

LA REVUE DU NOTARIAT

Volume 111 Septembre 2009 Montréal

Directeur : *François Frenette, notaire*

Directeur adjoint : *François Brochu, notaire*

LA PROTECTION DU PATRIMOINE



Chambre des notaires du Québec

LA PROTECTION CONVENTIONNELLE DES PERSONNES VULNÉRABLES EN DROIT BELGE

Yves-Henri LELEU*

I. Domaines respectifs des protections légales et de la protection conventionnelle	318
A. Statuts d'incapacité et de protection traditionnels . .	318
B. Le mandat	321
C. Gestion d'affaires (art. 1372 à 1375 C. civ.)	327
D. Porte-fort	329
E. Actes juridiques en matière extrapatrimoniale	331
1. Exercice des droits du patient incapable	331
a) Exercice des droits du patient par mandataire ou déclaration anticipée.	332
b) Désignation d'une personne de confiance . . .	335
II. Demande d'euthanasie par personne interposée	336
III. Projet de réforme des statuts de protection : protection informelle et conventionnelle	341
A. Mandats en cours.	343

* Professeur, Université de Liège et Université Libre de Bruxelles, Avocat (GREENILLE – Bruxelles).

B. Mandats de protection future	344
C. Gestion d'affaires	345

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 mentales – 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.

Le modèle belge n'est pas à considérer comme un exemple européen. Encore trop empreint des catégories du Code civil, il prévoit pour les 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.

On déplore toujours l'absence d'un régime unique de l'incapacité juridique¹ et la nécessité de composer avec une multiplicité de statuts, se modernisant au fil du temps, par additions moins que par refontes. Leur régime est toutefois plus unifié qu'auparavant, par un renvoi quasi généralisé de ces divers statuts au régime de la tutelle, et notamment à la liste des actes à soumettre à autorisation judiciaire en raison de leur importance (art. 410 C. civ.).

Une réforme est attendue. Le 9 juillet 2008, une proposition de loi² modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global a été déposée. Elle vise à remplacer les statuts d'incapacité existants par un seul, inspiré de l'administration provisoire, et contient d'intéressantes innovations en matière de protection conventionnelle, inspirées des droits voisins et motivées par le souci de mettre la législation en conformité avec des obligations internationales. À ce jour, la proposition n'est cependant pas encore en phase d'examen actif devant la Chambre des représentants.

1. H. DE PAGE et J.-P. MASSON, *Les personnes*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 1110-1111, n° 1199 ; Y.-H. LELEU, « La capacité juridique. Notions générales », *Répertoire notarial*, t. I, l. V/1, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 2 ; F. SWENNEN, *Geesgestoorden in het burgerlijk recht*, Anvers, Intersentia, 2001, p. 181, n° 218.

2. Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Documents parlementaires Chambre*, Session Ordinaire, 9 juillet 2008, n° 52-1356/001.

Aussi, les techniques de protection conventionnelle conservent leur intérêt, tant en matière patrimoniale que pour l'exercice des droits personnels, aucun des statuts classiques ne répondant de manière satisfaisante à la nécessité de protection de la personne vulnérable sur le plan de ses droits extrapatrimoniaux. Ces techniques sont utilisées assez parcimonieusement en matière patrimoniale compte tenu des risques liés à l'absence de contrôle judiciaire, et le plus souvent sont soit juxtaposées à un régime de protection organisé par la loi, soit mises en place en l'absence de tout statut.

2. 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 et leurs avantages et inconvénients, après avoir brièvement situé et décrit les statuts de protection organisés par la loi et leur place réservée dans la pratique (I).

Ensuite, certaines conséquences d'une incapacité en matière extrapatrimoniale seront détaillées, plus spécialement en ce qui concerne l'exercice des prérogatives personnelles en matière médicale. Le droit belge présente cette fois l'intérêt d'avoir réglementé l'exercice par mandataire des droits de patient. Nous nous centrerons sur la déclaration anticipée d'euthanasie et de refus de traitement (II).

Nous terminerons par un bref aperçu de la proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, et plus spécialement la place que cette proposition accorde aux systèmes de protection conventionnelle (III).

I. DOMAINES RESPECTIFS DES PROTECTIONS LÉGALES ET DE LA PROTECTION CONVENTIONNELLE

A. Statuts d'incapacité et de protection traditionnels

3. 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. 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

que d'expédients, des mesures de protection conventionnelles ou prétoriennes, tantôt imparfaites en terme de sécurité juridique, tantôt inefficace à défaut de pérennité.

4. 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 vulnérables³. 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 creusée par 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 corrélé avec le maintien de l'intégrité des facultés intellectuelles. L'administration provisoire est une réponse adéquate, bien qu'assez tardive, à un besoin social aigu.

5. La *minorité prolongée* est le second statut le plus usité en termes statistiques. Les articles 487bis 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 expose à subir une longue procédure. Et se contenter de l'autorité parentale du droit commun créait un hiatus entre leur majorité et leur interdiction éventuelle. 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 minorité⁴. Ce statut conserve un certain succès,

3. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 164, n° 167 ; P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Répertoire notarial*, t. I, I. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 222, n° 266.

4. Pour une critique de ces présupposés : F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Anvers, Intersentia, 2001, p. 206, n° 249.

même si actuellement la procédure de désignation d'un administrateur provisoire, applicable aux majeurs, est plus souple⁵.

