification of rules governing the administration of the property of another, that the concept of power belongs to an autonomous category distinct from that which encompasses notions of subjective rights; it is a prerogative granted in order to achieve a purpose. The concept of power justifies the existence of a particular regime governing its exercise and its specific remedies. The category that houses the notion of powers, however, covers a broader sphere of application than that governing solely the administration of property belonging to another.

The theory of private powers, which is derived from the title on the administration of property of another, enables one to respond to certain criticisms levelled against the idea of subjective rights, while also framing the legitimate interference of a person in the juridical sphere of another.

* Professeur et titulaire de la Chaire Wainwright en droit civil et membre de l'Institut de droit comparé à la Faculté de droit de l'Université McGill. Cet article reprend le texte légèrement remanié et augmenté de notes de la huitième Conférence Wainwright prononcée le 24 octobre 2006 à la Faculté de droit de l'Université McGill. Sa préparation a été facilitée par l'obtention d'une subvention de recherche du Fonds Wainwright de la Faculté. L'auteur désire remercier ses collègues Monsieur le doyen Nicholas Kasirer et le professeur Robert Godin, pour la lecture critique qu'ils ont faite de son texte, et Madame Véronique Roy, B.C.L./LL.B. (Université McGill), pour son assistance dans l'élaboration des notes.

© Madeleine Cantin Cumyn 2007

Mode de référence : (2007) 52 R.D. McGill 215

To be cited as: (2007) 52 McGill L.J. 215

Introduction	217
I. L'émergence du concept de pouvoir juridique	218
A. <i>Le droit et le pouvoir : des notions interchangeables ?</i>	219
B. <i>Le pouvoir : une catégorie juridique distincte</i>	222
II. Le pouvoir : un concept régulateur complémentaire des autres techniques du droit	225
A. <i>Le pouvoir, la représentation et le mandat</i>	226
B. <i>Le droit commun de l'exercice de pouvoirs et le régime de l'administration du bien d'autrui</i>	229
Conclusion	236

Il arrive fréquemment que les constructions juridiques nouvelles naissent et se développent sous le masque de théories voisines dont elles empruntent l'autorité, mais déforment les traits¹.

[A]ussi élaboré soit-il, le droit spécial ne peut suffire à combler le vide que laisse l'absence de toute théorie générale. [...] L'autonomie postule l'existence d'un droit commun².

Introduction

L'apparition de catégories nouvelles est un phénomène récurrent dans la discipline juridique. Absentes du droit primitif, ces catégories semblent surgir soudainement. Un regard plus attentif révèle cependant que l'avènement d'un concept inaccoutumé n'a généralement rien de fortuit. Parce qu'il vient combler un besoin ressenti par l'ordre juridique, celui-ci en prépare la venue sur une période plus ou moins longue. Dès que les circonstances sont propices, que l'évolution et la complexité des situations juridiques en font voir l'utilité, le concept auparavant ignoré ou méconnu se révèle et prend la place qui lui revient presque naturellement. Ce qui pouvait sembler une solution dissidente est dès lors plus justement considéré comme la manifestation d'une idée que le droit antérieur contenait à l'état virtuel. La théorie générale qui prend forme autour de la notion vient alors confirmer tout ce que la catégorie récemment reconnue doit aux idées antérieures³.

Le pouvoir juridique a suivi ce modèle évolutif et apparaît désormais comme le concept indispensable à la régulation adéquate de nombreux rapports familiaux et économiques actuels. Notion sous-jacente dans des institutions fort anciennes, telles la communauté de biens entre époux, la tutelle et la curatelle, le pouvoir juridique est omniprésent dans la vie moderne. L'évolution du contenu du patrimoine individuel dans lequel ont pris place des biens complexes, dont la gestion requiert une expertise professionnelle, la modification des rapports interpersonnels de dépendance et le rôle prédominant que jouent les personnes morales dans la société et l'économie donnent au pouvoir une pertinence inédite. Quoique l'analyse logique de plusieurs situations

¹ Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985 à la p. 102.

² *Ibid.* à la p. 15.

³ Les concepts de patrimoine et d'universalité juridique, de droit réel et de personne morale s'insèrent dans un schéma analogue, qu'illustre aussi l'introduction des art. 1493-1496 C.c.Q. relatifs à l'enrichissement injustifié. La reconnaissance de cette source d'obligation est l'aboutissement des efforts combinés de la doctrine et de la jurisprudence. Voir notamment l'arrêt déterminant *Cie Immobilière Viger ltée c. Lauréat Giguère inc.* (1976), [1977] 2 R.C.S. 67, confirmant [1973] C.A. 867.

juridiques commande sa consécration, la catégorie du pouvoir peine à s'affirmer en droit positif. Nous chercherons donc à comprendre les mécanismes qui retiennent le pouvoir à la marge du discours des juristes malgré que celui-ci fasse incontestablement partie de notre droit (I). Nous montrerons ensuite quelle fonction régulatrice le concept de pouvoir est capable d'exercer en complémentarité avec d'autres techniques du droit (II).

I. L'émergence du concept de pouvoir juridique

Le pouvoir juridique est un concept auquel on a volontiers recours dans l'ordre constitutionnel, dans l'étude des rapports d'autorité de l'administration publique avec les particuliers. À l'opposé, le pouvoir ne joue présentement qu'un rôle marginal dans l'examen des liens entre personnes privées. Le pouvoir ne semble en effet jouir d'aucune autonomie. Le droit subjectif y règne presque sans partage. Pourtant cette domination du droit subjectif n'est pas si ancienne. Des travaux éloquents montrent, en effet, que le concept de droit individuel n'est apparu que récemment à l'échelle de la tradition civiliste⁴. Le droit romain s'est développé à l'intérieur d'une structure dans laquelle les personnes, les choses et les actions en justice étaient envisagées sans recourir à la notion de droit subjectif. Le *jus* recouvrait un sens plus proche du droit objectif de nos classifications modernes. La présentation du *jus* romain comme un droit individuel résulte d'une lecture moderne des textes anciens, sans suffisamment tenir compte que le droit romain a été édifié sur d'autres fondations. On a mal cerné l'apport du droit romain à la distinction des biens et à la définition du droit de propriété. De façon analogue, la transposition de l'action réelle, pour contraindre au respect de l'intégrité de la chose, et de l'action personnelle, pour obtenir le paiement d'une dette, en droits d'agir en justice, a ensuite suggéré les deux catégories distinctes de biens que sont les droits réels et les droits de créance⁵. Certes le *dominium* du droit romain est le prototype qui a guidé la définition du droit de propriété lors de la codification, mais le rôle central de la propriété en droit actuel et celui de la catégorie des droits réels qui en découle ne sont qu'indirectement issus du droit romain. Pour qu'un modèle unique d'appropriation des choses matérielles s'impose, il fallait consacrer le rejet définitif des systèmes de tenures avec lesquels ce modèle était en concurrence pour régir la répartition des usages et des bénéfices du sol. Alors que le droit de propriété devenait l'archétype des rapports juridiques relatifs aux choses, le droit subjectif, par ailleurs trop souvent assimilé à la propriété, a parallèlement atteint le statut de concept englobant toutes les prérogatives et les recours que l'ordre juridique reconnaît à un sujet de droit.

⁴ Voir Michel Villey, «L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains» (1946-47) 24-25 *Rev. hist. dr. fr. & étran.* 201.

⁵ Voir Michel Villey, «Du sens de l'expression *jus in re* en droit romain classique» (1949) 3 *Revue internationale des droits de l'antiquité* 417; Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963 aux pp. 54-60, 68-73, 85-87, 345-49.

Il n'est pas excessif de dire que la pensée juridique a progressivement attribué au droit subjectif une sorte de monopole, s'agissant de qualifier l'intérêt légitime qu'un justiciable peut invoquer afin d'obtenir l'application des règles juridiques⁶. Comme tous les intérêts légitimes, le pouvoir a été subsumé dans la catégorie du droit subjectif. Bien que la nécessité de reconnaître la catégorie du pouvoir devienne de plus en plus pressante, plusieurs facteurs contribuent à conserver au droit subjectif le statut qu'il a atteint.

