

Séminaire pluridisciplinaire[BR]- La participation à deux séminaires sur une thématique fiscale pointue [BR]- Rédaction d'un travail écrit : "Le mandat extrajudiciaire comme outil de planification patrimoniale : état de la question".

Auteur : Piters, Lisa

Promoteur(s) : 17026

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master de spécialisation en droit fiscal

Année académique : 2021-2022

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/14034>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

Le mandat extrajudiciaire comme outil de planification patrimoniale : état de la question

Lisa PITERS

Travail de fin d'études

Master de spécialisation en Droit fiscal

Année académique 2021-2022

Titulaires :

Jean BUBLLOT
Sabine GARROY

Promoteur :

Giacomo NOTARRIGO
Notaire

I. REMERCIEMENTS

Je remercie vivement mon promoteur, Monsieur Giacomo Notarrigo, pour son encadrement bienveillant. Je le remercie de m’ avoir consacré son temps précieux et de m’ avoir prodigué ses conseils avisés, m’ ayant aidé à améliorer la qualité de mon travail.

II. TABLE DES MATIÈRES

I. REMERCIEMENTS	2
II. TABLE DES MATIÈRES	3
III. INTRODUCTION	5
Chapitre 1^{er} : Remarques préliminaires quant au mandat de protection extrajudiciaire	6
Section 1.1 : Bref historique	6
Section 1.2 : La protection extrajudiciaire est la priorité légale	7
Section 1.3 : Le mandat extrajudiciaire au service de la planification patrimoniale	7
Chapitre 2 : L'entrée en vigueur du mandat de protection extrajudiciaire	9
Section 2.1 : L'entrée en vigueur immédiate (le mandat hybride)	9
Section 2.2 : L'entrée en vigueur différée	10
Section 2.3 : L'intervention judiciaire préalable à la prise d'effet du mandat extrajudiciaire	10
Section 2.3 : Les modalités d'entrée en vigueur du mandat extrajudiciaire	11
Chapitre 3 : L'exercice du mandat extrajudiciaire	12
Section 3.1 : La désignation du mandataire, la répartition des pouvoirs et l'opportunité de désigner un mandataire <i>ad hoc</i> professionnel	12
Section 3.2 : La question de l'autorisation préalable quant aux pouvoirs du mandataire	12
Section 3.3 : Le testament	13
Sous-section 3.3.1 : La capacité pour le mandant de recevoir une libéralité	13
Section 3.4 : Les donations comme outil essentiel de la planification patrimoniale	14
Sous-section 3.4.1 : L'éventuel conflit d'intérêt dans le cadre d'un mandat extrajudiciaire	14
Sous-section 3.4.2 : Les bénéficiaires des donations prévues dans le mandat extrajudiciaire	15
1) Le cas de bénéficiaire(s) à l'étranger	15
2) La question de l'applicabilité de l'incapacité de recevoir de l'administrateur prévue pour la protection judiciaire à la protection extrajudiciaire	15
Section 3.5 : Le mandat extrajudiciaire et le contrat d'assurance-vie	16
Sous-section 3.5.1 : Obligations de l'assureur auquel on présente un mandat extrajudiciaire	17
1) Vérifier qu'il existe un mandat extrajudiciaire valable	17
2) Vérifier que l'action requise soit permise par voie de représentation	17
Section 3.6 : L'analyse de l'impact de l'incapacité de l'adulte en droit international privé	18
Sous-section 3.6.1 : La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale de l'adulte	18
Sous-section 3.6.2 : L'avantage du choix de la loi applicable	19
1) Illustration – L'arrêt de la Cassation française du 27 janvier 2021	20
2) Illustration – Le mandant possède une assurance-vie souscrite au Luxembourg	20
Sous-section 3.6.3 : Une donation dans le cadre d'un contexte franco-belge	21