6. Le statut de l'*interdiction*, imposé par le Code civil aux majeurs atteints d'aliénation mentale (art. 489) est tombé en désuétude bien avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'administration provisoire*, qui a causé sa perte⁶. Plusieurs raisons sont invoquées en guise d'explication : la procédure lourde et coûteuse est ressentie comme infâmante⁷ ; avant les réformes de 1990 et 1991, on lui préférait 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. 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 à permettre la protection de la personne dans ses décisions non patrimoniales.

7. La mesure d'*adjonction d'un conseil judiciaire* 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 protégée⁸. Ce statut n'a guère plus de succès que l'interdiction dont il emprunte les chemins procéduraux⁹.

8. À côté du système de protection et ses statuts tels que mis en place par le législateur, il est parfois nécessaire ou opportun d'envisager la protection de la personne vulnérable par la voie conven-

5. Il y a eu 545 cas d'application en 1983, 713 en 1991 et 8 069 en 2005 (P. SENAËVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, 11^e éd., Leuven, Acco, 2008, p. 226, n^o 549).

6. Pour un tableau statistique : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Répertoire notarial*, t. I, I. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, n^o 18. En 1960, on dénombrait 96 cas d'application ; en 1995, 9 ; en 1997, 4 et seulement 2 en 2006.

7. Voir, à ce sujet, les travaux préparatoires de la loi du 29 juin 1973 sur la minorité prolongée, *Documents parlementaires*, Chambre des représentants, session 1972-1973, n^o 417-2, p. 5.

8. Civ. Bruxelles, 13 mars 1996, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 1996, p. 983 (somm.) (refus de désigner un conseil judiciaire en raison du caractère limité de la protection offerte par ce statut).

9. Pour un tableau statistique : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Répertoire notarial*, t. I, I. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, n^o 18. On a dénombré 20 cas d'application en 1969, 24 en 1970, 32 en 1980, 52 en 1985, 77 en 1989, 14 en 1994 et seulement 1 en 2006.

tionnelle¹⁰. 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 poser un acte juridique, ou vient d'en accomplir.

Une deuxième situation rencontre un souci de planification : une personne capable anticipe une incapacité future, ou une personne partiellement capable anticipe une incapacité future plus étendue, et souhaite organiser par la voie d'un contrat ce que la loi lui permet de régler quant à sa protection future.

Une troisième situation se rencontre lorsque la personne est mise sous un statut de protection légal, mais que l'urgence ou la complexité de l'acte à accomplir nécessite le recours à un tel mécanisme.

B. Le mandat

9. Le mandat peut être donné par la personne vulnérable pour organiser sa protection, 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. Le mandat est donné, dans la présente hypothèse, par la personne vulnérable, que l'on suppose capable à ce moment. Il peut être général – et porter même 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 lucide¹¹, sous peine d'être annulé. Si le mandant devient incapable après la conclusion du contrat de mandat, ce dernier est non pas annulé mais révoqué, en vertu de l'article 2003 du Code civil.

10. Comme pour tout acte juridique, le mandant doit avoir la capacité de consentir au mandat. Pour apprécier cette capacité, on se place au moment où le mandat est conclu et non ultérieure-

10. Voy. H. CASMAN, « Gestion d'affaire et porte-fort », dans *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?*, Bruxelles, éd. F.R.N.B., 1983, p. 23 et s. ainsi que L. MAUFROID, « L'utilisation du mandat dans la gestion des biens des incapables majeurs », dans *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?*, Bruxelles, éd. F.R.N.B., 1983, p. 18 et s.

11. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Répertoire notarial*, t. 1, I. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 82, n° 5, a).

ment¹². Si le mandant est frappé d'incapacité *postérieurement* à la conclusion du contrat, celui-ci ne pourrait être annulé, mais bien révoqué (*infra*, n° 12).

Si un mandat est conclu avec une personne qui n'est pas placée sous un régime juridique d'incapacité, ce mandat est en principe valable, sauf la possibilité pour le mandant de demander la nullité pour vice ou absence de consentement¹³. Cette nullité, relative¹⁴, ne peut être demandée que par le mandant, à l'exclusion du mandataire ou du tiers contractant.

11. En cas d'annulation du mandat, 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 ultérieurement¹⁵.

Selon la 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 mandat¹⁶. 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 apparent¹⁷.

12. Le mandat expire par l'interdiction du mandant (art. 2003 C. civ.). Il s'agit non pas d'une cause de nullité du mandat mais de révocation. On ne peut en effet agir au nom et pour le compte d'une personne qui n'a pas elle-même la capacité juridique de conclure l'acte envisagé¹⁸. La majorité de la doctrine a étendu cette règle à

12. 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.

13. P. WERY, « Le mandat », *Répertoire notarial*, t. IX, I. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 99, n° 40 et la note n° 2.

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

15. B. TILLEMANN, *Le mandat*, Bruxelles, Kluwer, 1999, p. 62, n° 83.

16. *Pandectes Belges*, v° Mandat (contrat de), t. LXI, col. 661, n° 269 ; *Répertoire pratique du droit belge*, v° Mandat, t. VII, p. 726, n° 103.

17. P. WERY, « Le mandat », *Répertoire notarial*, t. IX, I. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 100, n° 41 et la note n° 6.

18. B. TILLEMANN, *Le mandat*, Bruxelles, Kluwer, 1999, p. 387, n° 590 et la note 240.

tout changement d'état du mandant le rendant incapable de conférer le mandat¹⁹.

Cette doctrine doit cependant être doublement nuancée.