A. Le droit et le pouvoir : des notions interchangeables ?

Il est aisé de constater que les traités de droit civil ne reconnaissent pas dans le pouvoir juridique une catégorie autonome, distincte du droit subjectif. Les brefs passages dans lesquels la doctrine québécoise évoque la notion de pouvoir font partie de l'étude de la capacité juridique. Le pouvoir est entendu dans le sens de compétence ou d'habilitation et s'accompagne d'une mise en garde contre le risque de le confondre avec la capacité⁷. Il est, par ailleurs, frappant de voir les meilleurs auteurs définir le droit subjectif, et en particulier le droit réel, comme un pouvoir d'agir, ce substantif étant manifestement employé par les juristes de la même façon que les profanes pour signifier la puissance, l'autorité ou, plus banalement, le contenu d'un droit individuel⁸. L'absence du pouvoir en tant que catégorie autonome de l'univers conceptuel des civilistes doit au premier chef être rattachée à l'analyse dominante du mandat, qui a l'effet d'élargir considérablement son champ d'application

⁶ Pour une analyse des notions de droit et d'intérêt, voir André Gervais, «Quelques réflexions à propos de la distinction des “droits” et des “intérêts”» dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier : théorie générale du droit et droit transitoire*, t. 1, Paris, Dalloz & Sirey, 1961 aux pp. 241-52 ; Roubier, *ibid.* aux pp. 127-222.

⁷ Voir Jean Pineau et Serge Gaudet, *Pineau, Burman et Gaudet : théorie des obligations*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2001 au n^o 108 ; Maurice Tancelin, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997 aux n^o 109-10 ; Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, *Baudouin et Jobin : Les obligations*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 au n^o 338 ; Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Thémis, 2006 aux n^o 937-42 ; Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 au n^o 414.

⁸ Voir notamment Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux avec le concours de Muriel Fabre-Magnan, *Traité de droit civil : introduction générale*, 4^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1994 au n^o 223 ; Jean Carbonnier, *Droit civil : les biens*, t. 3, 19^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2000 au n^o 38. Voir aussi Pascal Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004. L'auteur, voulant rendre compte des rapports contractuels souvent inégaux entre les parties, propose de renouveler la conception du contrat en élaborant une théorie du pouvoir. Le pouvoir, dans ce contexte, renvoie à la puissance ou aux moyens supérieurs d'une partie, qui lui permettent d'imposer sa volonté à son cocontractant, et non pas à une prérogative juridique en opposition au droit subjectif. La polysémie du terme «pouvoir» ajoute donc incontestablement à la difficulté de notre sujet.

aux dépens de l'examen du pouvoir dont il est assorti⁹. Certes, il n'est pas ouvertement contesté que le mandat confère un pouvoir de représentation en vertu duquel le mandataire accomplit un acte juridique qui lie le mandant¹⁰. Toutefois, bien que le mandataire agisse à titre de représentant, le mandat est perçu principalement sous l'angle du droit subjectif du mandant. L'accent mis sur l'exercice du droit d'autrui par le mandataire occulte le pouvoir dont le représentant est investi, la justification qui rend légitime son intervention dans les affaires du représenté¹¹. Suivant cette logique, le caractère essentiel du lien entre le mandat et le pouvoir de représentation dans la passation d'un acte juridique, qui définit l'institution en droit civil moderne, est ignoré. Le mandat retrouve son ancien statut d'institution polyvalente englobant les contrats pour la prestation indépendante de services de toute nature en même temps qu'il qualifie les rapports non contractuels de représentation et l'exercice de charges et de fonctions¹². Alors que le pouvoir de représentation est le seul pouvoir vraiment reconnu et que le mandat en fournit le prototype, le pouvoir n'est plus l'élément central de l'analyse de ce contrat.

S'il semble difficile de persuader les civilistes d'admettre la spécificité du pouvoir juridique, et ce malgré les travaux remarquables qui lui sont consacrés¹³, leur réticence est aussi entretenue par un contexte plus large où plusieurs notions fondamentales font l'objet de transformations à travers lesquelles elles perdent leur vocation structurante. Nous avons évoqué la tendance actuelle à recourir à la notion de propriété pour désigner toute qualité de nature patrimoniale, voire à l'étendre aux situations juridiques de nature extrapatrimoniale. Dans cette conception, que d'aucuns adoptent afin de rendre compte et d'intégrer des situations juridiques d'apparition récente, la propriété ne décrit plus spécifiquement le rapport juridique entre une personne et une chose matérielle, en vertu duquel le propriétaire tire de la chose, indépendamment et directement, l'ensemble des avantages qu'elle procure. Tout objet, chose, droit ou bien, devient susceptible de propriété, de sorte que rien ne distingue la propriété de l'idée de bien, de titre ou de droit. Le concept de propriété ainsi élargi se vide de son contenu et ne semble plus se rapporter qu'au caractère transmissible ou aliénable d'une situation juridique, que ce caractère soit reconnu ou

⁹ Voir Éthel Groffier, «L'importance croissante du mandat en droit québécois : les développements récents» (1985) 15 R.D.U.S. 445 ; Claude Fabien, *Les règles du mandat*, A.I., Chambre des notaires et Société québécoise d'information juridique, 1987.

¹⁰ Comparer la définition du mandat à l'art. 2130 C.c.Q. à celle de l'art. 1701 C.c.B.-C.

¹¹ Voir Emmanuel Gaillard, «La représentation et ses idéologies en droit privé français» (1987) 6 Droits 91.

¹² Pour une analyse critique de cette extension donnée au mandat, voir Madeleine Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000 aux n° 24-51. Les pays civilistes européens donnent au mandat une portée analogue à celle que le droit québécois lui reconnaît actuellement.

¹³ Voir notamment Roubier, *supra* note 5 aux pp. 190-202 ; Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, *supra* note 1 ; Michel Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982 aux n° 161-256 [Storck, *Essai sur le mécanisme*].

que l'on veuille justement en promouvoir la reconnaissance¹⁴. Dans la mesure où la personne qui est habilitée à intervenir dans les affaires d'autrui est généralement autorisée à accomplir des actes d'aliénation, l'intérêt d'une analyse de sa situation autrement qu'en termes de propriété, de titre ou de droit subjectif est loin d'apparaître à l'évidence.

L'acceptation de la catégorie du pouvoir juridique se heurte enfin à d'autres obstacles de nature plus diffuse, mais dont on aurait tort d'en sous-estimer le poids. Le siècle dernier a vu la doctrine élaborer diverses théories mettant en cause la notion de droit subjectif afin, notamment, de clarifier le fondement du recours en justice pour abus de droit. A ainsi été mise de l'avant l'idée que les droits subjectifs sont assortis d'une fonction sociale inhérente devant moduler leur usage et, en particulier, l'usage du droit de propriété. D'autres ont voulu distinguer entre les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, ou encore entre les droits égoïstes et les droits-fonctions¹⁵. Ces théories, proposées dans un contexte de vives controverses idéologiques, ont en commun de ne pas reconnaître que le pouvoir est un concept autonome, distinct du droit subjectif. Toutes les situations juridiques sont placées sous l'enseigne des droits individuels, incluant notamment les pouvoirs et les facultés, de même que les libertés, les devoirs liés au statut ou à l'état civil de la personne, la qualité pour agir en justice et les obligations découlant de l'exercice d'une fonction¹⁶. S'il est difficile d'évaluer l'influence de ces analyses sur la pratique du droit, il paraît indéniable qu'elles jouissent d'une certaine autorité dans la doctrine, qui n'y trouve pas d'incitatif à identifier les caractères distinctifs du pouvoir juridique.

Enfin, s'agissant de l'attitude des juristes québécois, on ne saurait négliger l'influence du mode d'appréhension de ce sujet dans la tradition de la *common law*, qu'elle s'exerce à travers les pratiques du droit commercial ou par l'intermédiaire de la législation particulière appelée à s'appliquer dans la sphère du droit régie au Québec par le droit civil¹⁷. Dans la tradition du droit anglais, le *legal title* ou titre en

¹⁴ Pour une critique de cette conception de la propriété, voir Madeleine Cantin Cumyn et Michelle Cumyn, «La notion de biens» dans Sylvio Normand, dir., *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, Saint-Nicolas (Qc), Presses de l'Université Laval, 2006 aux pp. 127-50.

¹⁵ Voir Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1927 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, 3^e éd., Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 1927 aux pp. 200-315 ; André Rouast, «Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés» (1944) 42 R.T.D. civ. 1 ; Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952. Emmanuel Gaillard montre comment ces théories, articulées à l'aide de concepts imprécis, n'aident pas à clarifier le droit positif. Voir Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, *supra* note 1 aux pp. 24-48. Ultimement, le débat porte donc sur la distinction entre le droit public et le droit privé et sur leurs fonctions respectives.

¹⁶ Cette réduction est critiquée par plusieurs auteurs. Voir notamment Roubier, *supra* note 5 aux pp. 127-222.

