

# 4

## La protection conventionnelle des personnes vulnérables

Yves-Henri LELEU  
professeur à l'U.Lg. et à l'U.L.B.  
avocat

### SOMMAIRE

Introduction	226
SECTION 1	
Domaines respectifs des protections légale et conventionnelle	230
SECTION 2	
Actes juridiques en matière extrapatrimoniale	247
SECTION 3	
<i>De lege ferenda</i> : protection extrajudiciaire encadrée	258

## Introduction

1. Toute personne est apte à être titulaire de droits : droits de la personnalité, droits patrimoniaux ou droits extrapatrimoniaux. Toutefois, l'exercice utile par la personne de ses droits suppose qu'elle soit en possession de ses facultés physiques et/ou mentales. L'âge – le grand ou le premier –, les facultés volitives – affaiblies ou absentes –, rendent la personne vulnérable et appellent l'intervention protectrice du droit, quitte à réduire l'autonomie juridique ou physique de l'individu.

Dans le concert européen, le modèle belge n'est pas à considérer comme un exemple. Peut-être le législateur a-t-il été trop satisfait d'avoir été l'un des plus prompts à réagir à la jurisprudence des années 1980 de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>1</sup> en créant le statut, toujours plus sollicité, de l'administration provisoire et son complément, la protection des malades mentaux, par la loi du 26 juin 1990. Il semble toujours aussi satisfait de sa réforme en 2001 de la tutelle et de la minorité, inspirée, en ce qui concerne le régime de l'incapacité, par l'administration provisoire (art. 410 et 488bis C. civ.), ainsi que par ses deux lois modificatives de 2003 améliorant les deux statuts, par un mouvement de fécondation réciproque nourri des expériences de leur application<sup>2</sup>. Il a depuis lors modernisé une ancestrale incapacité, celle de l'absent, en lui donnant un régime séparé mais à nouveau fort proche des deux précédents, notamment quant à la litanie des actes soumis à autorisation du juge de paix (art. 115), malheureusement asynchrone.

Le législateur belge voudrait unifier les statuts de protection des personnes vulnérables, il pressent qu'il faut le faire, engagements internationaux obligent<sup>3</sup>, mais n'y parvient pas, et s'accommode de la multiplication des régimes retouchés, seulement de plus en plus convergents dans l'administration des biens.

Quant à la protection de la personne des majeurs vulnérables, le législateur s'est arrêté en 1990 aux malades mentaux dangereux, et fait preuve de cruelle inertie pour les autres, les renvoyant à l'interdiction ou à la minorité

- 
1. En premier lieu : Cour eur. D.H., 24 octobre 1979, *Wintervenp c. Pays-Bas*, J.J.P., 2002, p. 264, note I. BRANDON.
  2. Loi du 13 février 2003 quant à la minorité et à la tutelle ; loi du 3 mai 2003 quant à l'administration provisoire. Très critique sur les améliorations apportées à l'administration provisoire : Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 20, n° 20.
  3. Principalement : Convention des Nations Unies n° 61/106 du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, signée par la Belgique en mars 2007, non encore ratifiée à ce jour.

prolongée, à la protection conventionnelle – objet de la présente contribution – ou au non droit.

Parmi les derniers pays d'Europe à ne pas avoir tenté et réussi une réforme d'ensemble tendant à unifier le régime de l'incapacité et la protection de la personne vulnérable, le droit belge demeure, en fin de compte, toujours fidèle aux catégories du Code civil, qu'il n'a pas remises fondamentalement en question.

Il réserve aux personnes vulnérables, en raison de leur état mental ou physique, quatre statuts civils d'incapacité : l'administration provisoire, la minorité prolongée, l'interdiction ou l'adjonction d'un conseil judiciaire, dont nous avons espéré l'extinction législative rapide des trois derniers <sup>4</sup>. La protection des malades mentaux ne rend pas ceux-ci incapables, mais permet leur adjonction d'un administrateur provisoire (art. 488bis-B, al. 2), ce qui ne résout rien quant à leurs droits personnels.

Nous déplorons l'absence d'un régime unique de l'incapacité juridique <sup>5</sup> orienté vers l'objectif de protection, et non d'exclusion de la personne vulnérable de la vie juridique <sup>6</sup>.

La nécessité de composer avec une multiplicité de statuts, se modernisant plus ou moins efficacement au fil du temps, par additions plus que par refonctions, entraîne une insécurité juridique, sans offrir la possibilité de confectionner un statut à la mesure du degré de vulnérabilité de la personne. L'administration provisoire le permet, surtout depuis la réforme de 2003 qui a consacré l'assistance par l'administrateur, mais elle ne concerne que les biens. Le régime des incapacités est certes plus unifié qu'auparavant, grâce au renvoi quasi généralisé de divers statuts au régime de la tutelle, et par la convergence des listes d'actes à soumettre à autorisation judiciaire en raison de leur importance (art. 410, 488bis-F et 115 C. civ.). On exclut, bien qu'ils ajoutent à la diversité, certains régimes spécifiques d'incapacité patrimoniale (faillite, règlement collectif de dettes, substitutions de pouvoirs en vertu du droit des régimes matrimoniaux).

4. Y.-H. LELEU, « Minorité prolongée, interdiction et conseil judiciaire : les dernières années », in *Les incapacités*, Liège, CUP, 2003, pp. 281 et s.
5. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 160, pp. 157-158, et « La capacité juridique. Notions générales », *Rép. not.*, t. I, l. V/1, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 2. Dans le même sens : H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Les personnes*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 1110-1111, n° 1199 ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Anvers, Intersentia, 2001, p. 181, n° 218.
6. En ce sens : F. SWENNEN, *Personenrecht in kort bestek*, 3<sup>e</sup> éd., Anvers, Intersentia, 2008, p. 147, n° 336.

## 2. Une réforme se profile toutefois.

Le 9 juillet 2008, une proposition de loi<sup>7</sup> modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, dite « projet Goutry », a été déposée.

Elle vise à remplacer tous les statuts d'incapacité existants par un seul, inspiré de l'administration provisoire, et contient de très intéressantes innovations en matière d'administration des biens, et surtout une innovation fondamentale : la gestion, unifiée mais sur mesure, de l'autonomie personnelle de la personne à protéger. Elle contient également une prise de contrôle graduelle par l'autorité (judiciaire) de la protection conventionnelle, qui en manque trop actuellement, comme il sera montré plus loin. Cette réforme est inspirée des droits voisins et motivée par le souci de mettre notre législation en conformité avec des obligations internationales.

À ce jour, cette proposition n'est plus en phase d'examen actif devant la Chambre des représentants. Elle a été, dans sa version initiale, vivement critiquée par certaines associations de défense des intérêts de certaines catégories de personnes vulnérables, estimant – nous schématisons très fortement – d'une part, que l'unicité de statut pourrait nier la diversité des situations et, d'autre part, que l'unicité de régime pourrait réduire l'autonomie qui est l'objectif à atteindre pour les personnes vulnérables qui en ont les ressources.

Ceci résulte certainement d'un malentendu, trop rapidement relayé politiquement : l'incapacité sur mesure *protège* de manière non disproportionnée par rapport au besoin de protection ; la globalisation de la protection *inclut* socialement plutôt que ne différencie ; la protection personnelle sur mesure laisse se déployer une *autonomie* potentielle ; l'unicité de régime *simplifie* et rassure.

Il est à espérer que les lignes de force du « projet Goutry » (*infra*, n° 43) ne soient pas toutes remises en question, et notamment le principe d'un statut et/ou d'un régime unique, à tout le moins pour l'administration des biens.

Certains principes novateurs du projet initial, tel celui de la mise en adéquation individualisée des mesures de protection avec la capacité résiduelle de la personne, ne nous paraissent plus de nature à pouvoir être remis en question, tant ils sont en phase avec les fondements d'un droit qui doit, grâce à

---

7. Projet dit « Goutry » ; Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ord. 9 juillet 2008, n° 52-1356/001.

l'intervention du juge, pouvoir s'adapter aux besoins individuels au lieu de catégoriser et nécessairement exclure des catégories existantes<sup>8</sup>.

**3.** Aussi, et oserait-on dire à regret, faut-il encore en 2010 exposer les techniques de protection conventionnelle. Elles conservent et conserveront leur intérêt, en matière patrimoniale et pour l'exercice des droits personnels, tant qu'aucun des statuts existants ne répondra de manière satisfaisante au besoin de protection de la personne vulnérable lorsque le (bon) statut n'aura pas été mis en place pour elle, ou lorsque ce statut ne couvrira pas ses droits extrapatrimoniaux, ou encore dans les situations d'urgence même si la personne est protégée par un statut.

Ces techniques sont utilisées assez parcimonieusement en matière patrimoniale compte tenu des risques liés à l'absence de contrôle judiciaire. Lorsqu'il convient d'y recourir, elles sont soit juxtaposées à un régime de protection organisé par la loi, soit mises en place en l'absence de tout statut.

**4.** On examinera dans la présente contribution, la technique du *mandat* donné (valablement) à une personne capable, la *gestion d'affaire* entreprise par une personne capable et la convention de *porte-fort*, en insistant sur leur régime, leurs avantages et leurs inconvénients, le tout après une brève mise en situation des statuts de protection organisés par la loi et leur place réservée dans la pratique (section 1).

S'agissant de la protection des droits de la personne par la voie conventionnelle, certaines conséquences d'une incapacité dans la sphère des droits extrapatrimoniaux seront détaillées, plus spécialement en matière médicale. Le droit belge présente cette fois l'intérêt d'avoir, mieux que certains autres systèmes juridiques, réglé adéquatement l'exercice par mandataire des droits de patient. Nous nous centrerons sur la déclaration anticipée d'euthanasie et de refus de traitement (section 2).

Nous terminerons par un bref aperçu des propositions de réforme de la législation relative aux statuts d'incapacité, et plus spécialement la place que cette proposition accorde aux systèmes de protection conventionnelle (section 3).

---

8. L'administration provisoire est le premier exemple d'incapacité sur mesure, résultat du mouvement d'émancipation, heureux, des personnes en quête de protection (F. SWENNEN, *Personenrecht in kort bestek*, *op. cit.*, p. 147, n° 336).

## SECTION 1

**Domaines respectifs des protections légale et conventionnelle****A. Statuts d'incapacité et de protection traditionnels**

**5.** Avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'administration provisoire en 1991, la lourdeur des procédures de protection des « aliénés » et leur stigmatisation socio-familiale conduisaient à laisser la plupart d'entre eux sans protection juridique, ou sous protection prétorienne *ad hoc*<sup>9</sup>.

Ils continuaient néanmoins à participer à la vie juridique, faisant courir aux tiers des risques d'insécurité non négligeables et exposant leurs proches à d'hasardeux procès en annulation de leurs actes. On ne disposait à cette époque que d'expédients, des mesures de protection conventionnelles ou prétoiriennes, tantôt imparfaites en terme de sécurité juridique, tantôt inefficaces à défaut de pérennité.

**6.** La loi du 18 juillet 1991 sur l'*administration provisoire* (art. 488bis-A à 488bis-K C. civ.) a réformé en profondeur la protection des intérêts patrimoniaux des majeurs vulnérables<sup>10</sup>. Elle accompagnait celle du 21 juin 1990 relative au traitement médical des malades mentaux et visait, avec elle, à combler les imperfections des lois des 18 juin 1850 et 28 décembre 1873, anachroniques et sans efficacité en matière patrimoniale.

L'administration provisoire a comblé la lacune de l'absence de protection des majeurs vulnérables sans statut civil d'incapacité et qui n'étaient pas privés de liberté par une mesure médicale contraignante.

Cette lacune risquait de prendre des proportions inouïes en raison de l'allongement de la vie humaine, malheureusement non nécessairement corrélié avec le maintien de l'intégrité des facultés intellectuelles. L'administration provisoire est une réponse adéquate, bien qu'assez tardive, à un besoin social très aigu, celui d'accompagner juridiquement l'allongement de la vie humaine, non nécessairement suivi par le maintien intact des facultés volitives.

Les statistiques le démontrent, croissantes pour ce qui concerne l'administration provisoire (près de 9000 désignations en 2007). Elles prouvent la

---

9. Ex. administrateur judiciaire désigné sur la base de l'article 584 du Code judiciaire ; administration de biens d'un « aliéné » sur la base de l'article 29 de la loi du 18 juin 1850 (Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire, op. cit.*, p. 12, n° 12).

10. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles, op. cit.*, p. 164, n° 167 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 222, n° 266.

désuétude des statuts de l'interdiction et du conseil judiciaire (respectivement 11 et 2 désignations en 2007) <sup>11</sup>.

**7.** La *minorité prolongée* est le second statut le plus usité en termes statistiques, mais dans une bien moindre mesure que l'administration provisoire <sup>12</sup>.

Les articles 487*bis* et suivants du Code civil qui l'organisent ont été introduits par une loi du 29 juin 1973 pour protéger une catégorie particulière de personnes vulnérables : celles affectées dès leur naissance ou leur petite enfance d'un handicap mental grave. Elles se distinguent des malades mentaux dont les capacités affectives et volitives ont subi une diminution au cours de leur vie. Cet état est en outre plus aisé à déterminer (rapidement) que la maladie mentale.

Enfants, ces personnes ne pouvaient être placées sous le statut de l'interdiction, statut qui par ailleurs les exposait à subir une longue procédure. En outre, se contenter de l'autorité parentale du droit commun pouvait créer un hiatus entre leur majorité et leur interdiction éventuelle, outre qu'elle laissait sans solution la problématique de la gestion du manque éventuel d'autonomie personnelle du majeur non-interdit ou placé sous administration provisoire (possibilité existant depuis 1991 seulement).

Partant de l'idée que l'arriéré mental grave est, par son esprit, un perpétuel enfant, le législateur a voulu pérenniser l'autorité parentale en maintenant fictivement la personne en état de minorité <sup>13</sup>. Elle parvient, d'un trait de plume, à donner au statut un régime complet d'administration personnelle et patrimoniale, celui de la minorité (art. 487*quater* C. civ.) et permet aux parents, qui vieilliront plus vite que leur perpétuel mineur dont l'espérance de vie, comme celle de tous, s'allonge, de substituer la protection d'un tuteur (tutelle spéciale) à leur autorité parentale (art. 487*quater* C. civ.) <sup>14</sup>.

11. Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire*, op. cit., p. 14.

12. Il y a eu 545 cas d'application en 1983, 713 en 1991, puis une moyenne de 400 cas entre 2000 et 2004 (P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, 11<sup>e</sup> éd., Leuven, Acco, 2008, p. 226, n° 549, citant une réponse à une question parlementaire (Question n° 603, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2004-2005, p. 12.273).

13. Pour une critique de ces présupposés : F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, op. cit., p. 206, n° 249.

14. La jurisprudence introduit le « sur mesure » là où la loi raisonnait en termes de substitution générale. Les parents pourraient demander de limiter la tutelle spéciale aux biens : Liège, 13 janvier 2004, *J.T.*, 2004, p. 452, *R.R.D.*, 2004, p. 9. Voy. aussi : J.P. Herstal, 4 avril 2003, *J.J.P.*, 2004, p. 239 (administrateur provisoire du parent du mineur prolongé autorisé à agir en justice non pour demander la décharge d'autorité parentale, mais pour faire constater son impossibilité d'exercer l'autorité parentale au sens de l'art. 389, al. 2 – tutelle de droit commun).

Sa principale faiblesse est celle de tout statut qui manque de souplesse et exclut l'adaptabilité aux situations et besoins individuels : si l'affection mentale n'est pas intervenue dans la (toute) petite enfance, mais après que l'enfant, accidenté ou malade avec séquelles neurologiques, ait atteint un âge dit de raison, le juge doit refuser de prononcer la minorité prolongée<sup>15</sup>.

Ce statut conserve un certain succès, même si actuellement la procédure de désignation d'un administrateur provisoire, applicable aux seuls majeurs, est plus souple.

**8 .** Le statut de l'*interdiction*, imposé par le Code civil aux majeurs atteints d'aliénation mentale (art. 489 C. civ.), est tombé en totale désuétude bien avant l'entrée en vigueur de la loi sur l'administration provisoire, qui a causé sa perte<sup>16</sup>.

Plusieurs raisons sont invoquées en guise d'explication : la procédure lourde et coûteuse est ressentie comme infamante<sup>17</sup> ; avant les réformes de 1990 et 1991, on lui préférerait l'internement assorti d'une moindre protection civile (art. 29, L. du 18 juin 1850) ; les conséquences sévères du statut incitent les magistrats à une prudence croissant avec l'importance prise par la protection des droits fondamentaux des personnes vulnérables.

Paradoxalement, et n'en déplaise à l'opinion considérant l'incapacité comme une *capitis deminutio*, ce statut n'en demeure pas moins le plus complet et le plus protecteur de l'incapable contre la faiblesse de sa volonté et les agissements de tiers. Il est le seul, avec la minorité prolongée (qui n'épouse pas toutes les situations de vulnérabilité), à permettre la protection de la personne dans ses décisions non patrimoniales.

**9 .** La mesure d'*adjonction d'un conseil judiciaire* est totalement obsolète, surtout depuis que l'administrateur provisoire peut, en vertu de la loi, exercer

- 
15. Civ. Bruxelles, 31 janvier 1989, *Pas.*, 1989, III, p. 80, avis M.P. (7 ans ; statut refusé) ; Civ. Turnhout, 2 juin 1994, *Pas.*, 1994, III, p. 2, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 276 (somm.) (8 ans ; statut refusé) ; comp. : Gand, 12 janvier 1984, *R.W.*, 1984-1985, col. 676 (3 ans ; statut accordé). La doctrine étend la petite enfance jusqu'à l'apparition du langage avec une limite à 6-7 ans : F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, *op. cit.*, p. 207, n° 250 ; *contra* : H. WILLEKENS, « Art. 487bis B.W. », in *Comm. Pers.*, Anvers, Kluwer, n° 1. Sur la *discrimination* qui résulterait de la limitation à la petite enfance, passible d'un recours à la Cour constitutionnelle : P. SENAËVE, « Een kwart eeuw toepassing van de wet op de verlengde minderjarigheid », p. 205, n° 414.
16. Pour un tableau statistique de 1947 à 2006 : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, *op. cit.*, n° 18. En 1947, on dénombrait 82 cas d'application ; en 1960, 96 cas ; en 1995, 9 ; en 1997, 4 et seulement 2 en 2006.
17. Voy. à ce sujet les travaux préparatoires de la loi du 29 juin 1973 sur la minorité prolongée, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ord. 1972-1973, n° 417-2, p. 5.

une mission d'assistance pour les dits « faibles d'esprits » ou « prodiges » (art. 488bis-F, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, réd. 2003), ce que la jurisprudence avait permis de manière prétorienne<sup>18</sup>.

Ce statut vise des personnes inaptes à gérer correctement leurs biens, mais pas affaiblies mentalement au point d'appeler une protection plus rapprochée. Cette mesure de protection recourt à l'*assistance* et non à la représentation. La protection est limitée au patrimoine de la personne protégée<sup>19</sup>.

Ce statut n'a guère plus de succès que l'interdiction dont il emprunte les tortueux chemins procéduraux<sup>20</sup>.

**10 .** Les lacunes et situations de non droit constatées justifient – par le seul fait que le besoin juridique de protection existe – qu'au lieu ou en plus du système de protection légale existant, il demeure nécessaire ou opportun d'envisager la protection de la personne vulnérable par la voie conventionnelle<sup>21</sup>.

Plusieurs situations peuvent donner lieu à ce type de conventions « protectrices » :

- une première est celle que l'on pourrait qualifier d'« angle mort » : une personne est déficiente mentalement, mais n'est pas encore placée sous statut de protection alors qu'elle doit accomplir un acte juridique, ou vient de le faire ;
- une deuxième situation rencontre un souci de « planification patrimoniale ou vitale » : une personne capable anticipe une incapacité dans un avenir plus ou moins proche, ou une personne partiellement capable

- 
18. Civ. Bruxelles, 9 mai 2000, *J.T.*, 2000, p. 809 ; J.P. Brakel, 7 mars 1997, *J.J.P.*, 1998, p. 351, note S. MOSSELMANS, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 106 (somm.) ; J.P. Louvain, 1<sup>er</sup> avril 1994, *VI. T. Gez.*, 1994-1995, p. 259, *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, p. 741 (somm.) ; J.P. Courtrai, 4 mars 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 370 ; Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire*, p. 150, n° 217 et s. (critique à ce sujet) ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, n° 170, p. 165 ; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, *op. cit.*, n° 525. L'applicabilité d'une administration provisoire aux prodiges est controversée, à tort selon nous : Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire*, *op. cit.*, p. 34, n° 34 et les références citées (notes 104 et 105) ;
19. Civ. Bruxelles, 13 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 983 (somm.) (refus de désigner un conseil judiciaire en raison du caractère limité de la protection offerte par ce statut).
20. Pour un tableau statistique : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, *op. cit.*, n° 18. On a dénombré 35 cas d'application en 1947, 20 cas en 1969, 24 en 1970, 32 en 1980, 52 en 1985, 77 en 1989, 14 en 1994 et seulement 1 en 2006.
21. P. Marchal, « Les incapables majeurs », *op. cit.*, n° 5 ; H. CASMAN, « Gestion d'affaire et porteur », in *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, 1983, pp. 23 et s. ; L. MAUFROID, « L'utilisation du mandat dans la gestion des biens des incapables majeurs », in *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?* (F.R.N.B. éd.), Bruxelles, 1983, pp. 18 et s.

anticipe une incapacité plus étendue, et souhaite organiser par la voie d'un contrat ce que la loi lui permet de régler quant à sa protection future, personnelle ou patrimoniale ;

- une troisième situation est l'« urgence » ; elle se rencontre lorsque la personne est mise sous un statut de protection, mais que les nécessités de la vie juridique ou de la vie tout simplement, ou encore la complexité de l'acte à accomplir, impose le recours à un tel mécanisme.

## B. Le mandat

**11.** Un mandat peut être donné par une personne vulnérable pour organiser sa protection, patrimoniale et/ou personnelle, alors qu'elle n'est sous aucun statut légal.

Le mandat est un contrat nommé, réglementé par les articles 1984 à 2010 du Code civil. Dans la présente hypothèse, le mandat est donné par la personne vulnérable alors qu'elle en est encore capable.

Le mandat peut être général – et porter aussi sur des prérogatives liées à la personne – ou particulier.

Le mandat doit être donné en pleine conscience et maîtrise de sa volonté ou dans un intervalle lucide<sup>22</sup>, sous peine d'être annulé. Si le consentement n'est pas libre mais vicié, le mandat ne sera pas nul pour défaut de consentement mais pour vice éventuel de celui-ci.

Si le mandant devient incapable – juridiquement – après la conclusion du contrat de mandat, ce dernier est non pas annulé mais révoqué, en vertu de l'article 2003 du Code civil.

La portée de cette disposition légale, et principalement son extension à l'incapacité de fait, demeure controversée, bien qu'un consensus commence à se dégager. Cette controverse est très lourde d'implications pratiques et en termes de sécurité juridique : si l'article 2003 s'applique aussi à l'incapacité de fait, les tiers agissant avec le mandataire sont, en situation d'insécurité, théoriquement contraints de vérifier la capacité de fait du mandant, ou d'inviter le mandataire à s'en assurer.

---

22. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, p. 82, n° 5, a).

## 1. Conclusion du mandat : capacité et consentement

**12.** Le sûr est que, comme pour tout acte juridique, le mandant doit avoir la pleine capacité juridique et celle en fait de consentir au mandat. Pour apprécier cette capacité, il faut se placer au moment où le mandat est conclu et non ultérieurement<sup>23</sup>. Si le mandant est frappé d'incapacité *postérieurement* à la conclusion du contrat, celui-ci ne pourrait être annulé, mais bien révoqué, « fini » – tel sont les termes de l'article 2003 du Code civil dont il convient de définir le domaine (*infra*, n° 13).

Un mandat conclu avec une personne qui n'est *pas placée sous un régime juridique d'incapacité* est en principe valable, sauf la possibilité pour le mandant de demander la nullité pour absence ou vice de consentement<sup>24</sup>. Cette nullité, relative<sup>25</sup>, ne peut être demandée que par le mandant, à l'exclusion du mandataire ou du tiers contractant.