13. Tout d'abord, une modification dans la capacité civile du mandant entraîne révocation du mandat « 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 de sa capacité civile par exemple, est placé sous le statut de la mise sous conseil judiciaire, le mandat ne prendra fin que pour les actes auxquels s'applique la mesure de protection et non pour les autres²⁰.

En effet, depuis la loi du 3 mai 2003 et la modification de l'article 488bis, c, § 1^{er} du Code civil²¹, l'acceptation de ses fonctions par l'administrateur provisoire ne met plus fin au mandat conféré par la personne sous administration provisoire²². Désormais 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 provisoire²³. Le man-

19. E. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, t. IV, 2^e éd., n° 1486 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. III, 2^e éd., n° 936 ; R. DEKKERS, *Précis de droit civil belge*, t. II, n° 1307 ; P. WÉRY, « Le mandat », *Répertoire notarial*, t. IX, I. VII, éd. 2000, n° 275.

20. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Répertoire notarial*, t. I, I. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 314, n° 399 ; A. WYLLEMAN, *Contracteren en procederen met wilsonbekwamen en wilsgestoorden*, thèse, coll. *Recht en Praktijk*, n° 41, Malmes, Kluwer, 2005, nos 797 à 798bis.

21. L'ancien art. 488bis-C, § 1^{er}, 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 », *Rechtskundig Weekblad*, 1991-1992, p. 169, n° 17 ; en sens contraire : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Répertoire notarial*, t. I, I. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 259, n° 302 ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Anvers, Intersentia, 2001, p. 318, n° 402. Adde : J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 10 décembre 1991, *Journal des juges de paix et de police*, 1992, p. 171 (droit de tierce opposition du mandataire privé de pouvoirs en raison de la désignation d'un administrateur provisoire).

22. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 166, n° 171 C.

23. En ce sens not. : F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Anvers, Intersentia, 2001, p. 319, n° 403 ; P. WÉRY, « Le mandat », *Répertoire notarial*, t. IX, I. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 276 ; B. TILLEMANN, « Lastgeving », dans *Algemene praktische rechtsverzameling*, Gand E. Story-Scientia, 1997, p. 337, n° 592. Plus nuancé : P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Répertoire* (à suivre...)

dataire conserve donc en principe son pouvoir de représentation pour les actes personnels²⁴ et pour ce qui concerne la capacité patrimoniale de la personne protégée. Cependant, une telle coexistence de représentants peut engendrer des difficultés à aplanir, par une révision judiciaire, des pouvoirs de l'administration ou la révocation du mandat.

L'opinion qui maintient le mandat conventionnel nous paraît contestable à l'heure où l'adaptabilité croissante de l'administration provisoire, jointe à de nouvelles possibilités de représentation en matière médicale, permet aux proches de la personne, au rang desquelles il faut parfois compter l'ancien mandataire, d'organiser une gestion sur mesure et qui oblige à rendre au juge des comptes impossibles à présenter à la personne.

14. Ensuite l'interprétation de l'article 2003 du Code civil est sujette à controverse. Comme écrit plus haut, le mandant est révoqué *par l'interdiction du mandant ou du mandataire*. Est-ce à dire qu'une simple altération mentale des facultés du mandant met fin au mandat, ou est-il nécessaire qu'un régime légal d'incapacité lui soit appliqué ?

Cette question est d'une importance pratique considérable dans un système où la protection conventionnelle n'est pas légalement organisée, et où des personnes anticipant leur vulnérabilité préfèrent confier la gestion de leur patrimoine, voire certains aspects de leur vie, à un mandataire de confiance. Il n'y a, à ce sujet, pas d'unanimité au sein de la doctrine²⁵.

Selon une première thèse, le mandat est dissous dès qu'une déficience mentale apparaît, même si celle-ci ne s'accompagne pas d'un régime d'incapacité²⁶.

(...suite)

notarial, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 314, n° 399, qui ne conçoit le mandat que comme solution provisoire, en vue de l'accomplissement d'actes urgents bien déterminés.

24. 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 », *Journal des tribunaux*, 2003, p. 657, nos 52 et 54) et *infra*, n° 25.

25. P. WERY, « Le mandat », *Répertoire notarial*, t. IX, l. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 306, n° 276.

26. CH. DE WULF et H. DE DECKER, *Het opstellen van notariële akten*, t. III, Antwerpen, Kluwer, rechtswetenschappen, 1994, p. 1388.

Une deuxième, plus largement suivie, requiert une mesure légale de représentation ou d'assistance pour mettre fin au mandat²⁷. En d'autres termes, le mandat subsiste tant que le mandant n'a pas été placé sous un régime de protection prévu par la loi²⁸. Certains auteurs soutiennent même que le mandat persiste en cas de démence notoire²⁹. Cette thèse ne distingue pas selon que c'est le mandant ou le mandataire qui est atteint d'une diminution de ses facultés.

Son avantage est de permettre aux personnes qui craignent une diminution de leurs facultés, de prévoir 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 Belgique, et qu'il ne doit être utilisé que comme « solution provisoire, en vue de certains actes urgents et déterminés »³⁰.

La troisième thèse est plus nuancée et distingue selon la partie atteinte de démence de fait. Si le *mandataire* est déficient mentalement, il est mis fin au contrat de mandat, celui-ci requérant, 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 que celle des mandants, sollicite les investigations, parce qu'elle seule s'annonce et est susceptible de contrôle. 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 utile³¹. En résumé, et comme le préconise un arrêt de la Cour de cassation de France, « l'aliénation mentale du mandant ne met pas, à elle seule, fin au mandat »³².