¹⁷ On connaît bien aujourd'hui la problématique de ces lois particulières, même celles émanant de la législature québécoise, qui sont inspirées de modèles puisés dans des ordres juridiques appartenant à la tradition de *common law*, sans adaptation suffisante au contexte civiliste de leur application. Pour de

common law est la condition suffisante de la validité d'un acte d'aliénation, que ce titre de l'aliénateur corresponde à l'exercice d'un droit ou que celui-ci l'autorise seulement à agir pour le compte d'autrui. En droit québécois, le *legal title* se trouve aisément transposé en une propriété¹⁸ et consolide l'habitude de ne pas voir de distinction entre le droit et le pouvoir.

Plusieurs facteurs tendent donc à faire obstacle à l'émergence de la catégorie des pouvoirs : l'élargissement indu de la sphère du mandat, la dénaturation des catégories structurantes en droit civil, les théories de l'abus de droit et l'influence de la *common law*. On observera enfin que ces facteurs se conjuguent presque toujours avec un usage laxiste de la langue du droit, «à l'emploi d'une terminologie trop imprécise»¹⁹, un phénomène, incommode mais constant, dont il importe aussi de tenir en compte.

B. Le pouvoir : une catégorie juridique distincte

La démarche visant à établir le caractère irréductible de la distinction entre le droit subjectif et le pouvoir juridique est-elle opportune face aux écueils importants qui semblent la vouer à l'échec ? L'affirmative s'impose d'emblée. La distinction entre le droit et le pouvoir fait partie intégrante du droit civil et n'attend que l'occasion de se manifester au grand jour. En effet, un examen même sommaire de la codification des règles de l'administration du bien d'autrui, accompagné de la prise en compte du principe de la capacité juridique, fournit la preuve de l'existence du concept de pouvoir juridique en droit québécois, et généralement dans la tradition civiliste, même s'il s'avère que les responsables de la codification n'en aient pas vraiment pris conscience.

La codification des règles de l'administration du bien d'autrui met en lumière la singularité des normes qui régissent cette activité. On constate, en effet, que d'importantes contraintes lient tout administrateur alors que ces contraintes sont absentes dans l'exercice d'un droit par son titulaire. Ce dernier peut omettre de se prévaloir de son droit ou poser des gestes qui en diminuent la valeur sans que son inaction²⁰ ou sa mauvaise gestion n'entraînent en soi une sanction. Ce n'est

la documentation relative au projet d'harmonisation de la législation fédérale, voir notamment Ministère de la Justice du Canada, «Section du droit civil et du droit comparé : direction des services législatifs» dans *Fiches terminologiques bijuridiques*, en ligne : Ministère de la Justice du Canada <<http://canada.justice.gc.ca/ft/ps/bj/harm/index.html>>.

¹⁸ La propriété *sui generis* du fiduciaire, selon l'analyse retenue sous le *Code civil du Bas Canada*, est le reflet du *legal title* du trustee. Voir *Curran c. Davis*, [1933] R.C.S. 283, juge Rinfret (dont les remarques montrent que le pouvoir d'aliénation du fiduciaire était un facteur important pour justifier son analyse). Cette analyse a été reprise dans *Royal Trust c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250, 40 N.R. 361.

¹⁹ Roubier, *supra* note 5 à la p. II. L'auteur ajoute : «[O]n doit très humblement reconnaître que les termes dont les juristes se servent constamment manquent de netteté ; les mots : droit, action en justice, pouvoir, faculté, liberté, sont constamment employés les uns pour les autres» (*ibid.* à la p. II).

²⁰ La prescription extinctive éteint le droit patrimonial dont le titulaire ne fait pas usage pendant dix ans (art. 2921-2922 C.c.Q.), sauf le droit de propriété dont le non-usage donne cependant ouverture à

qu'exceptionnellement que le titulaire d'un droit se voit obligé de justifier l'usage qu'il en fait²¹. Ainsi que l'énonce le *Code civil du Québec*, l'administrateur du bien d'autrui est, au contraire, nécessairement tenu de veiller à la conservation des droits dont il est chargé, de percevoir les fruits et de faire ce qui est requis pour maintenir la valeur du bien administré. Lorsqu'il est chargé de la pleine administration, il doit faire fructifier le bien, augmenter la valeur du patrimoine. L'administrateur doit prendre les moyens appropriés à l'identification constante des biens d'autrui sous son contrôle. Il doit agir avec impartialité en cas de pluralité des bénéficiaires. Il doit rendre compte régulièrement de sa gestion au titulaire du bien et aux autres intéressés²². Les obligations que reconnaît le régime de l'administration du bien d'autrui ne sont pas le résultat d'une convention ou autres circonstances externes. Elles découlent de la situation juridique dans laquelle l'administrateur est placé ; elles sont indissociables de la qualité d'administrateur. C'est, en effet, parce que l'administrateur est investi de pouvoirs pour accomplir la mission dont il est chargé qu'il n'est pas autorisé à agir dans son propre intérêt, ni selon son bon plaisir. Contrairement au titulaire d'un droit, l'attributaire de pouvoirs est légalement tenu d'agir dans l'intérêt d'autrui ou pour réaliser la fin en vue de laquelle les pouvoirs lui sont attribués²³. Par conséquent, la situation juridique de l'attributaire d'un pouvoir est radicalement différente de celle du titulaire d'un droit. Appliquer à l'exercice de pouvoirs le régime peu contraignant des droits subjectifs est une solution incompatible avec le droit actuel. La constatation que l'acte juridique de gestion ou d'aliénation à titre onéreux est *a priori* pourvu de la même effectivité, qu'il soit accompli dans l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir, n'y change rien.

L'autonomie du concept de pouvoir, qui émerge d'un survol du régime de l'administration du bien d'autrui, pouvait déjà se déduire des principes généraux du droit. Le droit civil établit une présomption de capacité juridique de la personne physique ou morale et un principe de non immixtion dans les affaires d'autrui²⁴. Lorsque, exceptionnellement, pareille intervention est légalement reconnue, c'est que la personne qui agit est investie d'une qualité particulière, qui l'habilite à accomplir un acte juridique dont les effets se produisent dans un autre patrimoine que le sien. À l'évidence, l'habilitation de l'agent ne lui confère pas un droit dont l'objet serait le bien d'autrui. La prérogative qui fonde la légitimité de son intervention dans les affaires d'autrui est d'une autre espèce. C'est elle qui est qualifiée de pouvoir juridique.

Si le régime de l'administration du bien d'autrui s'explique difficilement sans le recours à la notion de pouvoir, l'histoire législative du titre septième du *Code civil du*

l'usucapion éventuelle par celui qui exercerait une possession utile pendant le délai de prescription acquisitive (art. 921-922, 930, 2917-2920 C.c.Q.).

²¹ L'exercice fautif d'un droit est sanctionné par les art. 6-7, 1457 C.c.Q.

²² Voir notamment art. 1301-1307, 1313, 1317, 1351-1354 C.c.Q.

²³ Voir art. 1310 C.c.Q.

²⁴ Voir art. 4, 153-154, 303 C.c.Q. ; Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 12 aux n° 73-79.

Québec sur l'administration du bien d'autrui²⁵ montre cependant que ses rédacteurs ne l'ont pas conçu dans cette perspective. Leur objectif principal était de proposer un régime général d'administration pour autrui qui évite de devoir recourir aux règles du mandat. Ils souhaitaient fournir une source complémentaire de règles pour les diverses espèces particulières de gestion et remplacer le mandat dans ce rôle que la tradition lui a donné, mais qu'il ne remplit pas adéquatement²⁶. En procédant à la compilation de règles qui se trouvaient antérieurement énoncées dans le cadre d'institutions diverses impliquant la gestion de biens d'autrui, notamment la tutelle et la curatelle, l'exécution testamentaire, la fiducie, le mandat, ainsi que l'administration des personnes morales, ils ont retenu les normes qui présentaient un caractère suffisant de généralité pour aspirer à faire partie d'un droit commun de l'administration. Dans le même esprit, ils ont choisi une formulation ouverte prenant souvent le soin de préciser si la norme édictée peut ou non faire l'objet d'une dérogation. Que les artisans de ce titre n'aient pas eu à l'esprit que le processus de rédaction d'un régime général de l'administration du bien d'autrui les conduisait vers une codification des normes applicables à l'exercice de pouvoirs transparaît de plusieurs manières. Le pouvoir substantif, entendu dans le sens d'une prérogative juridique, est presque absent des textes du *Code civil du Québec*²⁷. L'étendue des pouvoirs d'un administrateur n'est pas précisée directement mais doit être déduite des obligations qui lui sont imposées, des interdictions qu'il doit respecter²⁸. À l'instar du mandat, les actes juridiques accomplis dans le cadre de l'administration sont envisagés en termes de responsabilité du bénéficiaire ou de l'administrateur, sans que leurs effets dans un autre patrimoine que celui de l'administrateur ne soient considérés. La question préalable de la validité de ces actes juridiques, selon qu'ils soient ou non conformes aux pouvoirs attribués ou à leur finalité, n'est pas même posée²⁹.