Une possibilité d'annuler pour incapacité (juridique) le mandat conclu *avant* l'incapacité existe pour la période postérieure à la requête en cas d'administration provisoire (art. 488*bis*-I, al. 2 C. civ. ; nullité de plein droit)<sup>26</sup>, et pour la période pendant laquelle la cause d'interdiction était notoire dans les (rares) cas de prononcé d'une mesure d'interdiction (art. 503 C. civ. ; nullité facultative)<sup>27</sup>.

En cas d'annulation du mandat pour incapacité, absence ou vice de consentement au jour de sa conclusion, celle-ci s'étend, par voie de conséquence, à l'acte juridique qui fait l'objet du mandat, et ce peu importe la bonne foi du mandataire, ou que le mandant soit devenu capable ultérieurement<sup>28</sup>.

23. Civ. Mons, 16 mars 1934, *Pas.*, 1934, III, p. 129 ; P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, t. IX, l. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 36 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XXIV, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, Paris, Sirey, 1907, p. 211, n° 415 ; *R.P.D.B.*, v° Mandat, n° 103 ; B. TILLEMANN, « Lastgeving », in *A.P.R.*, Gand, Story-Scientia, 1997, n° 82.

24. P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, *op. cit.*, p. 99, n° 40 et la note n° 2.

25. B. TILLEMANN, *Le mandat*, Bruxelles, Kluwer, 1999, p. 62, n° 83 et la note n° 6.

26. Bruxelles, 21 mars 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1344 (somm.), *R.G.D.C.*, 2008, p. 79, note T. WUYTS ; Civ. Hasselt, 30 avril 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 452, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 229 (somm.), *R.W.*, 2003-2004, p. 149 ; J.P. Vielsam, 28 juillet 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1547.

27. Pour plus de détails : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, n° 228, p. 203 ; J. MASSIP, « L'article 503 du Code civil », *Rép. Defrénois*, 1985, art. 33541 ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, *op. cit.*, pp. 141 et s. En France : Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 1<sup>er</sup> juillet 2003, *Rép. Defrénois*, 2003, p. 1499, note J. MASSIP ; Cass. fr. (1<sup>re</sup> civ.), 28 janvier 2003, *Gaz. Pal.*, 29-30 octobre 2003, p. 36, note J. MASSIP.

28. B. TILLEMANN, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 62, n° 83.

Selon une doctrine ancienne, le tiers contractant ne pouvait invoquer sa bonne foi pour écarter la nullité de l'acte accompli par voie de représentation. L'article 2009 du Code civil, qui traite des causes de dissolution énumérées par l'article 2003, ne pouvait être étendu aux causes de nullité du mandat<sup>29</sup>. Aujourd'hui cette position doit être abandonnée au motif que, dans une telle hypothèse, le tiers contractant pourrait se prévaloir de la théorie du mandat apparent<sup>30</sup>.

## 2. Incapacité juridique du mandataire : révocation modulée du mandat

**13.** Le mandat n'est pas annulé mais « fini » notamment par l'« interdiction » du mandant (art. 2003 C. civ.). Il s'agit d'une cause de révocation.

La raison en est qu'il n'est pas concevable qu'un mandataire agisse et surtout continue d'agir au nom et pour le compte d'une personne qui n'a plus elle-même la capacité juridique de conclure l'acte envisagé<sup>31</sup>.

À juste titre le terme « incapacité » doit comprendre comme cause d'extinction du mandat d'autres *statuts juridiques* de protection tels la mise sous conseil judiciaire ou l'administration provisoire<sup>32</sup>. L'administration provisoire étant le *quod plerumque fit* dans les cas où il y aurait matière à appliquer l'article 2003, il conviendra de préciser l'étendue de la révocation des mandats conventionnels antérieurs, ceux-ci pouvant porter sur des prérogatives personnelles que n'englobe pas l'administration provisoire.

Mais à tort, une certaine doctrine a étendu la règle de l'article 2003 à tout *changement d'état* du mandant le rendant incapable de conférer le mandat, incluant les changements de capacité de fait, la diminution des capacités volitives du mandant<sup>33</sup>. Cette doctrine doit être fortement nuancée (*infra* n° 15).

29. *Pandectes Belges*, v° Mandat (contrat de), t. LXI, col. 661, n° 269 ; *R.P.D.B.*, v° Mandat, t. VII, p. 726, n° 103.

30. Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1258, *J.T.*, 1989, p. 547, note P.-A. FORTIERS ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, p. 82, n° 5, a), et la note 2 ; P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not., op. cit.*, p. 100, n° 41 et la note n° 6 et nos 209 et s.

31. B. TILLEMANN, *Le mandat, op. cit.*, p. 387, n° 590 et la note 240 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, n° 302, p. 259, et les références citées note 4 ; P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not., op. cit.*, n° 275, p. 306.

32. P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not., op. cit.*, n° 275, p. 305.

33. E. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, t. IV, 2<sup>e</sup> éd., n° 1486 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. III, 2<sup>e</sup> éd., n° 936 ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, n° 1307 ; P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not., op. cit.*, n° 275.

**14.** En ce qui concerne la portée à conférer à la révocation du mandat par l'entrée en vigueur d'un statut *juridique* d'incapacité, par hypothèse l'administration provisoire, les effets de l'article 2003 ne sont pas généraux, mais spéciaux.

La modification intervenue dans la capacité civile du mandant n'entraînera révocation du mandat que « dans la mesure de cette modification ». Dès lors, si le mandant a fait l'objet d'une mesure de protection qui n'entraîne qu'une diminution et non une perte de sa capacité civile, ou une perte de capacité limitée à certains droits ou certains domaines de ses droits, par exemple les droits patrimoniaux, le mandat ne prendra fin que pour les actes auxquels s'applique la mesure de protection et non pour les autres<sup>34</sup>. Ainsi, une personne mise sous le statut du conseil judiciaire conserve sa capacité en matière personnelle et une large capacité patrimoniale ; une personne mise sous administration provisoire conserve sa capacité en matière personnelle et peut, suivant les termes de l'ordonnance, conserver une capacité en matière patrimoniale.

L'application du droit commun de l'article 2003 s'impose en matière d'administration provisoire depuis la clarification législative apportée par la loi du 3 mai 2003 qui a modifié l'article 488*bis*-C, § 1<sup>er</sup> du Code civil<sup>35</sup>. Ce n'est donc plus l'acceptation de ses fonctions par l'administrateur provisoire qui met fin à tous les mandats conférés par la personne sous administration provisoire, mais le droit commun de l'article 2003 du Code civil qui peut entraîner la révocation de certains de ceux-ci<sup>36</sup>.

Par conséquent, le mandat ne disparaît plus ni automatiquement ni complètement, mais seulement dans la mesure de l'incapacité du mandant telle qu'elle résulte de la mise sous administration provisoire, c'est à dire seulement dans le domaine patrimonial, et en fonction de l'étendue des pouvoirs conférés par l'ordonnance<sup>37</sup>.

34. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, p. 314, n° 399 ; A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, thèse, coll. Recht en Praktijk, n° 41, Malines, Kluwer, 2005, nos 797 à 798*bis*.

35. L'ancien art. 488*bis*-C, § 1<sup>er</sup>, al. 6, disposait que l'administration provisoire mettait fin au mandat. Sa conciliation avec l'art. 2003 du C. civ. était délicate (dans le sens de l'extinction automatique des mandats : W. PINTENS et A. VERBEKE, « Voorlopig bewind over de goederen toebehorend aan een meerderjarige », *R.W.*, 1991-1992, p. 169, n° 17 ; en sens contraire : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, p. 259, n° 302 ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht, op. cit.*, p. 318, n° 402). *Adde* : J.P. Molenbeek Saint-Jean, 10 décembre 1991, *J.J.P.*, 1992, p. 171 (droit de tierce opposition du mandataire privé de pouvoirs en raison de la désignation d'un administrateur provisoire).

36. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles, op. cit.*, p. 166, n° 171 C.

Le mandataire conserve donc en principe son pouvoir de représentation pour les actes personnels<sup>38</sup> et pour ce qui concerne la capacité patrimoniale résiduelle de la personne protégée, qui peut être très étendue pour une personne relativement autonome.

Il reste qu'une telle coexistence de représentants peut engendrer des difficultés, qui peuvent être aplanies par une demande de révision judiciaire des pouvoirs de l'administrateur ou la révocation du mandat. L'administrateur provisoire aura pour mission de veiller à ce que les intérêts de la personne protégée soient sauvs malgré le mandat subsistant et, pour révoquer celui-ci, éventuellement solliciter une extension de ses propres pouvoirs (patrimoniaux).

### 3. Incapacité de fait du mandataire

**15 .** C'est surtout l'extension de l'article 2003 du Code civil à l'incapacité *de fait* qui est sujette à controverse.

Si l'extension de la cause légale de révocation (*interdiction du mandant ou du mandataire*) aux autres statuts d'incapacité, avec les nuances précitées pour l'administration provisoire, n'est pas excessivement pénalisante en termes de sécurité juridique, il n'en va pas de même de son extension à l'incapacité de fait.

La question est de savoir si une altération mentale progressive, voire irréversible, des facultés volitives du mandant met fin au mandat, ou s'il est nécessaire qu'un régime légal d'incapacité lui soit appliqué pour que le mandat soit révoqué.

Cette question est d'une importance pratique considérable dans un système où la protection conventionnelle n'est pas légalement organisée, échappe à tout contrôle judiciaire qui permettrait, en fait, de se rendre compte de l'état de santé du mandant, dans un système où des personnes, anticipant leur vulnérabilité préfèrent confier la gestion de leur patrimoine, voire certains aspects de leur vie, à un mandataire en qui elles ont confiance. Admettre que la perte progressive des facultés mentales – jusqu'à un seuil indéterminé – priverait le mandataire de ses pouvoirs irait à l'encontre de cet objectif et priverait le mandat de tout intérêt, dans un contexte où les statuts

---

37. En ce sens not. : F. SWENNEN, *Geestestoorden in het burgerlijk recht*, *op. cit.*, p. 319, n° 403 ; B. TILLEMANN, « Lastgeving », *op. cit.*, p. 337, n° 592.

38. En matière médicale : art. 13 de la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient (Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », *J.T.*, 2003, p. 657, n°s 52 et 54) et *infra* n° 25.

d'incapacité ne répondent pas à tous les besoins de protection, notamment en matière de droits extrapatrimoniaux et où la protection contractuelle (encadrée) est encouragée *de lege ferenda* (*infra*, n° 44).

La doctrine est divisée<sup>39</sup>.

- Selon une première opinion, le mandat est dissout dès qu'une déficience mentale apparaît, même si celle-ci ne s'accompagne pas d'un régime d'incapacité. Le terme interdiction ne serait pas de stricte interprétation, si bien qu'en pratique, les tiers, ou les notaires requis par le mandataire d'instrumenter un acte, devraient vérifier à la fois si le mandat est récent et si le mandant a conservé ses facultés intellectuelles<sup>40</sup>.
- Une deuxième opinion, plus largement suivie, requiert une mesure légale de représentation ou d'assistance pour mettre fin au mandat. En d'autres termes, le mandat subsiste tant que le mandant n'a pas été placé sous un régime de protection prévu par la loi<sup>41</sup>. Au sein de ce courant, l'on soutient même que le mandat persiste en cas de démence notoire<sup>42</sup>. Cette thèse ne distingue pas selon que c'est le mandant ou le mandataire qui est atteint d'une diminution de ses facultés.
- La troisième opinion, à laquelle nous nous rallions, est plus nuancée et distingue selon la partie atteinte de faiblesse intellectuelle. Si le *mandataire* est déficient mentalement, il est mis fin au contrat de mandat, celui-ci exigeant, chez le mandataire, une volonté libre. C'est en effet la volonté du mandataire qui est prise en compte pour apprécier la validité de l'acte accompli par celui-ci. La capacité des mandataires, plus encore que celle des mandants, appelle des investigations dans le chef des tiers, ou du notaire, parce qu'elle seule s'annonce et est susceptible de contrôle. Par contre, imposer aux tiers l'obligation de vérifier la validité d'un mandat par une appréciation de l'état d'esprit du *mandant* au moment de la confection de chaque acte, serait enlever aux procurations leur effet le plus utile<sup>43</sup>. En résumé, et comme le préconise un arrêt de la Cour de cassation de France,

39. Pour une synthèse : P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, *op. cit.*, p. 306, n° 276.

40. Ch. DE WULF et H. DE DECKER, *Het opstellen van notariële akten*, t. III, Anvers, Kluwer, 1994, p. 1388.

41. B. TILLEMANS, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 388, n° 592 et la note n° 244, citant Civ. Bruges, 12 mai 1874, *B.J.*, 1874, 696.