27. Voir P. WERY, « Le mandat », *Répertoire notarial*, t. IX, I. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 99, n° 40 et spécialement la note n° 3.

28. B. TILLEMANS, *Le mandat*, Bruxelles, Kluwer, 1999, p. 388, n° 592 et la note n° 244.

29. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Répertoire notarial*, t. I, I. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 315, n° 399.

30. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Répertoire notarial*, t. I, I. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 315, n° 399.

31. P. WERY, « Le mandat », *Répertoire notarial*, t. IX, I. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 308, n° 276 et spécialement la note n° 5.

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

Vu l'absence d'unanimité au sein de la doctrine et de la rareté de la jurisprudence publiée sur la question³³, il est conseillé, en vue d'éviter tout problème, de préciser expressément que le mandat ne prendra pas fin en cas de simple inaptitude de fait du mandant.

15. 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. Enfin, en raison du principe de proportionnalité, comme une mesure de protection légale ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire, lorsque la personne protégée peut encore être capable de gérer son patrimoine, elle peut judiciairement, 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 juge³⁴, soit de l'initiative de la personne protégée dans la sphère de sa capacité résiduelle.

16. En toutes hypothèses, le mandat ne peut être envisagé que comme une solution provisoire, en vue de l'accomplissement de certains actes bien déterminés ou urgents.

Comme l'observe M. Marchal, « 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 révo-

33. Ex. : Civ. Bruges, 12 mai 1874, *Belgique judiciaire*, 1874, 696. En France : Aix, 19 novembre 1889, *Recueil Dalloz*, 1890, II, p. 156 et note et l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 1963 (*Jurisclasseur périodique*, 1963, IV, p. 162).

34. 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. T. DELAHAYE, *L'administrateur provisoire (article 488bis du Code civil)*, dans *Les dossiers du journal des tribunaux*, 3^e éd., vol. 68, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 148, n° 216.

qué ? »³⁵. 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.

Le mandat général est absolument à proscrire. Le statut de l'administration provisoire l'a d'ailleurs privé de tout intérêt. Il est extrêmement dangereux dès lors que les actes auxquels il s'applique et les pouvoirs du mandataire ne sont pas exactement précisés³⁶.

C. Gestion d'affaires (art. 1372 à 1375 C. civ.)

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

La gestion d'affaires 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 aura lieu *a posteriori* par le protecteur.

18. La gestion d'affaires est réglementée par les articles 1372 à 1375 du Code civil. Il y a gestion d'affaires 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 utile³⁷. Une ratification expresse par le maître de l'affaire rétroagit au jour de l'acte³⁸, sans nuire aux droits des tiers de bonne foi qui tiennent ceux-ci de l'auteur de la ratification³⁹. En l'absence de ratification par le

35. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Répertoire Notarial*, t. I, 1, VIII, éd. 2007, n° 5, a).

36. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *Les principaux contrats usuels*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1975, nos 386 et 390.

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

38. Cass., 15 décembre 1932, *Pastcrisie*, 1933, I, p. 52.

39. E. BEYSEN, *Zaakwaarneming*, dans *Agemene praktische rechtsverzameling*, Malines, Kluwer, 2006, p. 112, n° 248.

maître, par exemple si celui-ci est incapable, il sera néanmoins 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.)⁴⁰.

19. Cinq conditions sont requises pour qu'il y ait une gestion d'affaire obligeant le maître de l'affaire⁴¹.

En premier lieu, il ne doit exister aucune convention ou obligation légale entre les parties quant à l'affaire gérée. Le gérant doit avoir pris l'initiative de la gestion. Cette hypothèse est précisément celle qui apparaît dans la présente problématique à l'égard d'une personne dans l'impossibilité de manifester sa volonté en raison de son état de santé. Une autre personne prend sur elle de gérer ses intérêts : il peut y avoir gestion d'affaires.

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'affaires doit avoir eu la volonté de gérer l'affaire d'autrui dans l'intérêt du maître de l'affaire. La gestion d'affaires n'est 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'affaires 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,

40. S. STIJN, D. VAN GERVEN, P. WERY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : les sources (1985-1995) », (1996) 19 *Journal des tribunaux* 697.

41. P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Répertoire notarial*, t. 1, 1, VIII, éd. 2007, p. 315, n° 400.

mais indispensables. Le seul fait que le maître soit dans l'impossibilité de s'occuper de cette affaire ne suffit pas ; il faut que l'immixtion préserve le patrimoine ou évite une perte. Le gérant d'affaires 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.

20. En matière notariale, une vente d'immeuble peut, en théorie, sans que cela soit consulté, être réalisée par ce biais.

Si l'acquéreur est représenté par un gérant d'affaires, le vendeur est obligé immédiatement. Les actes d'aliénation ou d'affectation hypothécaire que ce vendeur accomplirait ensuite céderaient la place devant la ratification par l'acquéreur. Encore faudrait-il que l'acte soit transcrit avant la ratification, afin de rendre les actes de disposition passés par le vendeur après la vente inopposables à l'acquéreur, au jour de la ratification⁴².

Si le vendeur est représenté par un gérant d'affaires, la ratification par le vendeur ne peut nuire aux tiers de bonne foi auxquels il a cédé des droits sur le bien avant la ratification. L'acquéreur devra dès lors subir les éventuels actes de disposition accomplis par le maître entre la vente et la ratification⁴³. En l'absence de ratification, l'acquéreur n'a donc de certitude quant à la validité de son titre que lorsqu'il a été constaté que la gestion était utile (art. 1375 C. civ.)⁴⁴.