²⁵ Ce titre comprend les art. 1299-1370 C.c.Q.

²⁶ Voir Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : projet de Code civil*, vol. 1, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978 [*Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1] ; Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec : commentaires*, vol. 2, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978 [*Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2] ; Québec, Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice : le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, aux pp. 774-825. Le titre septième du livre des biens du *Code civil du Québec* portant sur l'administration du bien d'autrui correspond de façon étroite aux dispositions proposées sous la même appellation par l'Office de révision du Code civil dans son *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1.

²⁷ Seuls les art. 1308, 1310, 1319-1321 C.c.Q. font mention des pouvoirs de l'administrateur.

²⁸ Voir art. 1301-1307, 1315 C.c.Q.

²⁹ Comparer art. 1319-1323 C.c.Q. et art. 2152, 2157-2161, 2165 C.c.Q. Le *Code civil du Québec* continue le schéma suivi dans le *Code civil du Bas Canada* (art. 1709-1731 C.c.B.-C.), lequel était influencé par les textes romains. Voir Québec, *Code civil du Bas Canada : rapport des commissaires pour la codification des lois du Bas Canada qui se rapportent aux matières civiles*, 6^e rapport, t. 3, Québec, George E. Desbarats, 1865 aux pp. 7-15, 81-88. Or, le droit romain n'admettant pas la représentation, le mandat ne pouvait être analysé qu'en termes d'obligations entre les parties et à l'égard des tiers. Voir Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, supra note 12 aux n^o 8-19.

La constatation que, pas plus que la communauté juridique en général, les rédacteurs du *Code civil du Québec* n'ont perçu l'importance de la notion de pouvoir comme fondement des normes codifiées dans le régime de l'administration du bien d'autrui, suscite des réactions opposées : l'étonnement devant le résultat obtenu sans l'assistance d'un cadre théorique et le regret qu'à défaut de rattacher les règles de l'administration du bien d'autrui au principe qui les justifie, l'exercice de pouvoirs juridiques, l'innovation introduite, aussi prometteuse qu'elle soit, tarde à produire les résultats attendus. En effet, le pouvoir, même non officiellement consacré, n'est pas seulement indispensable pour comprendre et appliquer le régime de l'administration du bien d'autrui. Il permet aussi de reconnaître les personnes qui ont la qualité d'administrateur du bien d'autrui, d'établir les critères d'interprétation et le caractère contraignant des normes auxquelles il est assujéti et d'identifier ceux qui ont un intérêt à cette administration. Se trouve enfin occultée la pertinence du concept de pouvoir au-delà de la gestion de biens pour autrui.

II. Le pouvoir : un concept régulateur complémentaire des autres techniques du droit

Avant d'explorer les potentialités du concept de pouvoir, il importe de proposer une définition du pouvoir privé et du droit subjectif de façon à mettre en exergue le caractère distinctif de chacune de ces catégories juridiques tel qu'il se dégage de l'examen du droit positif. Dans cette optique, le pouvoir se définit comme une prérogative conférée à une personne dans l'intérêt d'autrui ou pour la réalisation d'un but, alors que le droit subjectif est une prérogative conférant à son titulaire un avantage dans son intérêt propre³⁰. De manière plus synthétique, un auteur a proposé de définir le pouvoir comme une prérogative finalisée et le droit comme une prérogative laissée au libre arbitre³¹, ou, pour un autre, le pouvoir est une prérogative altruiste et le droit, une prérogative égoïste³². Il ressort de ces définitions que le pouvoir et le droit ont en commun le fait d'être des prérogatives juridiques. Cet élément partagé signifie que la personne qui se prévaut d'un pouvoir ou d'un droit est un acteur reconnu sur la scène juridique. Le pouvoir comme le droit habilite à décider, à accomplir de manière autonome des actes juridiques contraignants. Il découle également de ces définitions que la finalité est l'élément distinctif du pouvoir. La finalité du pouvoir est le principe qui dicte le régime juridique propre à son exercice. Du respect de la finalité va aussi dépendre la validité des actes juridiques accomplis dans l'exercice de pouvoirs.

³⁰ Voir Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *ibid.* («L'intérêt d'autrui, auquel l'exercice d'un pouvoir est subordonné, le distingue essentiellement du droit subjectif que son titulaire exerce librement. La poursuite de l'intérêt d'autrui intègre nécessairement au pouvoir un but, dont l'attributaire doit tenir compte dans son exercice» [notes omises] au n° 91). Voir aussi Roubier, *supra* note 5 aux pp. 67-73, 144, 186-87.

³¹ Voir Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, *supra* note 1 aux pp. 150-55.

³² Voir Storck, *Essai sur le mécanisme*, *supra* note 13 au n° 176.

La démonstration étant faite que le droit civil reconnaît que le pouvoir désigne une catégorie distincte de prérogatives juridiques, il est temps d'en montrer l'intérêt. Cette démarche entend viser deux objectifs principaux. Partant de la conception du sujet qui nous occupe, la plus répandue dans la communauté des juristes, nous voulons d'abord clarifier les liens existant entre le pouvoir juridique, le mandat et la représentation (A). Nous examinerons ensuite dans quelle mesure le régime de l'administration du bien d'autrui exprime le droit commun de l'exercice de pouvoirs privés (B).

A. Le pouvoir, la représentation et le mandat

La première partie de notre exposé a montré que le recours au mandat par le biais de la représentation contribue à nier l'autonomie de la catégorie des pouvoirs privés. Une fausse équivalence s'établit entre les notions de pouvoir, de représentation et de mandat, qui ne laisse plus de place qu'aux droits individuels. Pour voir apparaître le concept de pouvoir, et en distinguer les divers types, il faut l'affranchir des mécanismes du mandat et de la représentation. S'il est exact de dire que le contrat de mandat confère au mandataire un pouvoir de représentation, il est aussi indéniable que le pouvoir de représentation n'est pas un équipollent du mandat puisque ce pouvoir est souvent conféré en dehors de toute convention, par la loi ou par un tribunal³³. Ainsi le tuteur et le curateur ont un pouvoir légal de représentation, non pas un pouvoir conventionnel comme c'est le cas pour le mandataire. Dans chacun de ces cas, le pouvoir de représentation doit être exercé dans l'intérêt exclusif du représenté parce que telle est la finalité du pouvoir de représentation. Doit-on en déduire que le régime du mandat s'applique, à titre supplétif, à toutes les occurrences, même non contractuelles, de l'exercice de pouvoirs de représentation, comme on le faisait avant la codification des règles de l'administration du bien d'autrui ? Une réponse négative s'impose, même s'il semble bien que la pratique antérieure prévaut encore. L'analyse d'une situation juridique en termes de pouvoirs de représentation ne doit pas entraîner l'application automatique de la qualité de mandataire, ni du régime du mandat. En effet, les règles du mandat visent à encadrer une situation établie volontairement entre parties ayant la capacité de contracter. Elles ne comportent pas de mécanismes de contrôle de l'exercice du pouvoir de représentation autres que la faculté du mandant de révoquer le mandat. Le régime de ce contrat n'est pas adapté à la gestion prolongée de biens, surtout lorsque le représenté est un mineur ou un incapable³⁴.

³³ Voir par ex. art. 86, 177, 188, 210, 256, 258, 281, 398, al.1, 444 C.c.Q. Le mandat est défini comme un contrat conférant un pouvoir de représentation à l'art. 2130 C.c.Q.