42. Aix, 19 novembre 1889, *Rec. Dalloz*, 1890, II, p. 156 et note ; Cass. fr., 22 octobre 1963, *Juris-classeur périodique*, 1963, IV, p. 162 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, *op. cit.*, p. 315, n° 399.

43. P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, *op. cit.*, p. 308, n° 276 *in fine*.

« l'aliénation mentale du mandant ne met pas, à elle seule, fin au mandat »<sup>44</sup>.

Certes il n'y a pas d'unanimité au sein de la doctrine et la jurisprudence publiée est rare. Faut-il pour autant constater une incertitude insécurisante<sup>45</sup> ? Nous ne le pensons pas. La thèse majoritaire se fonde sur le droit commun et l'article 2003 ne mentionne qu'une incapacité juridique.

L'on conseille au mandant ou au notaire appelé à instrumenter un mandat de valablement préciser que le mandat ne prendra pas fin en cas de simple inaptitude de fait du mandant<sup>46</sup>. S'il ne l'a pas fait, il faut estimer que le mandat n'est pas révoqué par une altération de facultés intellectuelles tant qu'un statut d'incapacité de portée révocatoire du mandat n'est pas mis en place. Ce conseil ne devrait cependant pas aboutir, en cas de contestation, à faire émerger une jurisprudence déduisant que tout mandat non stipulé expressément maintenu en cas d'incapacité de fait serait révoqué.

#### 4. Le mandat en complément d'un statut d'incapacité

**16.** Le mandat peut également être utilisé en *complément d'un statut de protection* pour plusieurs raisons, par exemple en cas d'urgence et de manque de temps pour agir conformément à la procédure prévue par le statut de protection, ou encore pour des raisons de professionnalisme, le protecteur de la personne incapable faisant appel à une personne plus qualifiée en raison de la composition du patrimoine ou de la complexité de la gestion des droits personnels, par exemple dans le domaine médical.

En raison du principe de proportionnalité, comme une mesure de protection légale ne doit pas étendre l'incapacité au-delà de ce qui est nécessaire, si la personne protégée est encore capable de gérer son patrimoine, elle peut judicieusement, dans ce cadre, être amenée à conclure des conventions et donner mandat.

Ce type de mandat pourra avoir lieu soit de l'initiative du protecteur, le cas échéant après autorisation du juge<sup>47</sup>, soit de l'initiative de la personne protégée dans la sphère de sa capacité résiduelle.

---

44. Cass. fr. civ., 22 octobre 1963, *Jurisclasseur périodique*, 1963, IV, p. 162.

45. En ce sens : P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not., op. cit.*, p. 308, n° 276 et spécialement la note n° 5.

46. *Ibidem*.

47. Par exemple, mandat de gestion à une institution financière par l'administrateur provisoire ou le tuteur (art. 488bis-F, § 1, al. 3 – art. 407, § 3, C. civ.), voy. Th. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, in *Les dossiers du J.T.*, p. 148, n°s 216 et s.

**17.** L'opportunité de recourir au mandat palliatif ou complémentaire d'un statut d'incapacité doit être appréciée au regard de l'objectif de protection de la personne vulnérable.

L'avantage du mandat, et de la thèse qui exclut l'incapacité de fait des causes de révocation du mandat, est de permettre aux personnes qui craignent une diminution de leurs facultés, de mettre en place un outil de gestion de leurs biens qui ne risque pas d'être annulé en raison de la survenance d'une incapacité.

Cependant, il ne faut pas perdre de vue que le mandat reste un acte potentiellement dangereux, hors contrôle régulier en droit belge, au point que certains auteurs le réservent comme « solution provisoire, en vue de certains actes urgents et déterminés »<sup>48</sup> et observent que « le mandat peut être un bon instrument de gestion, mais aussi la source de nombreuses difficultés si les pouvoirs du mandataire ne sont pas exactement précisés. Le moindre inconvénient n'est pas l'absence de contrôle, lorsque l'état mental du mandant l'empêche d'exercer les droits qui lui sont reconnus à cet égard par la loi : à qui le mandataire rendra-t-il compte ? Par qui et comment pourra-t-il, si nécessaire, être révoqué ? »<sup>49</sup>.

Pour pallier certains de ces inconvénients, le mandant peut prévoir deux mandataires, dotés de pouvoirs conjoints ou concurrents, ou encore exiger une reddition du compte à intervalles réguliers, en présence par exemple d'une autre personne de confiance. À nouveau, le manque d'organisation légale de la protection conventionnelle des personnes vulnérables doit être regretté.

À notre avis, le mandat général est à proscrire. Le statut de l'administration provisoire l'a d'ailleurs privé de tout intérêt, sauf en matière personnelle. Il nous paraît dangereux, dès lors, que les actes auxquels il s'applique et les pouvoirs du mandataire ne soient pas exactement précisés<sup>50</sup>, ce qui est contraire à l'esprit des régimes modernes d'incapacité portant des énumérations limitatives d'actes soumis à autorisation judiciaire.

---

48. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, p. 315, n° 399.

49. *Ibidem*, n° 5, a.

50. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, « Les principaux contrats usuels », 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, nos 386 et 390.

### C. Gestion d'affaire

**18 .** La gestion d'affaire est une autre technique de protection non statutaire, mais seulement quasi-contractuelle. Elle permet à un tiers de gérer le patrimoine d'une personne incapable de fait. Son avantage est que si, en raison de cette incapacité, le maître de l'affaire ne peut ratifier la gestion, il peut néanmoins être tenu par la loi d'exécuter les obligations en découlant.

La gestion d'affaire permet aussi, d'une certaine façon, de gérer le patrimoine d'un incapable déjà sous statut de protection, en cas d'urgence ou d'impossibilité d'agir du protecteur. Dans ce cas, la ratification sera généralement possible ; elle aura lieu *a posteriori* par le protecteur.

**19 .** La gestion d'affaire est réglementée par les articles 1372 à 1375 du Code civil.

Il y a gestion d'affaire lorsqu'une personne, sans y être obligée contractuellement ou légalement, s'immisce dans les affaires d'une autre personne et accomplit, pour elle et dans son intérêt, un acte matériel ou juridique qui lui est utile <sup>51</sup>.

Une ratification expresse par le maître de l'affaire rétroagit au jour de l'acte <sup>52</sup>, sans nuire aux droits des tiers de bonne foi qui tiennent ceux-ci de l'auteur de la ratification <sup>53</sup>.

En l'absence de ratification par le maître, par exemple si celui-ci est incapable, il sera tenu par la gestion si celle-ci lui a été utile. C'est ce que l'article 1375 du Code civil exprime en disant que « le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contracté en son nom ». Les obligations du maître (incapable) sont donc un effet de la loi. Il devra notamment indemniser le gérant des engagements pris et le rembourser des dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites (art. 1375 C. civ.) <sup>54</sup>.

**20 .** Cinq conditions sont requises pour qu'il y ait une gestion d'affaire obligeant le maître de l'affaire <sup>55</sup>.

- En premier lieu, il ne doit exister aucune convention ou obligation légale entre parties quant à l'affaire gérée. Le gérant doit avoir pris l'initiative de

51. H. CASMAN, « Gestion d'affaire et porte-fort », in *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?*, Journées notariales de Charleroi de 1983, Bruxelles, éd. F.R.N.B., 1983, pp. 23 et s. Pour une étude approfondie : E. BEYSEN, « Zaakwaarneming », in *Agemene praktische rechtsverzameling*, Malines, Kluwer, 2006.

52. Cass., 15 décembre 1932, *Pas.*, 1933, I, p. 52.

53. E. BEYSEN, « Zaakwaarneming », in *Agemene praktische rechtsverzameling*, *op. cit.*, p. 112, n° 248.

54. S. STIJN, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, p. 697, n° 19.

55. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, p. 315, n° 400.

la gestion. Cette hypothèse est précisément celle qui apparaît dans la présente problématique à l'égard d'une personne se trouvant dans l'impossibilité de manifester sa volonté en raison de son état de santé. Une autre personne prend sur elle de gérer certains de ses intérêts : il peut donc y avoir gestion d'affaire.

- Ensuite, le maître ne doit pas s'être opposé à la gestion. Une telle manifestation de volonté contraire est, par hypothèse, exclue en cas de maladie mentale ou physique.
- Le gérant d'affaire doit avoir eu la volonté de gérer l'affaire d'autrui dans l'intérêt du maître de l'affaire. La gestion d'affaire n'est donc pas concevable lorsque le gérant agit uniquement dans son intérêt. On admet toutefois qu'il puisse agir dans un intérêt commun au maître et à lui-même.
- Le gérant d'affaire ne doit en outre pas avoir agi dans une intention libérale. S'il demande le remboursement des dépenses faites, il ne faut pas qu'il apparaisse avoir agi à titre gratuit. La bienveillance et le dévouement n'impliquent cependant pas nécessairement l'intention libérale, qui doit être prouvée par celui qui l'invoque à l'encontre du gérant.
- Enfin, la gestion doit revêtir un caractère de nécessité ; elle ne se conçoit que si les actes accomplis ne sont pas seulement utiles, mais indispensables. Le seul fait que le maître soit dans l'impossibilité de s'occuper de l'affaire gérée pour lui ne suffit pas ; il faut que l'immixtion préserve son patrimoine ou évite une perte. Le gérant d'affaire peut donc certainement poser des actes de conservation et d'administration pour autant qu'ils soient nécessaires. Les actes de disposition ne sont pas pour autant exclus ; s'ils répondent aux mêmes critères, ils sont admissibles.

**21** . En matière immobilière, une vente d'immeuble peut, en théorie, être réalisée par ce biais.

Le notaire requis de prêter son ministère dans ce cadre devra néanmoins informer clairement toutes les parties des risques que présente l'opération et, en particulier, s'assurer que la condition de nécessité de l'acte est remplie. S'il a des doutes à cet égard, il peut refuser de prêter son ministère. Il doit refuser de prêter son ministère s'il perçoit qu'une des parties, notamment l'acheteur, ou un indivisaire vendeur, souhaite des garanties absolues quant à la validité de la convention <sup>56</sup>.

56. H. CASMAN, *op. cit.*, in *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?*, Journées notariales de Charleroi de 1983, Bruxelles, éd. F.R.N.B., 1983, p. 24 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, p. 316, n° 401.

Si l'*acquéreur* est « représenté » par un gérant d'affaire, le vendeur se trouve obligé immédiatement, lors de la conclusion du contrat. Les actes d'aliénation ou d'affectation hypothécaire que le vendeur accomplirait par la suite seraient sans effet en cas de ratification par l'acquéreur. En matière immobilière, il faut toutefois que l'acte soit transcrit avant la ratification pour que les éventuels actes de disposition accomplis par le vendeur après la vente sous gestion d'affaire soient inopposables à l'acquéreur au moment de la ratification<sup>57</sup>.

Si le *vendeur* est « représenté » par un gérant d'affaire, le vendeur pourrait également accomplir des actes relatifs au bien avant sa ratification. Ces actes ne peuvent nuire aux tiers de bonne foi auxquels il a cédé des droits sur le bien avant la ratification. Cela peut nuire gravement aux intérêts de l'acquéreur qui devra subir les effets d'éventuels actes de disposition accomplis par le maître de l'affaire entre la vente et la ratification<sup>58</sup>. En l'absence de ratification, suivant le principe selon lequel le maître de l'affaire est tenu seulement si la gestion lui a été utile (art. 1375 C. civ.) l'acquéreur n'aura de certitude quant à la validité de son titre que lorsque cette utilité aura été constatée<sup>59</sup>.

Ces précisions quant à la sauvegarde des droits des tiers devraient suffire à convaincre les praticiens de se détourner de ce mode de « protection » des intérêts patrimoniaux de la personne vulnérable. Le projet de réforme ne la conçoit qu'à titre très subsidiaire (*infra*, n° 52). Un administrateur provisoire au sens strict peut être désigné avec mission particulière d'accomplir tel acte utile que la personne ne serait plus en mesure d'accomplir en raison de son état de santé<sup>60</sup>.

57. Pour plus de détails voy. E. GENIN, R. PONCELET, A. GENIN, G. DE LEVAL et M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Traité des hypothèques et de la transcription », *Rép. not.*, t. X, 1. I, n° 453.