D. Porte-fort

21. Le recours à un porte-fort est une troisième technique contractuelle pratiquée en présence d'incapables de fait 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 désignation d'un représentant légal sera donc nécessaire à cette fin.

42. Pour plus de détail, voir E. GENIN, R. PONCELET, A. GENIN, G. DE LEVAL et M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Traité des hypothèques et de la transcription », *Répertoire notarial*, t. X, 1. I, n° 453.

43. E. GENIN, R. PONCELET, A. GENIN, G. DE LEVAL et M. RENARD-DECLAIRFAYT, « Traité des hypothèques et de la transcription », *Répertoire notarial*, t. X, 1. I, n° 454.

44. H. CASMAN, *op. cit.*, dans *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?*, *Journées notariales de Charleroi* de 1983, Bruxelles, éd. F.R.N.B., 1983, p. 25.

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 alors ratification *a posteriori* par le protecteur, le cas échéant, autorisé judiciairement.

22. Le porte-fort s'engage vis-à-vis d'un cocontractant à obtenir qu'une autre personne fasse ou donne quelque chose. Toutefois, il ne « promet » pas le fait d'autrui, mais son propre fait : obtenir que l'autre personne consente à s'engager. Il s'agit d'une obligation personnelle, qui se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution⁴⁵.

Contrairement à la gestion d'affaires, dans la convention de porte-fort, il n'y a aucune immixtion dans les affaires d'autrui. Le porte-fort assume un engagement personnel qui, par lui-même, n'influence pas la situation des tiers. La gestion d'affaires, par contre, est toujours faite *alieno nomine* et se rapproche en cela plus de la technique de la représentation. Dans la convention de porte-fort, celui dont l'engagement est promis ne sera tenu que s'il ratifie⁴⁶.

Mais si celui qui doit ratifier est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, par exemple pour déficience mentale, il faudra lui pourvoir un représentant légal qui ratifiera à sa place, ou obtenir la ratification de ses héritiers s'il est décédé. Et dans ce cas, s'il n'existe pas de dispositions testamentaires écartant de la dévolution légale, les héritiers qui se sont portés fort ne pourront refuser la ratification⁴⁷.

23. La convention de porte-fort est utile dans les situations où il est impossible d'obtenir l'engagement immédiat d'un tiers. Par exemple, lorsque des incapables sont intéressés dans des ventes ou des partages, les personnes capables peuvent 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.

45. 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^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 730bis.

46. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les incapables*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 736.

47. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *Les incapables*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 732 ; H. CASMAN, *op. cit.*, dans *Pour les incapables majeurs... un vide juridique ?*, Journées notariales de Charleroi de 1983, Bruxelles, éd. F.R.N.B., 1983, p. 27.

Il est admis que le tuteur, qui dispose d'un mandat général d'administrer, peut se porter fort pour son pupille. Il peut le faire sans être habilité, même s'il s'agit d'un acte de disposition, telle une vente.

L'acceptation d'une donation directe par porte-fort ou par gérant d'affaires est impossible⁴⁸.

Quant au créancier, il a un recours contre le porte-fort, en cas de non-ratification.

24. En matière de vente immobilière par porte-fort, avant la ratification, la vente n'est pas translatrice de propriété. Il n'y a même pas vente, mais uniquement une convention de porte-fort relativement à celle-ci. La vente ne se réalisera que par la ratification.

E. Actes juridiques en matière extrapatrimoniale

1. Exercice des droits du patient incapable

25. En droit belge, le consentement éclairé est devenu un droit du patient (art. 8 L. du 22 août 2002)⁴⁹, ressortissant à la catégorie des droits de la personnalité⁵⁰, essentiellement révocable⁵¹ et qui ouvre au patient, en cas de violation, un droit à réparation sur le plan civil.

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 (art. 14).

Une première manière d'exercer ses droits de patient par personne interposée est la représentation conventionnelle ou la déclai-

48. H. DE PAGE, t. VIII, n° 464.

49. *Moniteur Belge*, 29 août 2002.

50. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 108, n° 113 A ; Y.-H. LELEU et G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne », *Journal des tribunaux*, 1999, p. 592, n°s 13-15. Dans le même sens : Cass., 14 décembre 2001, *Pasicrisie*, 2001, I, p. 2129, concl. du JARDIN, *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, 2002, p. 532, obs. Y.-H. LELEU et G. GENICOT.

51. 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 », *Journal des tribunaux*, 2003, p. 654, n° 33.

ration anticipée qui, dans la loi, coexistent avec la représentation légale (a). Une autre est l'institution de la personne de confiance (b).

a) *Exercice des droits du patient par mandataire ou déclaration anticipée*

26. La réglementation de la situation des patients incapables constitue un progrès incontestable, tant l'exercice d'un droit de la personnalité s'accommode mal des incapacités.

Le cas des patients *incapables de fait*, qui ne relèvent pas d'un des statuts organisés⁵² et ne sont pas en mesure d'exercer leurs droits de patient, a toujours posé problème en matière médicale⁵³. 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.

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.