³⁴ Un arrêt récent l'illustre. Voir *Québec (Curateur public) c. D.S.*, 2006 QCCA 83, [2006] R.J.Q. 466 (en l'absence de dispositions expresses dans la loi, soit dans le *Code civil du Québec*, le *Code de procédure civile du Québec* et la *Loi sur le curateur public*, L.R.Q. e. C-81, ou dans l'acte constituant un mandat en prévision de l'incapacité, ce mandataire n'aurait pas d'obligation de rendre compte de sa gestion périodiquement. La reddition de compte périodique n'est pas prévue dans les règles du mandat). Le tribunal ne fait pas mention de l'art. 1351 C.c.Q. qui impose à l'administrateur du bien

L'application de la notion de pouvoir s'étend bien au-delà des situations qui sont correctement associées au pouvoir de représentation d'autrui. Tout pouvoir n'est pas nécessairement un pouvoir de représentation. Dans nombre d'hypothèses, une personne se voit attribuer des pouvoirs sur les biens d'autrui qui ne sont pas destinés à être exclusivement exercés dans l'intérêt du titulaire de ces biens, mais qui visent à la réalisation d'un autre but. Les pouvoirs attribués à une personne dans un autre but que la représentation, qui s'exercent donc sans représentation, doivent être regroupés dans une classe distincte, identifiée sous l'appellation de pouvoirs propres. La distinction entre les pouvoirs de représentation et les pouvoirs propres, articulée à partir de la finalité, l'élément caractéristique de ces prérogatives, constitue la classification principale des pouvoirs privés³⁵. On reconnaîtra, notamment, comme ayant la nature de pouvoirs propres, les pouvoirs du fiduciaire, du gérant d'une indivision³⁶, du liquidateur d'une succession, du fondé de pouvoir autorisé à agir en lieu et place des obligataires en faveur desquels une hypothèque est consentie pour garantir un titre d'emprunt, du créancier hypothécaire chargé de l'administration de l'objet de sa garantie³⁷ et les pouvoirs du liquidateur des biens d'un débiteur défaillant, quelle qu'en soit la source³⁸. Attardons-nous sur le cas du fiduciaire.

Le *Code civil du Québec* renouvelle l'analyse de la fiducie et écarte définitivement l'idée que le fiduciaire ait, à l'égard des biens compris dans le patrimoine de la fiducie, un droit de quelque nature que ce soit. En qualité d'administrateur du bien d'autrui, le fiduciaire exerce des pouvoirs sur ces biens, mais sans avoir la qualité de représentant. D'une part, la fiducie n'est pas reconnue comme une personne, et, d'autre part, les bénéficiaires ne sont pas les titulaires des biens contenus dans le patrimoine fiduciaire. Les pouvoirs du fiduciaire sont des pouvoirs

d'autrui de rendre compte annuellement de sa gestion, pas plus qu'il n'analyse comme un pouvoir la prérogative qu'exerce ce *mandataire*. Nous partageons l'opinion défendue par Emmanuel Gaillard, voulant qu'il n'y a pas, en droit privé, de pouvoirs discrétionnaires ou incontrôlés, sous réserve d'une potentielle disposition législative expresse dispensant l'attributaire de rendre compte (*Le pouvoir en droit privé*, *supra* note 1 aux pp. 151-52).

³⁵ Sur la distinction entre pouvoirs de représentation et pouvoirs propres, voir Storck, *Essai sur le mécanisme*, *supra* note 13 aux n^o 272-87.

³⁶ La finalité des pouvoirs du gérant n'est pas la représentation des indivisaires, mais l'entretien et la conservation des biens communs. Voir art. 1029, 1301-1305 C.c.Q.

³⁷ Voir art. 2768, 2773 et s. C.c.Q. On notera toutefois que les recours auxquels la qualité de créancier hypothécaire donne ouverture sont malencontreusement identifiés dans le *Code civil du Québec* (voir art. 2748 et s. C.c.Q.) comme des droits hypothécaires, induisant l'idée, fautive en droit civil, que le créancier puisse avoir un droit plus étendu que celui de recevoir la prestation due par son débiteur, ou que ces soi-disant droits hypothécaires, voire l'hypothèque, constituent en eux-mêmes des biens distincts de la créance. On peut aussi regretter le maintien de la désignation, inutile à notre avis, de droit réel accessoire dans la définition de l'hypothèque aux art. 2660-2661 C.c.Q. Elle amène le lecteur ou l'interprète peu familier avec ce domaine du droit à croire que l'hypothèque appartient à la même espèce ou catégorie que l'usufruit, l'emphytéose, voire la propriété. Voir Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 12 aux n^o 125-29.

³⁸ L'art. 360 C.c.Q. reconnaît aussi la qualité d'administrateur du bien d'autrui au liquidateur d'une personne morale.

propres, dont la finalité se définit en fonction de l'affectation imposée par le constituant, laquelle est précisée par l'espèce à laquelle la fiducie appartient. L'analyse de la fiducie en droit actuel ne fait appel ni à la représentation ni au mandat. Elle entraîne l'application du régime de l'administration du bien d'autrui³⁹.

Comme son appellation l'indique, l'administration du bien d'autrui n'envisage expressément que les pouvoirs sur des biens. Une personne peut cependant se voir confier la mission de veiller sur la personne d'autrui, mission pour laquelle elle est aussi investie de pouvoirs. Les pouvoirs conférés visent dans ce cas la personne plutôt que les biens d'autrui. Il y a donc lieu d'ajouter une distinction entre les pouvoirs relatifs à la personne et ceux qui portent sur les biens d'autrui. La classification principale fondée sur la finalité et celle qui s'intéresse à l'objet des pouvoirs ne s'excluent pas mutuellement. Les pouvoirs de représentation peuvent se rapporter tant à la personne physique ou morale qu'aux biens d'autrui, et il en va pareillement pour les pouvoirs propres. Le droit de la famille et le droit des personnes morales illustrent cette hypothèse de concours de pouvoirs d'espèces différentes.

Le *Code civil du Québec* offre plusieurs exemples de pouvoirs relatifs à l'être humain, qui seraient reconnus plus aisément s'ils étaient expressément présentés sous cette nomenclature plutôt que comme des droits. Les autorisations légales de consentir pour autrui, soit dans le contexte des soins à prodiguer à une personne incapable d'exprimer sa volonté, soit dans le cadre familial des rapports entre les parents et leurs enfants, investissent la personne ainsi habilitée d'un pouvoir relatif à la personne, généralement un pouvoir de représentation⁴⁰. Les pouvoirs relatifs à la personne incapable ou protégée sont par ailleurs couramment accompagnés de pouvoirs sur les biens de cette personne. Dans la mesure où ces pouvoirs de représentation ont leur source dans la loi, il est inapproprié de les associer au mandat. L'administration du bien d'autrui est le régime de référence convenable.

Le domaine des personnes morales soulève nombre de questions complexes que la théorie du pouvoir peut contribuer à solutionner. Le fonctionnement d'une personne morale repose sur l'intervention nécessaire de personnes physiques qui mettent en quelque sorte leurs facultés intellectuelles à son service. Ces intermédiaires, que le *Code civil du Québec* désigne sous le nom d'organes⁴¹, sont chargés diversement d'arrêter les décisions requises pour la réalisation des objets de la personne morale, de gérer ses biens et d'exécuter ses obligations, d'engager la personne morale dans des rapports contractuels, ainsi que d'approuver et de ratifier les politiques ou les choix les plus importants définis par ceux auxquels cette compétence est attribuée. L'activité juridique déployée en qualité d'administrateur ou de dirigeant ne correspond manifestement pas à l'exercice, dans l'intérêt personnel de l'intermédiaire, d'un droit dont il est titulaire. La prérogative conférée à ce dernier

³⁹ Cette analyse résulte de la conjonction des art. 1260-1262, 1266-1270, 1278 C.c.Q.

⁴⁰ Voir notamment art. 11-12, 19, 21, 177, 256, 597-612 C.c.Q. Voir aussi Roubier, *supra* note 5 aux pp. 195-97.

⁴¹ Voir art. 311 C.c.Q.

répond incontestablement à la définition du pouvoir juridique. Cependant, la diversité des fonctions et de l'objet des pouvoirs dévolus à ceux qui assurent la participation des personnes morales à la vie juridique empêche de leur donner une qualification unique. Lorsque la personne morale est partie à un contrat passé par l'intermédiaire habilité à l'engager, celui-ci exerce un pouvoir de représentation. Par contre, les pouvoirs directement rattachés au fonctionnement interne de la personne morale ont la nature de pouvoirs propres. La catégorie distincte des pouvoirs sans représentation ou pouvoirs propres, dont le droit romain avait esquissé l'ébauche, a été conçue initialement pour rendre compte de la spécificité des pouvoirs attribués à ceux qui assurent le fonctionnement des personnes morales⁴². Il en découle que, si les liens de droit établis dans le contexte des personnes morales peuvent parfois résulter de pouvoirs de représentation et donner ouverture à l'application des règles du mandat, la conclusion s'impose que, le plus souvent, les rapports juridiques entre les organes et la personne morale ne ressortent ni de la représentation ni du mandat⁴³.