58. *Idem*, n° 454.

59. H. CASMAN, *op. cit.*, in *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?*, Journées notariales de Charleroi de 1983, Bruxelles, éd. F.R.N.B., 1983, p. 25 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, *op. cit.*, p. 316, n° 402.

60. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 176, n° 182 ; J.P. Ronse, 18 octobre 1991, *T. Not.*, 1992, p. 143 ; J.P. Soignies, 2 octobre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 731, obs. G. DE LEVAL.

## D. Porte-fort

**22 .** Le recours à l'institution du porte-fort est une troisième technique, contractuelle, pratiquée en présence de personnes vulnérables lorsqu'un acte qui les concerne doit être accompli.

Le procédé est à éviter en présence d'un *incapable de fait* qui ne peut manifester sa volonté et ne pourra certainement pas ratifier la convention de porte-fort. La désignation d'un représentant légal sera donc nécessaire à cette fin.

Le porte-fort permet aussi à des tiers de gérer efficacement le patrimoine d'un *incapable sous statut de protection*, en cas d'urgence, avec ratification *a posteriori* par le protecteur de l'incapable, le cas échéant, autorisé judiciairement.

**23 .** Le porte-fort s'engage vis-à-vis d'un cocontractant à obtenir qu'une autre personne exécute une obligation de faire ou de donner. Le porte-fort s'engage à titre personnel uniquement : il ne « promet » pas le fait d'autrui, mais son propre fait, savoir obtenir que l'autre personne consente à s'engager (personnellement). L'obligation qui naît de la convention est personnelle et non réelle. En cas d'inexécution, elle donne lieu au paiement de dommages-intérêts et non à exécution en nature <sup>61</sup>.

Contrairement à la gestion d'affaire, dans la convention de porte-fort, il n'y a pas d'immixtion de fait avec des conséquences de droit dans les affaires d'autrui. Le porte-fort contracte un engagement personnel qui, en soi, n'a pas d'incidence sur la situation des tiers, en ce compris la personne vulnérable. Au contraire, la gestion d'affaire est faite au nom de la personne vulnérable, dans notre hypothèse, et se rapproche plus que le porte-fort de la technique de la représentation, sans s'y assimiler en droit.

Également contrairement à la gestion d'affaire, où le géré peut être tenu si un critère objectif, l'utilité, est vérifié (art. 1375 C. civ.), celui dont l'engagement est « promis » par une convention de porte-fort, ne sera tenu que s'il ratifie <sup>62</sup>. La question se pose donc de savoir si une personne vulnérable pour qui l'on s'est porté fort peut ratifier si ses capacités volitives sont insuffisantes, ou si elle est incapable en droit.

61. A. BUTTGENBACH, *Les contrats de porte-fort et les déclarations de command en droit civil et en droit fiscal*, Bruxelles, Bruylant, 1935, p. 18, n° 3 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, « Les incapables », 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 730bis ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, n° 404, p. 317.

62. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, « Les incapables », 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 736.

Si celui qui doit ratifier est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, par exemple pour déficience mentale, il faudra nécessairement lui pourvoir un représentant légal pour qu'il ratifie en son nom, dans le cadre du mandat légal<sup>63</sup>.

Il est également possible d'obtenir la ratification par ses héritiers s'il est décédé, mais dans ce dernier cas, les héritiers qui se sont portés fort ne pourront pas refuser la ratification<sup>64</sup>, sauf si des dispositions testamentaires les écartent de la dévolution légale.

**24 .** La convention de porte-fort est utile, de manière générale, dans les situations où il est impossible d'obtenir l'engagement immédiat d'un tiers.

S'agissant des personnes vulnérables, la prudence est de mise car l'impossibilité d'obtenir leur engagement immédiat peut également être la source d'une impossibilité de ratifier la convention de porte fort.

Lorsque des incapables, de droit ou de fait, sont intéressés à des ventes ou des partages, les personnes capables peuvent, en théorie, se porter fort de l'engagement de l'incapable. Par la suite, ce dernier (ou son représentant légal) sera libre de ratifier ou de ne pas ratifier, avec responsabilité personnelle du porte-fort à la clé.

Il est ainsi admis que le tuteur, qui dispose d'un mandat général d'administrer, peut se porter fort pour son pupille. Il peut le faire sans devoir y être habilité par le juge de paix, même si la convention de porte-fort concerne un acte de disposition visé par l'article 410 du Code civil, telle une vente.

L'acceptation d'une donation directe par porte-fort ou par gérant d'affaire est par contre impossible<sup>65</sup>.

**25 .** En matière de vente immobilière, il convient également de s'interroger sur les effets de la vente par porte-fort à l'égard des tiers et d'envisager les formalités hypothécaires.

Avant la ratification par la personne pour qui l'on s'est porté fort (ou par son représentant), la vente n'est pas translatrice de propriété. N'existe qu'une convention de porte-fort relativement à une vente. La vente ne sera conclue que par la ratification<sup>66</sup>.

---

63. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, n° 404, p. 317.

64. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, n° 732 ; H. CASMAN, *op. cit.*, in *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?*, Journées notariales de Charleroi de 1983, Bruxelles, éd. F.R.N.B., 1983, p. 27.

65. H. DE PAGE, *Traité*, t. VIII, « Les libéralités », Bruxelles, Bruylant, 1947, p. 557, n° 464.

66. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, n° 406, p. 318.

L'acte de vente par porte-fort devra être transcrit à la Conservation des hypothèques et l'on conseille de faire transcrire également la ratification qu'il convient de constater sous forme authentique<sup>67</sup>.

Le notaire est dans l'obligation d'informer les parties de la portée juridique de la convention de porte-fort.

Certains auteurs conseillent de stipuler une convention de porte-fort en cas de gestion d'affaire, pour que le tiers contractant soit protégé (par l'engagement personnel du porte-fort) si la gestion devait être contestée quant à son utilité<sup>68</sup>.

4

## SECTION 2

### Actes juridiques en matière extrapatrimoniale

#### A. Exercice des droits du patient incapable (loi du 22 décembre 2002)

**26.** En droit belge, le consentement éclairé est devenu un droit du patient (art. 8 L. du 22 août 2002), ressortissant à la catégorie des droits de la personnalité<sup>69</sup>, essentiellement révocable<sup>70</sup> et qui ouvre au patient, en cas de violation, un droit à réparation<sup>71</sup>.

Le consentement des incapables est donné suivant un mécanisme de représentation dit « en cascade », déléguant le droit de consentir à une succession de personnes proches du patient, dont son mandataire éventuel (art. 14).

Une première manière d'exercer des droits de patient par personne interposée est la représentation conventionnelle ou la déclaration anticipée qui, dans la loi, coexistent avec la représentation légale (1.). Une autre est l'institution de la personne de confiance (2.).

67. E. GENIN, R. PONCELET, A. GENIN, G. DE LEVAL et M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Traité des hypothèques et de la transcription », *Rép. not., op. cit.*, n°s 456 et 473.
68. H. DE PAGE, *Traité*, t. II. « Les incapacités. Les obligations », 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 709, n° 736 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not., op. cit.*, n° 404, p. 318.
69. E. LANGENAKEN, « Droits du patient, droits de la personnalité, indemnisation : quelle cohérence », in *Les droits de la personnalité*, J.-L. Renchon (éd.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 108, n° 113 A ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, p. 592, n°s 13-15. Dans le même sens : Cass., 14 décembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 2129, concl. DU JARDIN, *J.L.M.B.*, 2002, p. 532, obs. Y.-H. LELEU et G. GENICOT,
70. Sur le droit de refuser un traitement (art. 8, § 4, L. du 22 août 2002), disculpant le médecin de l'incrimination de non-assistance à personne en danger : Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », *J.T.*, 2003, p. 654, n° 33.
71. Voy. et comp. : E. LANGENAKEN, La réforme de l'indemnisation du dommage issu des soins de santé, in *Droit de la responsabilité*, B. Kohl (éd.), Liège, Anthémis, 2009, 281 ; *adde* : C. const., 15 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1148 note E. LANGENAKEN, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 28, note G.S.

## 1. Exercice des droits de patient par mandataire ou déclaration anticipée

**27 .** La réglementation de la situation des patients incapables constitue un progrès incontestable, tant l'exercice d'un droit de la personnalité, à distinguer de la catégorie des droits personnels qui ne sont pas des droits de la personnalité (ex. divorce – art. 1255, § 7 C. jud.), s'accommode mal des incapacités.

Le cas des patients *incapables de fait*, qui ne relèvent pas d'un des statuts légaux à portée également personnelle<sup>72</sup> et qui ne sont pas en mesure d'exercer leurs droits de patient, a toujours posé problème en matière médicale. La loi innove dans son article 14 en prévoyant un consentement de substitution apparenté à une « représentation en cascade », qui s'inspire de l'ancienne théorie de la représentation par les proches, à titre de « protecteurs naturels » du patient<sup>73</sup>.

L'impossibilité d'exercice des droits de patient, ponctuelle (inconscience temporaire) ou durable (faiblesse d'esprit, sénilité), est appréciée par le médecin. La loi n'énonce aucun critère ; cette analyse doit être accomplie de manière diligente, dans la mesure où elle conditionne la légalité de l'intervention du praticien et engage sa responsabilité.

**28 .** Si l'incapacité de fait est avérée, les droits du patient sont d'abord exercés par le *mandataire conventionnel* qu'il a « désigné » à l'effet de « se substituer à lui » lorsqu'il était encore apte à le faire. (art. 14, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>).

Ils le sont de cette manière pour autant et aussi longtemps qu'il n'est pas en mesure d'exercer ces droits. La loi du 22 décembre 2002 innove ainsi en consacrant la possibilité d'un « consentement de substitution » à l'exercice d'un droit de la personnalité, celui de tolérer une atteinte à l'intégrité physique, le cas échéant contre l'avis du médecin.

72. Minorité – art. 12 de la loi ; administration provisoire – pleine capacité d'exercice tant que la volonté peut être exprimée ; minorité prolongée ou de interdiction – exercice par les parents ou le tuteur – art. 13, § 1<sup>er</sup> de la loi.

73. Avant l'entrée en vigueur de la présente loi, le consentement était, en pratique, donné par les parents proches du patient, ou bien le praticien intervenait en tant que gérant d'affaire, ces deux solutions étant dépourvues de toute base juridique solide. Voy. à ce sujet : Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin – patient*, Collection droit actuel, Bruxelles, De Boeck Université, 2001, pp. 94 et s., n° 117 ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgelijk Recht*, précité, pp. 606 et s. ; H. NYS, *De rechten van de patiënt*, Leuven, Universitaire Pers, 2001, pp. 79 et s. ; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruxelles/Anvers, Bruylant/CED-Samsom/Maklu, 1996, pp. 144-152.

Le mandat est spécial, écrit, daté et signé par le patient et le mandataire, qui accepte l'office. Ce mandat peut être révoqué par les deux parties (art. 14, § 1<sup>er</sup>, al. 2). Le mandataire représente le patient dans l'exercice de ses droits, dans le cadre de son mandat.

Contrairement à la « personne de confiance » désignée par le patient (*infra*, n° 32), le mandataire n'assiste pas le patient dans l'exercice de ses droits, mais les exerce à sa place.

Ce système demeure néanmoins perfectible : aucune mesure d'enregistrement du mandat ni mesure d'information du praticien n'est prévue, et il appartiendra au patient de prendre les précautions nécessaires à cet effet.

De plus, il faudra que le patient ait été informé à temps de cette possibilité contractuelle. Le cas des incapacités de fait post-traumatiques risque donc de ne pas bénéficier de solution contractuelle, mais peut être résolu par le système subsidiaire décrit ci-dessous.

**29** . Lorsque le patient n'a pas désigné de mandataire, ou si ce dernier n'intervient pas, un système de *représentation en cascade* est mis en place (art. 14).