27. Si l'incapacité de fait est avérée, les droits du patient sont d'abord exercés, par le *mandataire conventionnel* qu'il a désigné à cet effet lorsqu'il était encore apte à le faire. Ils le sont de cette manière pour autant et aussi longtemps qu'il n'est pas en mesure d'exercer ces droits. La loi innove en permettant de « déléguer » un droit strictement personnel de consentir à une atteinte à l'intégrité physique, le cas échéant contre l'avis du médecin.

52. 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^{er} de la loi.

53. 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'affaires, 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, p. 94 et s., n° 117 ; F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, précité, p. 606 et s. ; H. NYS, *De rechten van de patiënt*, précité, p. 79 et s. ; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Bruxelles/Anvers, Bruylant/CED-Samsom/Maklu, 1996, p. 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^{er}, al. 2). Le mandataire représente le patient dans l'exercice de tous ses droits. Contrairement à la personne de confiance désignée par le patient (*infra*, n° 31), 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. Le cas des incapacités de fait post-traumatiques risque de ne pas bénéficier de solution contractuelle, et doit être résolu par le système subsidiaire décrit ci-dessous.

28. 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. Le législateur retient comme élément déterminant la cohabitation de fait, donc la proximité avec le patient, corroborant l'idée d'un consentement « de substitution », plutôt que d'une représentation.

Si un membre de la première catégorie fait défaut ou ne souhaite pas intervenir, les droits sont exercés par un enfant majeur, un parent⁵⁴, 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 avec les intéressés, la personne qu'il considérera comme « représentant informel »⁵⁵.

Si aucun proche du patient ne souhaite intervenir, si une telle personne fait défaut ou si un conflit persiste, le médecin concerné, le

54. 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.

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

cas échéant dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire et si le contexte le permet, défend les intérêts du patient (art. 14, § 2). Cela peut signifier qu'il administre un traitement sans le consentement du patient ni d'un représentant.

29. En toute hypothèse, le législateur a souhaité associer 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 et 14, § 3).

Et de manière générale, la représentation du patient est finalisée et encadrée. Le représentant (légal, contractuel ou informel) du patient doit en effet se fonder sur la volonté présumée de celui-ci ou, à défaut de la connaître, sur son intérêt. Aussi, lorsque le médecin estime que la décision prise 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. 5, § 2).

Ces contre-poids s'imposaient dans la mesure où le législateur n'a pas prévu de mesures spécifiques de contrôle de la désignation des représentants, ni du bon accomplissement de leur mission.

Le droit de contrôle (marginal) du praticien professionnel trouve cependant une limite, intéressante pour la présente problématique, en cas de représentation contractuelle et lorsque le mandataire peut invoquer, en la prouvant, une volonté expresse du patient dans le sens de la décision prise en son nom. L'on peut en effet penser qu'un patient qui désigne une personne pour le représenter dans l'hypothèse où il ne serait plus capable d'exercer ses droits lui-même, lui communique par la même occasion des précisions quant au traitement envisagé ou refusé, ou la choisit parce qu'elle connaît déjà sa volonté à ce sujet. La volonté dont il est ici question peut avoir été exprimée oralement et confirmée par des témoins, ou être consignée par écrit ou dans un enregistrement audio ou vidéo.

30. 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 donne en effet force obligatoire au *refus anticipé d'intervention*, valablement exprimé par un patient devenu incapable d'exercer ses droits. C'est une disposition novatrice de la loi relative aux droits des patients.

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. Ainsi peut-on désormais s'éviter une prolongation de vie végétative, ou s'assurer de l'absence de réanimation après une tentative de suicide ; à bien distinguer des demandes euthanasiques.

L'intervention pour laquelle le patient exprime son refus anticipé doit être indiquée précisément. Lorsque la déclaration est formulée de façon générale ou dans des termes équivoques, le médecin pourrait procéder valablement à une intervention qu'il n'estime pas couverte par la déclaration.

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. Cela n'empêche pas le praticien de la consigner dans le dossier médical du patient et d'en tenir compte le cas échéant⁵⁶.

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

b) Désignation d'une personne de confiance

31. L'article 7 de la loi donne au patient la possibilité de désigner une personne de confiance pour l'assister dans l'exercice de son droit à l'information. Celle-ci devient, avec le patient, destinataire de l'information relative à son état de santé. La personne de confiance, dès lors qu'elle accepte sa mission, devra agir de bonne foi et toujours dans l'intérêt du patient, veillant à respecter le caractère confidentiel des informations qui lui sont fournies. Il convient de préciser que cet article vise la seule communication d'informations sur l'état de santé du patient et pas les informations préalables sur base desquelles le patient va donner son consentement à un traitement médical, ces dernières étant visées à l'article 9 de la loi.

La loi ne prévoit aucune procédure particulière pour la désignation de la personne de confiance. Toutefois, les informations

56. 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.

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 écrite du patient. Cette demande écrite, ainsi que l'identité de la personne de confiance seront consignées ou ajoutées au dossier du patient.

Il est essentiel de distinguer le rôle de la personne de confiance, qui assiste le patient, du rôle du mandataire visé à l'article 14 de la loi, tiers qui, désigné par le patient, exerce effectivement ses droits et prend pour lui la décision d'adhérer ou non au traitement médical. Néanmoins, le cumul des rôles est possible, la personne de confiance pouvant être le mandataire désigné en cas d'incapacité de fait du patient. Certaines incohérences subsistent toutefois entre les régimes applicables à chacun. Ainsi, le médecin peut refuser au mandataire l'accès au dossier du patient. 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. 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.