La reconnaissance de la catégorie autonome des pouvoirs juridiques et de la distinction entre les pouvoirs propres et les pouvoirs de représentation conduit à réserver le mécanisme du mandat aux cas où il y a véritablement représentation conventionnelle. Faut-il de même restreindre l'application des règles de l'administration du bien d'autrui aux seules situations où il y a attribution de pouvoirs sur des biens ?

B. Le droit commun de l'exercice de pouvoirs et le régime de l'administration du bien d'autrui

La distinction entre les pouvoirs relatifs aux biens d'autrui et ceux qui s'exercent au regard d'une personne, amène la question du lien entre les normes généralement applicables à l'exercice de pouvoirs privés et le régime de l'administration du bien d'autrui. L'expression administration du bien d'autrui paraît indiquer que la

⁴² Voir Roubier, *supra* note 5 aux pp. 138-45, 190-206 ; François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit civil : les obligations*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2005 au n° 174 ; *Juris-classeur civil*, «Contrats et obligations : Représentation dans les actes juridiques», art. 1119, fasc. 7-A, par Michel Storck, aux n° 15 et s. L'analyse n'est pas entièrement nouvelle cependant. Elle rappelle, en effet, la distinction que Domat tirait du droit romain entre, d'une part, la procuration et les *mandemens* résultant d'une convention et, d'autre part, les administrateurs et directeurs de corps et de communauté, dont les pouvoirs découlent, sans convention, de la nature de leurs fonctions. Voir Jean Domat, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, livre 1^{er}, titre XV et livre 2^e, titre III, éd. rév., Paris, Nicolas Gosselin, 1713 aux pp. 124, 162-64.

⁴³ Domat, *ibid.* à la p. 124, observe que le mandat donné dans une affaire à un procureur par les corps ou communautés ne doit pas être confondu avec la fonction des administrateurs et directeurs de ces corps et communautés. Le vocabulaire relatif aux pouvoirs est cependant apparu depuis peu et sa normalisation reste à faire. La désignation de pouvoirs organiques, qui identifie les pouvoirs propres de l'organe d'une personne morale, permet de les distinguer des autres pouvoirs propres qui sont parfois qualifiés de pouvoirs propres autonomes. Voir Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 12 aux n° 109-12, 136-41.

pertinence du régime juridique énoncé dans le *Code civil du Québec* est limitée à l'exercice de pouvoirs sur les biens d'autrui. Une conclusion aussi réductrice, qui tendrait à nier toute utilité de la nouvelle codification en dehors de la gestion de biens, doit être écartée⁴⁴. Certes plusieurs dispositions dans le régime de l'administration pour autrui ne peuvent techniquement s'appliquer qu'à la gestion de biens. Tels sont les articles relatifs à la distinction entre la simple et la pleine administration, à l'inventaire, à l'identification et aux placements des biens d'autrui⁴⁵. Tout autre est la portée des dispositions qui codifient, dans le contexte d'une gestion de biens, les obligations essentielles découlant de la définition même du pouvoir. Nonobstant son intitulé et le lieu de son insertion dans le *Code civil du Québec*, cette partie du titre sur l'administration du bien d'autrui doit être reconnue comme énonçant le droit commun de l'exercice de pouvoirs privés. Elle comprend l'obligation d'agir avec prudence et diligence, de respecter l'étendue des pouvoirs et l'obligation de loyauté⁴⁶. Le caractère fondamental de ces éléments du régime de l'administration pour autrui est confirmé par leur réitération dans le titre sur les personnes morales et dans le mandat⁴⁷. Par conséquent, dans la mesure où les règles de l'administration du bien d'autrui précisent davantage le contenu de ces obligations⁴⁸, ces dispositions sont pertinentes et peuvent, par analogie, s'appliquer de façon aussi contraignante à l'exercice de tout pouvoir de droit privé, qu'il découle d'une charge ou d'une fonction, ou quelle qu'en soit la source. Les obligations de prudence, de diligence et de loyauté, applicables généralement à l'exercice de pouvoirs, veulent assurer que la mise en œuvre de cette prérogative exceptionnelle soit adéquate dans les circonstances et compatible avec sa finalité. Examinons d'abord le contenu de l'obligation de loyauté à laquelle celui qui exerce des pouvoirs est tenu.

La distinction entre pouvoirs de représentation et pouvoirs propres expose avec netteté l'orientation différente qui marque l'exercice de chaque espèce de pouvoirs ainsi que la nécessité de définir avec suffisamment de précision la finalité de tout pouvoir. L'attributaire de pouvoirs de représentation agit nécessairement au nom et dans l'intérêt exclusif du représenté. L'attributaire de pouvoirs propres les exerce pour réaliser le but en vue duquel les pouvoirs lui sont conférés. Alors que la finalité des pouvoirs de représentation d'autrui est unique et invariable, la finalité des pouvoirs propres est multiple et variable. Elle est déterminée par la source conventionnelle, légale ou judiciaire, qui attribue les pouvoirs propres et elle s'impose à quiconque est habilité à accomplir de manière autonome des actes juridiques dont les effets se produisent à l'égard d'une autre personne ou dans un

⁴⁴ L'idée que le titre sur l'administration du bien d'autrui ne s'applique que dans les cas où la loi l'impose expressément doit aussi être écartée.

⁴⁵ Voir notamment art. 1301-1307, 1324-1331, 1339-1350 C.c.Q.

⁴⁶ Voir art. 1308-1309 C.c.Q.

⁴⁷ Voir art. 322-324 C.c.Q. (relatifs aux personnes morales), art. 2138 C.c.Q. (du mandat).

⁴⁸ Voir notamment art. 1310-1317, 1337, 1351-1354, 1366 C.c.Q.

patrimoine qui n'est pas le sien⁴⁹. L'obligation de loyauté est directement reliée à la finalité des pouvoirs qui, soit les concentre sur l'intérêt du représenté, soit permet de les déployer plus largement pour la réalisation d'un autre but⁵⁰. L'obligation de loyauté consiste à n'user de pouvoirs de représentation que dans l'intérêt de la personne représentée. Appliquée aux pouvoirs propres, la loyauté impose que ces pouvoirs soient exercés uniquement pour en réaliser le but. Elle interdit d'utiliser les pouvoirs dans l'intérêt personnel de celui qui en est investi ou dans celui d'un tiers qui n'est pas relié à la finalité. La loyauté contient aussi une obligation d'impartialité lorsque plusieurs personnes sont pareillement intéressées à l'exercice du pouvoir⁵¹.

L'acte juridique déloyal donne ouverture à une action en annulation pour détournement de pouvoir⁵². C'est encore la finalité qui fournit la clef pour l'identification des personnes habilitées à intenter cette action et, généralement, à critiquer l'exercice de pouvoirs. À cet égard, le titre sur l'administration du bien d'autrui n'ayant pas été rédigé à la lumière de la théorie des pouvoirs, il se révèle plutôt opaque sur la question de l'identification des personnes qui ont qualité pour demander des comptes à l'administrateur et, généralement, pour exercer les recours auxquels l'administration pour autrui donne ouverture. En l'absence d'explication des termes *autrui* et *bénéficiaire* dans le *Code civil du Québec*, la distinction entre pouvoirs de représentation et pouvoirs propres trace la direction vers une solution. Lorsque l'administrateur exerce des pouvoirs de représentation, le titulaire des biens administrés, ou autrui dans la locution *administration du bien d'autrui*, est nécessairement aussi le bénéficiaire de l'administration. Nous avons vu que la tutelle, la curatelle et le mandat en sont des exemples⁵³. Par contre, la finalité des pouvoirs propres variant selon le but en vue duquel l'administration ou autre charge est constituée, la notion de bénéficiaire d'une administration ou d'une autre fonction est susceptible de comprendre d'autres intéressés que le seul titulaire des biens. Ainsi, les personnes intéressées à la liquidation d'une succession, sont non seulement les

⁴⁹ Voir Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 12 aux n° 101-03, 109-12.