Les droits du patient sont exercés prioritairement (et exclusivement) par :

- l'époux cohabitant, le partenaire cohabitant légal ou le partenaire cohabitant de fait. S'agissant des « partenaires affectifs », supposés les plus proches du patient en ce qui concerne la connaissance de ses souhaits personnels, le législateur retient comme élément déterminant la cohabitation de fait (ex. : époux « cohabitant »). Les statuts sont ainsi égalisés et c'est la connaissance du patient, qui fonde en cette matière la théorie d'un consentement dit « de substitution », plutôt qu'une représentation au sens strict<sup>74</sup> ;
- si un membre de la première catégorie fait défaut ou ne souhaite pas intervenir, les droits sont exercés, dans l'ordre, par un enfant majeur, un parent<sup>75</sup>, un frère ou une sœur majeurs. Lorsque plusieurs membres de cette seconde catégorie souhaitent intervenir, l'Exposé des motifs (mais non la loi) précise que le médecin choisit, de préférence en concertation

74. Les droits de la personnalité ne se transmettent pas et, en cas de décès, les « proches » peuvent agir pour en assurer le respect posthume. Sur cette construction jurisprudentielle : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 98, n° 103, p. 129, n° 132, p. 148, n° 149 et p. 154, n° 156 et les références citées, notamment Civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 781 et note A. STROWEL.

75. L'emploi du terme « ouder » – dans la version néerlandophone de cette disposition – nous permet de penser qu'il s'agit des ascendants au premier degré du patient.

avec les intéressés, la personne qu'il considérera comme « représentant informel »<sup>76</sup> ;

- si aucun proche du patient ne souhaite intervenir, si une telle personne fait défaut ou si un conflit existe entre deux ou plusieurs personnes habilitées à agir (art. 14, § 2, al. 4), le médecin concerné, le cas échéant dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire et si le contexte le permet, défend les intérêts du patient (art. 14, § 2, al. 3). Cela peut donc signifier que le médecin administrera un traitement sans le consentement du patient ni d'un représentant, dans les cas les plus extrêmes de patient isolé ou de famille divisée.

En toute hypothèse, le législateur associe le patient à l'exercice de ses droits, autant que possible et compte tenu de sa capacité de compréhension, notamment en cas d'intervalle lucide (art. 13, § 2 – en général ; art. 14, § 3 – représentation du patient incapable).

Et dans aucune hypothèse, le *représentant légal* du patient incapable en droit n'est éligible *ès qualité* à substituer son consentement à celui du patient. Ce serait le cas à l'avenir si une réforme donnait aux représentants légaux de tels pouvoirs. Il nous paraît toutefois peu probable qu'il soit dérogé au système de représentation en cascade spécifique à l'exercice des droits de patient. Cela est en outre peu souhaitable et une refonte des statuts devrait réserver ce système de consentement de substitution. Les droits de la personnalité méritent en effet un traitement particulier au sein de la catégorie, plus large, des droits extrapatrimoniaux.

**30** . Plus avant et de manière générale, la représentation du patient est finalisée et encadrée.

Le représentant (légal, contractuel ou informel) du patient doit se fonder sur la volonté présumée de celui-ci ou, à défaut de la connaître, sur son intérêt. Si le médecin estime que la décision prise par consentement substitué n'est pas conforme à cet intérêt, constitue une menace pour la vie du patient ou risque de porter gravement atteinte à sa santé, il doit en principe y déroger (art. 15, § 2).

De même l'urgence constitue un motif valable pour le médecin de pratiquer une intervention sans le consentement de la personne dans l'incertitude de savoir si une volonté préalable a été exprimée par le patient ou son représentant visé à l'article 14 (art. 8, § 4, al. 4).

---

76. Exposé des motifs, p. 44. Sur la théorie des représentants informels avant la nouvelle loi : F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, précité, pp. 528 et s. et pp. 592 et s.

Ces contreponds, expression d'une confiance dans l'office du médecin, s'imposaient dans la mesure où le législateur n'a prévu aucune mesure spécifique de contrôle de la désignation des représentants, ni du bon accomplissement de leur mission.

Le droit de contrôle (marginal<sup>77</sup>) du praticien professionnel trouve cependant une limite, intéressante pour la présente problématique en cas de *mandat exprès* (représentation contractuelle) et à condition que le mandataire « ne peut invoquer la volonté expresse du patient ». En conséquence, et positivement, une décision médicale peut être prise par le mandataire, entraîner lesdites menaces sur la vie ou la santé, et être appliquée contre l'avis du médecin, ce qui exprime la conservation par le patient, même incapable, de la maîtrise sur son corps. La mise en œuvre pratique d'une telle décision, dans un contexte aussi conflictuel, ne sera pas évidente, mais la responsabilité du médecin est engagée en cas de refus de collaborer ou de rediriger le patient vers un autre médecin (arg. tiré de l'art. 5 : droit à des prestations de qualité et répondant aux besoins du patient).

L'on peut en effet penser, et même souhaiter, qu'un patient qui désigne une personne pour le représenter dans l'hypothèse où il ne serait plus capable d'exercer lui-même ses droits de patient, lui communique par la même occasion et par écrit des précisions quant au traitement envisagé ou refusé. Il est également probable que cette personne ait été choisie parce qu'elle connaît déjà la volonté du patient à ce sujet. Cette volonté peut avoir été exprimée oralement et confirmée par des témoins, ou être consignée par écrit ou dans un enregistrement audio ou vidéo.

**31** . On rappellera enfin qu'en aucun cas il ne peut être dérogé à une *déclaration anticipée* de volonté du patient.

Le quatrième alinéa de l'article 8, § 4, de la loi du 22 décembre 2002 donne force obligatoire au *refus anticipé d'intervention*, valablement exprimé par un patient alors capable de le faire, mais ultérieurement devenu incapable d'exercer ses droits. Ce refus de traitement est consigné dans son dossier médical (al. 2).

Cette disposition était novatrice en termes d'autodétermination. Face à une déclaration anticipée de refus d'une intervention déterminée, le praticien doit s'incliner, même si la vie du patient est en jeu, et lui prodiguer des soins (palliatifs) de qualité (art. 8, § 4, al. 3 citant l'art. 5). Ainsi peut-on désormais

77. « Menace pour sa vie », « atteinte grave à sa santé ».

s'épargner par déclaration anticipée une prolongation de vie végétative, ou s'assurer de l'absence de réanimation après une tentative de suicide.

Il convient de distinguer nettement la déclaration anticipée en matière de droit des patients de la désignation d'un mandataire conventionnel, et aussi de la déclaration anticipée en matière d'euthanasie (portant requête d'euthanasie).

L'affection ou la pathologie pour laquelle le patient exprime son refus anticipé de traitement doit être indiquée précisément. Si une telle déclaration est formulée de façon générale ou dans des termes équivoques, le médecin pourrait procéder valablement à une intervention qu'il n'estimerait pas couverte par la déclaration, mais sous sa responsabilité.

En revanche, une déclaration anticipée « positive », par laquelle le patient exprimerait son consentement à une intervention déterminée ne bénéficie pas d'un tel effet contraignant. Le médecin doit en effet conserver un pouvoir d'appréciation sous sa responsabilité (liberté thérapeutique). Cela n'empêche pas le praticien de consigner une telle déclaration positive dans le dossier médical du patient et d'en tenir compte le cas échéant<sup>78</sup>.

Le patient peut révoquer un refus anticipé de traitement à tout moment, pour autant qu'il soit en mesure d'exercer ses droits lui-même.

## 2. Désignation d'une personne de confiance

**32 .** L'article 7, § 2, alinéa 3 de la loi donne au patient la possibilité de désigner une personne de confiance pour l'assister et le substituer dans l'exercice de son *droit à l'information*<sup>79</sup>. Celle-ci devient, avec le patient ou à sa place, destinataire de l'information relative à son « état de santé » (art. 7, § 1<sup>er</sup>).

Cet article vise la seule communication d'informations « générales » sur l'état de santé du patient, et non celles « spécifiques » sur la base desquelles le patient donne son consentement à un traitement médical. Ces dernières peuvent aussi être communiquées à la personne de confiance (art. 8, § 3).

---

78. Le Conseil d'État, dans son avis n° 32.299/3, avait suggéré de stipuler dans la loi qu'il convenait de prendre en considération les souhaits (positifs et négatifs) exprimés préalablement par le patient (sans obligation de les respecter effectivement), conformément à l'article 9 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (Exposé des motifs, p. 68). Le législateur n'a pas souhaité donner suite à cette suggestion qui ne correspond pas à l'objectif de la loi, à savoir régir les seuls droits exigibles du patient.

79. Sur l'institution, en particulier sous l'angle de la protection des incapables : E. LANGENAKEN, « La personne de confiance, garante des droits de la personnalité des personnes vulnérables », *Rev. trim. dr. fam.* 2004, p. 271.

La personne de confiance peut enfin assister le patient dans l'exercice de son droit de consulter son dossier médical (art. 9, § 2, al. 4).

La personne de confiance, dès lors qu'elle accepte sa mission, doit agir de bonne foi et toujours dans l'intérêt du patient, veillant à respecter le caractère confidentiel des informations qui lui sont fournies.

**33 .** Il est essentiel de distinguer le rôle de la personne de confiance, qui assiste le patient, du rôle du mandataire au sens de l'article 14 de la loi, qui exerce ses droits et émet un consentement de substitution par lequel il décide pour lui d'adhérer ou non au traitement médical.

Néanmoins, le cumul des rôles est possible, la personne de confiance peut être le mandataire désigné en cas d'incapacité de fait du patient.

Certaines incohérences subsistent alors. Ainsi, le médecin peut refuser au mandataire l'accès au dossier du patient (art. 15, § 1<sup>er</sup>). Ce dernier n'aura alors d'autre choix que de désigner un autre médecin qui consultera le dossier et lui donnera un accès indirect aux informations<sup>80</sup>. Cette disposition surprend dans la mesure où ce droit de consultation, qui peut être refusé au mandataire du patient, ne peut être refusé à la personne de confiance<sup>81</sup>.

**34 .** La loi ne prévoit aucune procédure particulière pour la désignation de la personne de confiance ni ne qualifie juridiquement la relation qui l'unit au patient, et qui n'est certainement pas réductible à la figure juridique du mandat de droit commun<sup>82</sup>.

La loi prescrit cependant que les informations relatives à l'état de santé du patient, au vu de leur caractère confidentiel, ne seront communiquées à la personne de confiance qu'à la demande expresse du patient (art. 7, § 2, al. 3). Cette demande, écrite, ainsi que l'identité de la personne de confiance seront consignées ou ajoutées au dossier du patient.

## B. Demande d'euthanasie par personne interposée (loi du 28 mai 2002)

**35 .** Le droit belge est une des rares législations à avoir dépénalisé l'euthanasie, dans le respect du droit de toute personne à la maîtrise de son corps.

80. E. LANGENAKEN, « La personne de confiance, garante des droits de la personnalité des personnes vulnérables », *op. cit.*, p. 277, n° 6.

81. Y.-H. LELEU, « La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient », *J.T.*, 2003, p. 658, n° 57 et p. 655, n° 37.

82. En ce sens et pour plus de détails, notamment sur la responsabilité de la personne de confiance : E. LANGENAKEN, « La personne de confiance, garante des droits de la personnalité des personnes vulnérables », *op. cit.*, p. 284 et s., n°s 17 et s.

La question se pose dès lors de savoir si les personnes – oserait-on dire vulnérables par hypothèse – peuvent demander l'euthanasie par voie conventionnelle, bilatérale (mandat) ou unilatérale (déclaration à mettre en œuvre par autrui).

Une brève description des conditions légales s'impose au préalable, d'où il ressortira deux lacunes : l'une concernant les mineurs, expresse, l'autre concernant les patients atteint d'une maladie neurologique évolutive (ex. Alzheimer).

**36 .** L'euthanasie est le fait d'administrer intentionnellement la mort à autrui à sa demande<sup>83</sup>. Sa dépénalisation par la loi du 28 mai 2002 répond à une demande sociale et prend rang dans une nouvelle hiérarchie des valeurs<sup>84</sup>. Le respect de l'autonomie du malade doit primer sur la défense de la vie à tout prix, celle-ci ne s'entendant pas seulement en termes biologiques mais aussi d'un point de vue qualitatif.

En Belgique, le médecin qui pratique une euthanasie dans les conditions légales ne commet pas d'homicide (art. 3)<sup>85</sup>. Seule la *demande* d'euthanasie est un droit du patient, le médecin pouvant refuser de pratiquer l'acte en invoquant une « *clause de conscience* » (art. 14)<sup>86</sup>.