II. DEMANDE D'EUTHANASIE PAR PERSONNE INTERPOSÉE

32. Le droit belge est une des rares législations à avoir dépénalisé l'euthanasie. 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 atteints d'une maladie neurologique évolutive (ex. : Alzheimer), non convenablement réglementée.

L'euthanasie est le fait d'administrer intentionnellement la mort à autrui à sa demande⁵⁷. Sa dépénalisation par la loi du 28 mai

57. Voir sur ce sujet : M. ADAMS et H. NYS, « Euthanasie in de Lage Landen. Vergelijkende beschouwingen bij de Belgische euthanasiewet », *Tijdschrift voor Privatrecht*, 2003, p. 11 ; W. DE BONDT, « La nouvelle loi belge relative à l'euthanasie : la consécration de l'autonomie individuelle », (2003) *Revue de droit international et de droit comparé* 233 ; T. VANSWEEVELT, « De euthanasiewet : de ultieme (à suivre...) »

2002 répond à une demande sociale et prend rang dans une nouvelle hiérarchie des valeurs. 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 L.)⁵⁸. 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)⁵⁹.

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^{er}). La souffrance n'est pas 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

(...suite)

bevestiging van het zelfbeschikkingsrecht of een gecontroleerde keuzevrijheid ? », (2003) *Revue de droit de la santé* 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 », (2004) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 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 », p. 9, n° 3). Les *soins palliatifs* sont régis par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.

58. 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.

59. 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).

(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)⁶⁰. 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).

33. Au centre du processus se trouve la demande du patient. Elle doit être volontaire, réfléchie et répétée, tout en demeurant révoquable. Une information et une concertation préalables sont organisées (art. 3, § 2)⁶¹. 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. La technique du mandat n'est en effet pas appropriée s'agissant de prendre en charge le cas de personnes – par essence vulnérables – mais inaptes à exprimer leur volonté. La loi recourt donc à une technique particulière : la *déclaration anticipée d'euthanasie*, à distinguer nettement de la construction juridique de la représentation conventionnelle.

34. Dans une « déclaration anticipée » le patient exprime une volonté qu'un médecin pratique une euthanasie ou qu'une personne de confiance répercute ce souhait au moment opportun auprès d'un

60. Document disponible à l'adresse : <www.health.fgov.be/agp/fr/euthanasie/>.

61. 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 », (2004) *Revue trimestrielle de droit familial* 271.

médecin (art 4, § 1^{er})⁶². C'est plus qu'un refus de traitement et autre chose qu'un souhait de soins palliatifs. Pour donner suite à de telles directives, le médecin doit constater la réunion des conditions de fond de l'euthanasie et l'inconscience du patient (art. 4, § 2)⁶³.

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 déclaration⁶⁴.

Comme la demande d'euthanasie elle-même, la déclaration anticipée est interdite aux mineurs et aux personnes déjà incapables 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 de résoudre que le cas du malade *devenu* incapable après sa déclaration anticipée, la loi ne pouvant profiter à celui qui l'était *ab initio* ou qui l'est devenu sans avoir consigné par écrit ses volontés. Ceci résulte de la consécration du principe d'auto-détermination et du refus d'une perspective plus collégiale ou contrôlée.

Une autre limite tient en 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, dont il consacrera alors la volonté plutôt que celle de la personne concernée elle-même.

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^{er}, 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. Dans le même esprit, la déclaration peut être retirée ou adaptée à tout moment (al. 7), conformément au prin-

62. Modèle disponible à l'adresse : <www.health.fgov.be/AGP/FR/euthanasie/> ; W. DE BONDT, « La nouvelle loi belge relative à l'euthanasie : la consécration de l'autonomie individuelle », p. 233.

63. La souffrance est devenue impossible à vérifier.

64. 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, *Revue de droit de la santé*, 1999-2000, p. 175, aussi publié dans *Les avis du Comité Consultatif de Bioéthique de Belgique 1996-2000*, précité, p. 93).

cipe de révocabilité *ad nutum* des décisions concernant le corps humain et les actes médicaux⁶⁵.

Selon la loi belge, la volonté que le patient exprime est « qu'un médecin pratique une euthanasie ». C'est donc bien plus qu'un refus de soins inutiles⁶⁶ et autre chose qu'un souhait de soins palliatifs.

Pour donner suite à semblables directives, le médecin doit constater la réunion des conditions de fond de l'euthanasie et l'inconscience du malade. 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 objectivation de la situation médicale : il n'est plus question de souffrance, vu l'impossibilité d'en vérifier la présence (art. 4, § 2)⁶⁷.

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).

35. La loi réglemente en outre une forme particulière de déclaration anticipée par laquelle le patient désigne une ou plusieurs personnes de confiance qui informeront le médecin de sa volonté (art. 4, § 1^{er}, al. 2)⁶⁸.

La personne de confiance n'intervient pas pour communiquer sa propre volonté mais celle du malade, 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.

65. 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 », *Journal des tribunaux*, 1999, p. 592, n° 14.

66. Que le médecin doit respecter (H. LEENEN, *op. cit.*, note 28, p. 319) et que du reste le malade n'a pas à refuser expressément, dès lors que le médecin ne peut les prodiguer légitimement.

67. 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^e civ.), 22 février 1995, *Recueil Dalloz*, 1996, jur., p. 69, note Y. CHARTIER, *Jurisclasser périodique*, 1996, II, 22570, note Y. DAGORNE-LABBE, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 629, note P. JOURDAIN).

68. 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.

Toute personne peut être désignée, à l'exception du personnel médical au contact du patient. Si les liens se sont entre-temps distendus, il appartiendra 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.