⁵⁰ L'obligation de loyauté est énoncée expressément dans l'administration du bien d'autrui à l'art. 1309, al. 2 C.c.Q., ainsi qu'à l'égard de l'administrateur d'une personne morale à l'art. 322, al. 2 C.c.Q. et du mandataire à l'art. 2138 C.c.Q. L'obligation de loyauté apparaît souvent dans la doctrine et la jurisprudence sous l'appellation d'obligation fiduciaire (*fiduciary duty*) qui a cours dans la *common law*. Cette assimilation doit être évitée. En effet, la reconnaissance d'un *fiduciary duty* suit une démarche propre à cette tradition, qui diffère de celle suivie en droit civil où l'obligation de loyauté de celui qui agit dans un autre intérêt que le sien découle nécessairement de la notion de pouvoir juridique.

⁵¹ Voir art. 1310-1312, 1314, 1317, 323-326, 2146-2147 C.c.Q.

⁵² L'expression détournement de pouvoir est préférée à celle d'abus de pouvoir, utilisée par les auteurs québécois, afin de le distinguer plus nettement de l'abus de droit. De même nous préférons parler d'absence de pouvoirs plutôt que d'excès de pouvoirs, cette dernière comportant une contradiction.

⁵³ Voir art. 208, 286, 262, 282, 87 C.c.Q. ; Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 12 aux n° 114-20.

héritiers, titulaires des biens, mais aussi les créanciers de la succession⁵⁴. La même solution doit prévaloir dans tous les cas de liquidation imposée de biens et dans celui du fondé de pouvoir⁵⁵. La fiducie présente un cas de figure atypique auquel il convient encore de s'arrêter.

La question se pose d'abord de savoir si les bénéficiaires de la fiducie sont les seuls bénéficiaires de l'administration du fiduciaire, étant entendu que ce dernier est un administrateur du bien d'autrui⁵⁶. Certes les bénéficiaires de la fiducie font partie du groupe de bénéficiaires de l'administration, même s'ils ne sont pas les titulaires des biens du patrimoine fiduciaire⁵⁷. Nous croyons qu'il faut aussi reconnaître à la fiducie elle-même la qualité de bénéficiaire de l'administration, bien qu'elle ne soit pas une personne⁵⁸. La fiducie constitue une universalité juridique distincte et autonome à laquelle peut se rattacher une finalité qui ne coïncide pas nécessairement avec l'intérêt de ceux qui ont la qualité de bénéficiaires pendant sa durée. L'exemple de la fiducie d'utilité sociale, c'est-à-dire la fondation créée par fiducie⁵⁹, illustre bien que la finalité des pouvoirs d'un fiduciaire recouvre un éventail plus large que le seul intérêt des bénéficiaires actuels. Les mesures de surveillance et de contrôle de l'administration du fiduciaire, édictées par le *Code civil du Québec*⁶⁰, confortent ce point de vue puisqu'elles donnent une large énumération de ceux qui sont habilités à critiquer l'administration du fiduciaire et les recours qu'ils peuvent exercer, reconnaissant de la sorte que la finalité des pouvoirs du fiduciaire peut avoir plus d'amplitude que la seule poursuite de l'intérêt des bénéficiaires de la fiducie.

Penchons-nous maintenant sur l'obligation d'agir avec prudence et diligence dans l'exercice de pouvoirs. Nous avons constaté que l'obligation de loyauté, dont le contenu est déterminé par la finalité des pouvoirs, ne s'applique pas à la personne qui exerce son droit⁶¹. De même, la question suivante se pose : l'obligation d'agir avec

⁵⁴ Voir art. 802 C.c.Q. ; Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *ibid.* au n° 124. Voir aussi Bergeron c. Fortier, 2005 QCCA 319, [2005] R.J.Q. 982 (retenant cette analyse).

⁵⁵ Voir art. 2692 C.c.Q. ; Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *ibid.* aux n° 125-30.

⁵⁶ Voir art. 1278 C.c.Q.

⁵⁷ Voir art. 1261 C.c.Q.

⁵⁸ Le choix de définir la fiducie comme un patrimoine d'affectation plutôt qu'une personne morale est diversément pris en compte dans les autres parties du *Code civil du Québec* qui s'y réfèrent. Voir Madelcine Cantin Cumyn, «La fiducie, un nouveau sujet de droit ?» dans Jacques Beaulinc, dir., *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002 aux pp. 129-43.

⁵⁹ Voir art. 1270, 1256-1259 C.c.Q.

⁶⁰ Voir art. 1287-1292 C.c.Q. ; Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 12 aux n° 145-49.

⁶¹ L'obligation de loyauté, dont la jurisprudence a reconnu l'existence dans certains contrats qui n'étaient pas conclus dans l'exercice de pouvoirs, repose sur une justification différente. La loyauté contractuelle se rattache à l'obligation de bonne foi dont l'intensité est accrue dans le contrat de longue durée ou comportant un fort élément d'*intuitus personae*. Voir l'arrêt exemplaire *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 62 D.L.R. (4^e) 1, [1990] 28 C.C.E.L. 1. Voir aussi Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *ibid.* aux n° 286-89. Par ailleurs, il est fréquent, en droit québécois, d'assimiler l'obligation de loyauté au *fiduciary duty*, dit obligation fiduciaire, de la

prudence et diligence dans l'exercice de pouvoirs se confond-elle avec les devoirs liant la personne raisonnable qui agit pour elle-même et dont le non-respect est éventuellement sanctionné par la responsabilité civile ? Comme pour l'obligation de loyauté, nous croyons que le contenu et l'intensité des obligations de prudence et de diligence, lorsque celles-ci sont appliquées à l'exercice de pouvoirs, diffèrent substantiellement du devoir de prudence et de diligence de la personne raisonnable qui n'exerce pas de pouvoirs. Le pouvoir étant une prérogative attribuée pour réaliser un but, celui qui en est investi est nécessairement soumis à une norme plus exigeante que celle qui est appliquée à la personne qui exerce ses propres droits. L'obligation de prudence et de diligence dans la mise en œuvre de pouvoirs juridiques exige que celui qui en est investi prenne les mesures adéquates pour remplir sa mission. Sa conduite est prudente et diligente lorsqu'elle correspond à celle attendue de la personne qui, dans les mêmes circonstances, agit pour autrui ou dans un autre intérêt que le sien, non pas à la conduite de celui qui exerce son droit, laquelle implique un standard généralement moins élevé. L'obligation de diligence exclut l'inaction dès lors que l'intérêt du représenté ou la fin à réaliser impose qu'une action soit entreprise. L'habileté requise sera fonction de la complexité de la tâche à accomplir. Elle devrait aussi guider le choix de la personne à laquelle des pouvoirs sont confiés. Enfin, le pouvoir n'étant pas une prérogative laissée au libre arbitre de celui qui en est investi, les décisions prises dans l'exercice de pouvoirs sont soumises au contrôle des tribunaux. La négligence, l'incapacité et l'incurie peuvent justifier l'acte consistant à retenir la rémunération, ou celui visant à entraîner la destitution en plus de la responsabilité civile de l'attributaire de pouvoirs lorsque les conditions en sont réunies⁶². La norme plus contraignante que nous voyons découler de la notion de pouvoir modifie de façon importante l'appréciation traditionnelle de l'exercice de pouvoirs, notamment en ce qui concerne le fiduciaire. Les tribunaux hésitent encore à sanctionner l'administration du fiduciaire, en l'absence d'une preuve de mauvaise foi ou de fraude⁶³. Cependant la question la plus pertinente aujourd'hui est peut-être celle de l'application du droit commun de l'exercice de pouvoirs aux personnes morales.

L'histoire législative du titre septième du *Code civil du Québec* portant sur l'administration du bien d'autrui nous renseigne, en effet, sur les pressions exercées par des intervenants issus de la pratique et des milieux d'affaires pour exclure les sociétés par actions du domaine d'application des règles de l'administration du bien d'autrui⁶⁴. Cette attitude est singulière puisque le même historique nous apprend aussi

tradition de la *common law*. Bien que ce devoir condamne souvent un acte qui est aussi jugé déloyal en droit civil, il est inapproprié d'y recourir. L'existence d'un *fiduciary duty* ne repose pas sur la notion de pouvoir mais sur d'autres fondements. Il est donc périlleux d'en présumer l'équivalence.

⁶² Pour une analyse des recours auxquels l'administration du bien d'autrui donne ouverture, voir Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *ibid.* aux n° 327-61.

⁶³ Il est vrai que l'art. 981(k) C.c.B.-C. ne paraissait soumettre le fiduciaire qu'à l'obligation d'agir avec bonne foi ! À titre d'illustration, voir *Katz c. Naimer* (24 juillet 1998), Montréal 500-05-010030-946 et 500-05-015933-938, J.E. 98-1742 (C.S.). Voir aussi Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *ibid.* aux n° 269-78.