Le patient doit être majeur, se trouver dans une « situation médicale sans issue » et (faire) état d'une « souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable » (art. 3, § 1<sup>er</sup>). La souffrance n'est pas

83. Voy. sur ce sujet : M. ADAMS et H. NYS, « Euthanasie in de Lage Landen. Vergelijkende beschouwingen bij de Belgische euthanasiewet », *T.P.R.*, 2003, p. 11 ; W. DE BONDT, « La nouvelle loi belge relative à l'euthanasie : la consécration de l'autonomie individuelle », *Rev. dr. intern. comp.*, 2003, p. 233 ; T. VANSWEEVELT, « De euthanasiewet : de ultieme bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid ? », *Rev. dr. santé*, 2003, p. 216. Il n'y a pas lieu de distinguer *euthanasie passive* et active (Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas », *Rev. trim. D.H.*, 2004, p. 9, n° 2), ni d'exclure le *suicide médicalement assisté* du champ d'application de la loi (Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « L'euthanasie en Belgique et aux Pays-Bas », *op. cit.*, p. 9, n° 3). Les *soins palliatifs* sont régis par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

84. Y.-H. LELEU, « Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht », *T.P.R.*, 2002, p. 1373.

85. La loi relative à l'euthanasie n'a pas modifié le Code pénal (comp. : art. 294-295 C. pén. néerlandais). Cette méthode présente un avantage par rapport à une autre, suggérée mais rejetée par choix politique et philosophique, consistant à s'en tenir à l'*état de nécessité* qui suppose une appréciation par le juge des valeurs en présence. Le recours à cette notion conserve cependant son utilité lorsqu'une euthanasie est pratiquée en dehors du cadre légal, p. ex. si le patient ou le médecin ne remplit pas (toutes) les conditions requises.

86. Le médecin (ou l'hôpital) doit cependant être transparent envers le patient quant à son attitude personnelle et assurer son suivi médical en temps utile (J. HERREMANS et Y.-H. LELEU, « De la clause de conscience en matière d'euthanasie », *La Libre Belgique*, 5 juin 2003).

réductible à la douleur et peut être morale. Les vérifications s'opèrent dans un « colloque singulier » patient-médecin, sur avis obligatoire d'un second médecin indépendant (art. 3, § 2). La notion de « situation médicale sans issue » est significative de la volonté de ne pas limiter l'euthanasie à la phase terminale au nom de l'autonomie du patient.

Le fait que le décès n'interviendra pas à brève échéance accentue cependant le contrôle : délai de réflexion d'un mois et consultation d'un autre médecin, psychiatre ou spécialiste de la pathologie concernée (art. 3, § 3).

Le respect d'une procédure de contrôle *a posteriori* des euthanasies est la dernière condition de leur dépénalisation : le médecin doit signaler son acte à une Commission fédérale pluridisciplinaire (art. 6, § 2) qui vérifie le respect du cadre légal *en amont* des autorités judiciaires. Elle analyse le document d'enregistrement à remplir par les médecins qui pratiquent une euthanasie, un formulaire en deux volets, le premier identifiant les protagonistes et le second, anonyme, décrivant le contexte de l'euthanasie (art. 7)<sup>87</sup>. Si la Commission n'est pas convaincue du respect des conditions légales, elle décide à la majorité simple de lever l'anonymat ou, à la majorité des deux tiers, de transmettre le dossier au procureur du Roi qui décidera s'il y a lieu de poursuivre le médecin (art. 8, al. 3).

**37 .** Au centre du processus se trouve la demande du patient. Elle doit être volontaire, réfléchie et répétée, tout en demeurant révocable. Une information et une concertation préalables sont organisées (art. 3, § 2)<sup>88</sup>. La demande est écrite par le patient ou actée par un tiers (désintéressé) s'il n'est plus en état d'écrire ou de signer (art. 3, § 4).

Le cas des patients incapables de manifester leur volonté crée une tension entre la consécration légale de l'autodétermination, par hypothèse reconnue à tous, et la nécessité de s'assurer de la qualité de la volonté qui la véhicule.

Les *majeurs incapables* — en droit ou en fait — ne peuvent formuler une demande d'euthanasie, même par l'intermédiaire de leur représentant légal ou d'un mandataire habilité en matière personnelle. La technique du mandat n'est en effet pas appropriée s'agissant de prendre en charge le cas de personnes — par essence vulnérables — inaptes à exprimer leur volonté.

87. Document disponible à l'adresse : [www.health.fgov.be/agp/fr/euthanasie/](http://www.health.fgov.be/agp/fr/euthanasie/).

88. Cette phase peut comprendre la consultation d'autres personnes, notamment l'équipe soignante, les proches, une éventuelle personne de confiance ou toute autre personne à la demande du patient. Sur le rôle de la personne de confiance : E. LANGENAKEN, « La personne de confiance garante des droits de la personnalité des personnes vulnérables », *op. cit.*, pp. 277 et s., n<sup>os</sup> 7 et s.

La loi recourt donc à une technique particulière : la *déclaration anticipée d'euthanasie*, à distinguer nettement de la représentation conventionnelle.

**38 .** Dans une « déclaration anticipée » la personne exprime une volonté qu'un médecin pratique une euthanasie ou qu'une personne de confiance répercute ce souhait au moment opportun auprès d'un médecin (art 4, § 1<sup>er</sup>)<sup>89</sup>. C'est plus qu'un refus de traitement (*supra*, n° 31) et autre chose qu'un souhait de soins palliatifs.

Pour donner suite à de telles directives, le médecin doit constater, au moment où il est requis d'y donner suite, la réunion des conditions de fond de l'euthanasie et l'inconscience du patient (art. 4, § 2)<sup>90</sup>.

Cette faculté rend, par contraste, encore plus épineuse la quête d'une légitimité des arrêts actifs de la vie sur des personnes incapables qui n'ont pas rédigé une telle déclaration<sup>91</sup>.

**39 .** Comme la demande d'euthanasie elle-même, la déclaration anticipée est en effet interdite aux mineurs et aux personnes incapables en fait<sup>92</sup> avant de la rédiger. Elle doit en outre être rédigée par le patient lui-même et non par son éventuel représentant légal.

Cette technique ne permet dès lors de résoudre que le cas du malade *devenu* incapable après sa déclaration anticipée, et ne peut profiter à celui qui était incapable *ab initio* ou qui est devenu incapable sans avoir consigné au préalable et par écrit ses volontés, notamment les patients au stade premier de la maladie d'Alzheimer. Ceci résulte d'un respect scrupuleux par la loi du principe d'auto-détermination et du refus d'une approche plus collégiale ou contrôlée *a priori*.

Une autre limite tient à ce que, contrairement à la demande d'euthanasie elle-même, il n'est pas prévu de garanties particulières concernant le *contenu* de la déclaration anticipée. Le risque existe dès lors qu'une personne capable, mais ayant perdu une partie de sa lucidité, rédige un tel document sous l'emprise d'autrui, une personne dont il pourrait consacrer la volonté plutôt que la sienne.

89. Modèle disponible à l'adresse : [www.health.fgov.be/AGP/FR/euthanasie/](http://www.health.fgov.be/AGP/FR/euthanasie/) ; W. DE BONDT, « La nouvelle loi belge relative à l'euthanasie : la consécration de l'autonomie individuelle », *op. cit.*, p. 233.

90. La souffrance est devenue impossible à vérifier.

91. En témoignent les nuances exprimées par le Comité consultatif de bioéthique dans son avis du 22 février 1999 concernant l'arrêt actif de la vie des personnes incapables d'exprimer leur volonté (*Bioethica Belgica*, juin 1999, n° 5, *Rev. dro. santé*, 1999-2000, p. 175, aussi publié *in Les avis du Comité consultatif de bioéthique de Belgique 1996-2000*, précité, p. 93).

92. Une personne sous administration provisoire conserve sa capacité à ce sujet si elle est en état de manifester sa volonté.

Enfin, une déclaration anticipée ne peut être prise en compte que si elle a été établie ou confirmée *moins de 5 ans avant le début de l'impossibilité de manifester sa volonté* (art. 4, § 1<sup>er</sup>, al. 6), en vue d'en garantir la crédibilité. Il en résulte qu'un tel souhait ne pourra émaner que de personnes qui craignent de perdre leur lucidité dans un délai relativement proche, à nouveau et par exemple les patients Alzheimer à un stade précoce de leur maladie. Dans le même esprit, la déclaration peut être retirée ou adaptée à tout moment (al. 7), conformément au principe de révocabilité *ad nutum* des décisions concernant le corps humain et les actes médicaux<sup>93</sup>.

**40 .** Pour donner suite à semblables directives, le médecin doit *constater* la réunion des conditions de fond de l'euthanasie et l'inconscience du malade, ce qui pose problème pour certaines maladies neurologiques qui maintiennent un certain état de conscience. Il doit consulter un autre médecin quant à l'irréversibilité de la situation médicale du patient, s'entretenir avec l'équipe soignante ainsi qu'avec la personne de confiance éventuelle et les proches qu'elle désigne le cas échéant.

On remarque une importante objectivation de la situation médicale : il n'est plus question de *souffrance*, vu l'impossibilité d'en vérifier la présence (art. 4, § 2)<sup>94</sup>.

La déclaration anticipée ne déresponsabilise nullement le médecin en lui permettant de s'en remettre à une volonté exprimée antérieurement par le malade. Il n'est en outre pas contraint de donner suite à la déclaration (art. 14).

**41 .** La loi relative à l'euthanasie régit en outre une forme particulière de déclaration anticipée ou par substitution, la désignation d'une ou plusieurs *personnes de confiance* qui informeront le médecin de sa volonté (art. 4, § 1<sup>er</sup>, al. 2)<sup>95</sup>.

93. Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin – patient*, Collection droit actuel, Bruxelles, De Boeck, Université, 2001, (note 3), p. 75, n° 92 et « La maîtrise de son corps par la personne », *J.T.*, 1999, p. 592, n° 14.

94. L'imperceptibilité de la souffrance n'en implique pas l'absence, ainsi que l'a relevé la Cour de cassation française dans un arrêt du 22 février 1995 (Cass. fr. (2<sup>e</sup> civ.), 22 février 1995, *Rec. Dalloz*, 1996, jur., p. 69, note Y. CHARTIER, *Jurisclasseur périodique*, 1996, II, 22570, note Y. DAGORNE-LABBE, *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, p. 629, note P. JOURDAIN).

95. Le texte précise qu'en cas de pluralité de désignations, chaque personne remplace celle qui la précède en cas de refus, d'empêchement, d'incapacité ou de décès de celle-ci. Pour plus de détails : E. LANGENAKEN, « La personne de confiance garante des droits de la personnalité des personnes vulnérables », *op. cit.*, pp. 277 et s., n°s 7 et s.

La personne de confiance n'intervient pas pour communiquer sa propre volonté mais celle du patient, qu'elle est censée connaître en raison des liens familiaux ou affectifs qui les unissent, de sorte qu'il n'y a aucune brèche dans le principe d'autodétermination.

Toute personne peut être désignée, à l'exception du personnel médical au contact du patient. Si les liens se sont entre-temps distendus, il appartient à la personne désignée de refuser sa mission. Le législateur n'a toutefois prescrit ni cette récusation ni un quelconque mécanisme susceptible d'y remédier.

**42 .** Enfin, l'article 4, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4 de la loi prévoit que « si la personne qui souhaite faire une déclaration anticipée est physiquement dans l'impossibilité permanente de rédiger et de signer, sa déclaration peut être actée par écrit par une personne majeure de son choix ».

Cette option est comparable à celle offerte aux personnes conscientes, et suppose que demeurent intactes les capacités intellectuelles du patient. Il y a dans ce cas intervention d'un tiers en qualité de « scribe », qui ne sera pas forcément désigné comme personne de confiance.

### SECTION 3

## **De lege ferenda : protection extrajudiciaire encadrée**

**43 .** La proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, déposée le 9 juillet 2008 <sup>96</sup>, dite « projet Goutry », vise à remplacer les statuts d'incapacité existants par un statut global.

Outre cet objectif principal de fusion des régimes de protection de toutes les personnes vulnérables, une revalorisation des techniques conventionnelles *sensu lato* est apportée (art. 402-1 à 403 C. civ.).

Le projet Goutry est dirigé par cinq lignes de force qui, le projet semblant actuellement inactivé, devraient subsister en tout ou partie dans les travaux législatifs futurs.

1. La première consiste en un élargissement de l'administration provisoire à la protection de la personne de l'incapable. Ainsi pourront être exercés, par le représentant légal, certains droits personnels, notamment liés à la vie privée et au cadre de vie de la personne.