36. Enfin, l'article 4, § 1^{er}, al. 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.

III. PROJET DE RÉFORME DES STATUTS DE PROTECTION : PROTECTION INFORMELLE ET CONVENTIONNELLE

37. Une proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global a été déposée le 9 juillet 2008⁶⁹. Elle vise à remplacer les statuts d'incapacité existants par un statut global, unique.

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.).

38. Cette réforme est dirigée par cinq lignes de force. 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.

39. 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.

69. Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Documents parlementaires Chambre*, Session ordinaire, 9 juillet 2008, n° 52-1356/001.

La fusion des cinq statuts d'incapacité existants en un statut unique, patrimonial et personnel représente 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 repris, voire étendus, dans le statut global. Ainsi, la minorité prolongée, qui donne actuellement satisfaction, ne disparaîtra pas dans le nouveau système, mais sera consolidé. Actuellement, la déclaration de minorité prolongée n'est pas applicable, par exemple, au jeune qui, avant l'âge de 18 ans, est victime d'un accident de la circulation ou développe une schizophrénie qui le rend incapable de manifester sa volonté. Dans le futur, les parents pourront à nouveau se voir confier l'autorité parentale sur cet enfant, comme s'il y avait eu une déclaration de minorité prolongée⁷⁰.

40. La troisième ligne de force d'un statut global 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). L'administration provisoire permet déjà de s'adapter à chaque cas. Cette possibilité rencontrait ces principes ; leur portée sera étendue aux soins de la personne⁷¹.

41. La proposition vise également à harmoniser la protection des majeurs avec le régime général de la tutelle. Malgré les réformes législatives de 2001 et 2003 qui ont permis d'harmoniser davantage le droit commun de la tutelle – qui régit en Belgique le fonctionne-

70. Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Documents parlementaires Chambre*, Session ordinaire, 9 juillet 2008, n° 52-1356/001, p. 4.

71. Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Documents parlementaires Chambre*, Session ordinaire, 9 juillet 2008, n° 52-1356/001, p. 4.

ment de la minorité prolongée et de l'interdiction judiciaire – des différences injustifiées entre ces régimes et l'administration provisoire subistaient.

42. Enfin, cette réforme vise à moderniser les dispositions éparses relatives aux personnes vulnérables, comme en matière de filiation (art. 331^{sexies} C. civ.) ou de responsabilité (art. 1386^{bis} C. civ.).

43. En ce qui concerne plus spécifiquement la protection contractuelle des personnes vulnérables, la proposition de loi accorde une place particulière au mandat et à la gestion d'affaires. Les articles 402-1, 402-2, § 1^{er} et 2 et 403 en projet organisent la protection informelle 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^{er}).

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 en mandat pour le cas où elle ne serait plus capable de gérer ses biens ou sa personne (B), ou n'a désigné aucun mandataire (C).

A. Mandats en cours

44. 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 alors 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 peut accomplir seul.

Si le mandataire n'est plus disposé à le faire ou si le juge paix estime qu'une mesure de protection judiciaire se recommande, il appliquera cette mesure⁷².

Le juge de paix peut soit confirmer le mandat (protection informelle, art. 402-3), 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 (art. 402-1, al. 3).

Cette mesure est opportune et judicieuse ; elle est d'ailleurs imposée par les obligations internationales à charge de la Belgique. Malheureusement, elle n'apparaît pas assortie de sanctions (responsabilité civile ?) ni de mesure de publicité (pourtant organisée – voir, *infra*, n° 46).

45. La règle de maintien des anciens mandats, expressément préconisée dans la réforme, déroge à l'article 2003 actuel du Code civil, tel qu'interprété diversement par la doctrine et la jurisprudence (*supra*, n° 14). 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

46. La proposition de loi permet à une personne d'accorder un mandat spécifiquement pour la période pendant laquelle elle ne sera plus en état de gérer sa personne ou ses biens.

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 C. civ.). Un tel mandat, au contraire des mandats en cours, est donc connu des autorités et du public via un mécanisme de publicité. Cette publicité 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 déli-

72. Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Documents parlementaires Chambre*, Session ordinaire, 9 juillet 2008, n° 52-1356/001, p. 12.

vance d'un extrait conforme du mandat sont requises avant sa mise en œuvre.

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 : l'exécution du mandat ou une mesure de protection judiciaire.

Quand l'incapacité se révèle, le mandataire doit 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 »⁷³.

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 C. civ.). Inversement, le juge de paix peut, de tout temps, remplacer le mandat par une protection judiciaire.

C. Gestion d'affaires

47. Enfin, si la personne dont l'incapacité se déclare n'a pas procédé à la désignation⁷⁴ d'un mandataire, l'article 403 organise une protection informelle de la personne protégée *via* la forme juridique de la gestion d'affaires (renvoi aux art. 1372-1375 C. civ.).

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

Par analogie avec la loi relative aux droits du patient (*supra*, n° 28), 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 recommande⁷⁵.

73. Il s'agit d'une mauvaise traduction du texte (original) en néerlandais ; il faut lire « le mandataire le requiert d'organiser une protection judiciaire » (obligation non sanctionnée à notre avis ; responsabilité civile ?).

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

75. Proposition de loi modifiant la législation relative aux statuts d'incapacité en vue d'instaurer un statut global, *Documents parlementaires Chambre*, Session ordinaire, 9 juillet 2008, n° 52-1356/001, p. 12.

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.