⁶⁴ Voir Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *ibid.* aux n° 57-61, 66-69.

que le droit des personnes morales commerciales était pour les concepteurs du titre septième l'objet principal de leur préoccupation⁶⁵. La conception de la personne morale communément reçue dans la pratique et que la législation a récemment entérinée, veut que les administrateurs et dirigeants d'une société par actions en soient les mandataires, et qu'ils agissent à titre de représentants⁶⁶. Apparemment retenue pour promouvoir l'application du droit commun québécois aux personnes morales privées⁶⁷, la qualité de mandataires et de représentants attribuée aux administrateurs et dirigeants rend mal les services attendus de la qualification dans la tradition civiliste⁶⁸, en plus de constituer un obstacle à l'application du droit commun gouvernant l'exercice de pouvoirs juridiques. Du reste, le législateur fait preuve d'incohérence lorsqu'il énonce que l'administrateur est le mandataire de la personne morale, après avoir indiqué que le conseil d'administration est l'un de ses organes⁶⁹.

La théorie de la personnalité morale considère que les organes d'une personne morale font partie intégrante de sa structure et qu'ils constituent même une condition de sa reconnaissance en tant que personne juridique⁷⁰. La représentation, quant à elle, est une technique de substitution qui n'intervient généralement que de façon facultative, entre personnes capables de contracter. La représentation suppose l'existence préalable de la personne représentée. Comment peut-on concilier le rôle de la représentation avec le rôle des organes d'une personne morale et la nature de leurs pouvoirs ? L'analyse voulant que l'administrateur et le dirigeant soient les mandataires ou les représentants de la société ne se penche pas sur la finalité de leurs pouvoirs, qui ont la nature de pouvoirs propres, et tend ainsi à nier l'intérêt qu'ont les actionnaires à leur exercice. C'est ce que nous tenterons de montrer succinctement.

⁶⁵ Voir *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 1, *supra* note 26, art. 247 à la p. 44 ; *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. 2, t. 1 à la p. 378 ; Yves Caron, «L'abus de pouvoir en droit commercial québécois» (1978) 19 C. de D. 7.

⁶⁶ Voir art. 312-313, 321 C.c.Q. ; *Loi sur les compagnies*, L.R.Q. c. C-38, art. 123(83). Voir aussi Raymonde Crête et Stéphane Rousseau, *Droit des sociétés par actions : principes fondamentaux*, Montréal, Thémis, 2002 aux pp. 421-33, 446-56 ; Maurice Martel et Paul Martel, *La compagnie au Québec : les aspects juridiques*, vol. 1, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004 aux pp. 22-3-22-9.

⁶⁷ Voir Crête et Rousseau, *ibid.* aux pp. 50-59.

⁶⁸ Voir *ibid.* aux pp. 245-55, 433-37, 454-56. Les auteurs signalent le caractère inapproprié de la présomption de gratuité du mandat et de la révocabilité qui le caractérise. La même critique vaut pour la règle d'interprétation restrictive des pouvoirs d'un mandataire, que rien ne justifie d'appliquer aux pouvoirs des administrateurs d'une personne morale. Un renvoi à la pleine administration aurait amené l'application des art. 1306-1307 C.c.Q. Voir Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 12 aux n° 193-204.

⁶⁹ Voir art. 321, 311 C.c.Q.

⁷⁰ Voir notamment Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil : les personnes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1989 au n° 28 ; Jean-Pierre Berdah, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, Paris, Sirey, 1974 ; Gérard Martin, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, thèse de doctorat en droit, Université de Nancy II, 1977, aux pp. 91-124 [non publiée].

Les administrateurs vus comme les représentants de la société doivent exercer leurs pouvoirs dans son intérêt exclusif. Comment se définit l'intérêt de la société ? Les administrateurs, que leur fonction d'organes confond avec la société elle-même, se trouvent placés dans la position d'explicitier l'intérêt de la société, donc la finalité de leurs pouvoirs, et d'en surveiller le respect, dans l'intérêt de la personne morale qu'ils représentent. Le conseil d'administration, incarnant la volonté de la société, est appelé à juger de la compatibilité de l'exercice qu'il fait de ses pouvoirs avec l'intérêt de la société, sa mandante. Dans ce schéma, les actionnaires sont relégués au rôle de tiers, une situation qui met en doute la suffisance de leur intérêt pour critiquer l'exercice des pouvoirs⁷¹. En réalité, l'analyse en termes de représentation de la fonction des administrateurs tend à transformer leur statut d'attributaires de pouvoirs en celui de titulaires de droits subjectifs⁷². Un examen même sommaire de cette branche du droit le confirme : le droit commun de l'exercice de pouvoirs juridiques ne joue aucun rôle dans l'appréciation des obligations des administrateurs de personnes morales⁷³. L'obligation d'agir avec prudence et diligence est analysée de la même manière et selon les mêmes critères que le devoir généralement applicable à la personne raisonnable agissant pour elle-même. Aucune compétence particulière n'est requise des administrateurs. L'inaction ou le défaut d'exercer les pouvoirs ne sont pas sanctionnés. La retenue dont les tribunaux font preuve, en vertu de laquelle ils s'abstiennent de juger de la gestion des personnes morales, achève de consolider l'impression que les administrateurs n'ont de compte à rendre qu'à eux-mêmes⁷⁴. La suggestion d'appliquer la théorie des pouvoirs privés aux personnes morales commerciales paraîtra sans doute irréaliste, voire extravagante. Pourtant, paradoxalement, les directives dites de régie interne ou de bonne gouvernance, qui émanent depuis quelque temps d'organismes non étatiques de réglementation des entreprises, exhortent leurs membres à adopter des pratiques de gestion et de divulgation qui rejoignent singulièrement le contenu des obligations fondamentales attachées à l'exercice de pouvoirs⁷⁵. On donnerait à ces normes incitatives une

⁷¹ Pour une description de la démarche analytique sur laquelle se fonde la pratique, voir Crête et Rousseau, *supra* note 66 aux pp. 480-91, 518-20.

⁷² Emmanuel Gaillard observe aussi que le défaut de reconnaître la catégorie des pouvoirs sans représentation empêche un contrôle véritable de leur exercice. Voir Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, *supra* note 1 aux pp. 230-31.

⁷³ Une affaire l'a récemment illustré. Voir *Magasins à rayons Peoples (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 R.C.S. 461, 244 D.L.R. (4^e) 564. Pour une étude portant sur la formation du droit québécois des personnes morales, voir Madeleine Cantin Cumyn, «Les personnes morales dans le droit privé du Québec» (1990) 31 C. de D. 1021.

⁷⁴ Voir Marc Giguère, «La compétence et la diligence des administrateurs de compagnies» dans Jacques Boucher et André Morel, dir., *Le droit dans la vie économique-sociale : livre du centenaire du Code civil*, vol. 2, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1970 aux pp. 113-32. Ce n'est que récemment que les tribunaux québécois ont commencé à exiger des administrateurs une expertise minimale. Sur l'insuffisance des mécanismes de contrôle de la gouvernance des sociétés par actions et sur l'ensemble de la problématique, voir Crête et Rousseau, *supra* note 66 aux pp. 395-415, 457-78.

⁷⁵ Voir par ex. Bourse de Toronto, *Régie d'entreprise : guide de divulgation*, en ligne : European Corporate Governance Institute <http://www.ecgi.org/codes/documents/tsx_gtgd_fr.pdf>. Voir aussi

véritable portée juridique en les intégrant au droit commun de l'exercice de pouvoirs. L'analyse juridique accuserait-elle un retard vis-à-vis de celle des organismes privés de contrôle des marchés financiers ?

Conclusion

La reconnaissance de la catégorie du pouvoir juridique se révèle doublement opportune. La théorie du pouvoir privé permet de mieux délimiter le champ d'application des droits subjectifs et d'ainsi répondre à une partie des critiques formulées contre ce concept, devenu suspect dès lors qu'il paraît nourrir l'individualisme jugé excessif de notre tradition juridique. Le concept de pouvoir rejoint, en outre, les attentes légitimes des justiciables dont les droits sont affectés par l'intervention de tiers. Le droit commun, régissant l'exercice des pouvoirs privés, veille à ce que l'activité que ces tiers sont habilités à mener dans la sphère d'autrui soit à la hauteur de la confiance qui s'attache à leur charge ou leur fonction, qu'ils n'abusent pas du statut d'autorité dont ils sont investis et qu'ils répondent de la bonne exécution de leur mission.