---

96. Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ord. 9 juillet 2008, n° 52-1356/001.

2. La deuxième ligne de force est constituée par la refonte de tous les statuts d'incapacité existants dans un statut unique prenant comme point de départ la réglementation actuelle relative à l'administration provisoire.

La fusion des cinq statuts d'incapacité existants en un statut unique, patrimonial et personnel, représenterait une simplification considérable par rapport au droit actuel, sans toutefois entraîner de perte de fonctionnalité. Plus aisées à pratiquer, des règles protectrices unifiées seront, en principe, mieux et plus souvent appliquées. Les incertitudes et les zones de non-droit se réduiront et le régime unique fédérera les praticiens (protecteurs et juges).

Les points positifs des statuts supprimés par la réforme – tel le prolongement ou la reprise de l'autorité parentale en cas de déclaration de minorité prolongée – sont intégrés, voire étendus, dans le statut global. Ainsi, la minorité prolongée, qui donne actuellement satisfaction, ne disparaît pas dans le nouveau système, mais est consolidée, ce qui a été mal compris par certains. Actuellement, la déclaration de minorité prolongée n'est pas applicable, par exemple, au jeune qui, avant l'âge de dix-huit ans, est victime d'un accident de la circulation ou développe une pathologie qui le rend incapable de manifester sa volonté. Selon le projet Goutry, les parents pourront à nouveau se voir confier l'autorité parentale sur cet enfant, comme s'il y avait eu une déclaration de minorité prolongée<sup>97</sup>.

Il est à espérer que cet objectif soit maintenu dans les travaux législatifs à reprendre.

3. La troisième ligne de force du projet Goutry réside dans une meilleure prise en compte d'instruments relatifs aux droits fondamentaux. Il s'agit, en priorité, des dispositions de la Recommandation R(99)4 du Comité de ministres du Conseil de l'Europe sur les principes juridiques concernant la protection juridique des majeurs incapables (nécessité, subsidiarité et proportionnalité des mesures de protection)<sup>98</sup>. L'administration provisoire permet déjà de s'adapter à chaque cas. Cette possibilité rencontre ces principes ; leur portée sera étendue à la protection de la personne<sup>99</sup>.
4. La proposition vise également à harmoniser la protection des majeurs avec le régime général de la tutelle. Malgré les réformes législatives de

97. Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ord. 9 juillet 2008, n° 52-1356/001, p. 4.

98. Ainsi que la Convention des Nations Unies n° 61/106 du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, signée par la Belgique en mars 2007, non encore ratifiée à ce jour.

99. Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ord. 9 juillet 2008, n° 52-1356/001, p. 4.

2001 et 2003 qui ont permis d'harmoniser davantage le droit commun de la tutelle – qui régit en Belgique le fonctionnement de la minorité prolongée et de l'interdiction judiciaire – des différences injustifiées entre ces régimes et l'administration provisoire subsistaient.

5. Enfin, la réforme vise à moderniser les dispositions éparses relatives aux personnes vulnérables, comme en matière de filiation (art. 331*sexies* C. civ.) ou à de responsabilité (art. 1386*bis* C. civ.).

**44 .** En ce qui concerne plus spécifiquement la protection contractuelle des personnes vulnérables, le projet Goutry accorde à juste titre une place particulière au mandat et à la gestion d'affaire. Au niveau supranational, la protection conventionnelle encadrée (procurations permanentes, directives anticipées) est encouragée et même érigée en priorité par rapport à d'autres mesures de protection, dans le respect du principe de subsidiarité <sup>100</sup>.

Ce volet du projet mérite un examen plus approfondi dans la présente contribution, à titre illustratif de ce que pourrait être le profil d'une protection contractuelle encadrée, quoiqu'il arrive des dispositions en projet dans les travaux législatifs futurs.

Les articles 402-1, 402-2, § 1<sup>er</sup> et 2 et 403 en projet organisent la protection informelle ou extrajudiciaire des incapables. Celle-ci est privilégiée par rapport à la protection judiciaire, conçue comme une alternative subsidiaire (art. 401, al. 2), les deux devant être « nécessaires pour la protection de leurs intérêts » (art. 401, al. 1<sup>er</sup>).

Le projet Goutry ne distingue pas entre les droits personnels et les droits extrapatrimoniaux, objet de la protection extrajudiciaire, ce qui a été critiqué.

Il faudra distinguer suivant que :

- la personne à protéger a conclu un mandat (toujours en cours) avant que son incapacité ne soit reconnue (A.) ;
- a conclu un mandat pour le cas où elle ne serait plus capable de gérer ses biens ou sa personne (B.) ;
- n'a désigné aucun mandataire (C).

100. Au sein du Conseil de l'Europe, le Comité d'experts sur le Droit de la famille (CJ-FA) prépare une recommandation sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité (CJ-FA-GT2(2008)17), constatant le succès de la protection conventionnelle dans les pays où ces systèmes existent.

## A. Mandats en cours

**45 .** Une personne protégée peut avoir désigné *in tempore non suspecto* un mandataire spécial ou général et se retrouver par la suite dans un état d'incapacité d'exprimer sa volonté visé dans le nouvel article 400 du Code civil.

Dans ce cas, le mandat n'expire pas automatiquement. Mais comme le mandant n'est plus en état de contrôler le mandataire, un mécanisme de protection est prévu, à savoir, un *encadrement par le juge de paix* (art. 402-1).

Le mandataire est tenu d'informer le juge de paix de l'existence du mandat et ne peut plus accomplir que des actes non dangereux en attendant la décision du juge. La mesure est mise en place à l'initiative du mandataire, de toute personne intéressée, ou du procureur du Roi.

Si le mandataire est disposé à continuer le mandat, il devra rendre compte de ses actes au juge de paix. Dans l'attente d'une décision du juge, l'intervention du mandataire est restreinte aux actes que le tuteur, représentant légal dans la perspective du régime unifié, peut accomplir seul.

Si le mandataire n'est plus disposé à le faire ou si le juge de paix estime qu'une mesure de protection judiciaire se recommande dans l'intérêt de la personne, il appliquera cette mesure <sup>101</sup>.

Le juge de paix informé peut :

- soit confirmer le mandat (protection dite « informelle », article 402-3) si cela est dans l'intérêt de la personne (ce que le texte ne pose pas explicitement comme condition) ;
- soit privilégier une protection judiciaire, ce qui sera impérativement le cas si le mandataire est un membre du personnel de l'établissement où le mandant réside (article 402-1, al. 3).

**46 .** Cette mesure est opportune et judicieuse ; elle est d'ailleurs imposée par les obligations internationales de la Belgique.

Malheureusement, elle n'apparaît pas assortie de sanctions (responsabilité civile ?) ni de mesure de publicité, pourtant organisée pour d'autres hypothèses (*infra*, n° 48).

Il conviendrait de sanctionner la non-déclaration des mandats en cours au juge de paix par une responsabilité personnelle pour tout dommage subi par la personne. Si la protection de celle-ci le recommande, il peut être envisagé d'annuler les actes accomplis par le mandataire qui n'a pas dénoncé son

101. Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ord. 9 juillet 2008, n° 52-1356/001, p. 12.

intervention, mais sous réserve du respect des droits des tiers, pouvant être palliés par l'appel à la responsabilité civile du mandataire.

**47 .** La règle de maintien des anciens mandats, expressément préconisée dans la réforme, déroge ainsi à l'article 2003 actuel du Code civil, tel qu'interprété diversement par la doctrine et la jurisprudence (*supra*, n° 15).

En droit transitoire, si l'on applique le principe de survie de la loi ancienne aux contrats en cours, la disposition ancienne demeurera applicable à tout ancien mandat, sauf à considérer le nouvel article 402-1 immédiatement applicable parce qu'impératif.

## **B. Mandats de protection future**

**48 .** La proposition de loi permet à une personne d'accorder un mandat à une autre personne spécifiquement pour la période pendant laquelle elle ne sera plus en état de gérer sa personne ou ses biens. Il n'est pas prévu d'incompatibilités légales, qui pourraient prévenir certains abus (ex. membres du personnel de l'institution où est hébergée la personne), ni de restriction si le mandataire futur est entretemps devenu vulnérable ou incapable en fait.

Ce mandat est soumis à des conditions de *forme* destinées à éviter les abus. La désignation d'un mandataire pour le cas où l'on deviendrait incapable a lieu devant le juge de paix du domicile du mandant et, subsidiairement, de son lieu de résidence ou devant notaire (art. 402-2). Le choix n'est pas laissé au mandant, ce qui est critiquable.

Un tel mandat, au contraire des mandats en cours, est connu des autorités et du public via un mécanisme de *publicité*. Elle est organisée dans un registre central tenu par la Fédération royale du notariat belge. La consultation de ce registre par le greffe de la justice de paix, ainsi qu'une délivrance d'un extrait conforme du mandat, sont requises avant sa mise en œuvre.

**49 .** Contrairement à la première hypothèse, le mandat ne produit ses effets qu'au moment où le mandant se retrouve dans l'état visé à l'article 400 du Code civil, c'est-à-dire incapable.

À ce moment, le mandataire communique le mandat au juge, qui peut prendre une des deux décisions citées ci-avant : l'exécution du mandat ou une mesure de protection judiciaire.

Quand l'incapacité se révèle, le mandataire doit encore accepter sa mission devant le juge de paix. En cas de refus, le projet énonce que le juge de paix « tente d'organiser une protection juridictionnelle »<sup>102</sup> ; cette formulation est

---

102. Il s'agit en outre d'une mauvaise traduction du texte (original) en néerlandais.

critiquable : le juge de paix doit organiser une protection juridictionnelle, sauf si exceptionnellement un autre mandataire se manifeste.

**50 .** Il est important de mentionner que, si le mandat est maintenu, le juge de paix exerce un contrôle sur la protection de l'intéressé.

Celui-ci ne peut pas mettre fin au mandat sans l'autorisation du juge de paix et risquer ainsi de se retrouver sans protection (art. 402-4). Inversement, le juge de paix peut, de tout temps, remplacer le mandat par une protection judiciaire.

L'encadrement judiciaire du mandat de protection et celui du mandat antérieur déclaré au juge de paix pourraient encore être améliorés. Ainsi, le point de départ tel que fixé par le projet Goutry (« quand le juge rend sa décision ») n'est pas précis et le changement de mandataire à l'initiative de la personne vulnérable suppose une autorisation du juge de paix pour mettre fin au mandat, mais n'impose pas la désignation d'un nouveau mandataire, créant une possibilité de vide protectionnel.

L'encadrement judiciaire des mandats supposerait également que les mandataires, suivant l'objectif d'unification du régime de protection, soient astreints aux mêmes obligations qu'un représentant légal, notamment s'agissant de la reddition de compte et des habilitations judiciaires pour les actes sortant du domaine de plénitude de leurs pouvoirs.

**51 .** S'agissant de la protection de la personne, il conviendrait de réserver l'application des lois spéciales organisant déjà une représentation non conventionnelle ou un consentement de substitution et, dans tous les domaines, veiller à associer, dans la mesure du possible, la personne à l'exercice de ses droits.

### C. Gestion d'affaire

**52 .** Enfin, si la personne dont l'incapacité se déclare n'a pas procédé à la désignation<sup>103</sup> d'un mandataire, l'article 403 organise une protection extra judiciaire de la personne protégée *via* l'institution de la gestion d'affaire (avec renvoi aux art. 1372-1375 C. civ.).

Les protecteurs informels sont des proches de la personne protégée, dans un ordre hiérarchique.

---

103. La loi évoque l'absence de mandataire « disponible » ; il vaudrait mieux viser l'absence de mandataire « désigné ».

Par analogie avec la loi relative aux droits du patient (*supra*, n° 29), une hiérarchie des protecteurs informels est définie. Cette dernière forme de protection n'est naturellement recommandée que s'il n'existe qu'un besoin ponctuel de protection. Dans les autres cas, une protection judiciaire se recommande<sup>104</sup>.

Aucune publicité de la mesure n'est prévue par le texte proposé ; cela est regrettable, car l'instrument de publicité existe et doit pouvoir accueillir le protecteur informel.

De même, une procédure d'information du juge de paix se recommande et est techniquement possible.

---

104. Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Doc. parl.*, Ch. repr., session ord. 9 juillet 2008, n° 52-1356/001, p. 12.