1) La comparaison au mandat de protection future de la loi française _____	21
2) Illustration – Un mandat de droit belge avec donation d’un immeuble sis en France _____	22
Section 3.7 : Les pactes successoraux _____	23
Sous-section 3.7.1 : La notion de « pacte sur succession future » et sa récente réforme _____	23
Sous-section 3.7.2 : Le régime actuel des pactes successoraux dans le cadre des mesures de protection judiciaire et extrajudiciaire _____	24
Section 3.8 : Le contrôle du mandataire _____	25
Sous-section 3.8.1 : La reddition des comptes _____	25
Sous-section 3.8.2 : L’intervention du juge de Paix _____	26
Chapitre 4 : La fin du mandat extrajudiciaire _____	27
Section 4.1 : Les causes d’extinction automatiques du mandat extrajudiciaire _____	27
Section 4.2 : La révocation du mandat extrajudiciaire par le mandant _____	27
Section 4.3 : Le remplacement par une protection judiciaire _____	28
IV. CONCLUSION _____	29
V. BIBLIOGRAPHIE _____	31
Doctrine _____	31
Législation _____	33
Jurisprudence _____	34

III. INTRODUCTION

Auparavant, le contrat de mandat de droit commun était fréquemment utilisé en pratique afin de protéger une personne majeure vulnérable, faute d'un cadre juridique spécifique. Sur la base du mécanisme civil du contrat de mandat, la loi du 17 mars 2013¹ a introduit un cadre légal de la protection dite « extrajudiciaire ». L'objectif de cette réforme était de trouver un juste équilibre entre la protection de la personne vulnérable et le respect de son autonomie.

Le but de notre présente contribution ne consiste pas en l'étude approfondie du nouveau régime de protection extrajudiciaire, mais en l'analyse de son impact en tant qu'outil de planification patrimoniale. Par conséquent, afin de fournir une analyse cohérente, nous avons décidé d'analyser le mécanisme du mandat de protection extrajudiciaire de son origine à son extinction.

De ce fait, nous débuterons notre exposé par une brève présentation du mandat de protection extrajudiciaire, afin de plonger le lecteur dans le vif du sujet. A cet égard, nous n'omettrons pas de mentionner son utilité dans le cadre d'une planification patrimoniale.

Le second chapitre permettra au lecteur de s'appropriier les différentes controverses quant à l'entrée en vigueur de cette nouvelle protection, la question de l'intervention préalable du juge de Paix à sa prise d'effet, ainsi que ses différentes modalités de validité.

Une fois le mandat de protection extrajudiciaire en vigueur, nous proposerons diverses thématiques quant à l'exercice de ce mandat dans le cadre d'une planification patrimoniale. Cela passe, tout d'abord, par la désignation du ou des mandataires et de l'attribution de leur(s) pouvoir(s). Ensuite, le mandat extrajudiciaire sera examiné dans le cadre d'un testament, de donations entre vifs et d'un contrat d'assurance-vie, ces outils étant essentiels à l'optimisation d'un patrimoine. Nous continuerons notre exposé avec une question actuelle qu'est le sort de ce mandat extrajudiciaire dans un contexte international. En effet, grâce à la Convention de La Haye, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021 en Belgique, un mandat extrajudiciaire de droit belge sortira ses effets dans d'autres pays, dans le cas, notamment, où le mandant y possède un bien ou souhaite y déménager. Par la suite, nous tenterons d'apporter une solution à ce que nous considérons comme étant une lacune de la part du législateur, concernant l'utilisation d'un pacte successoral en relation avec la protection extrajudiciaire. Enfin, le dernier point de ce chapitre sera relatif au contrôle du mandataire, très critiqué sur sa réelle utilité.

Pour terminer notre contribution, différentes causes de fin du mandat extrajudiciaire seront mises en avant. Rappelons d'ores et déjà que la fin du mandat extrajudiciaire entraînera la fin de la protection extrajudiciaire de la personne vulnérable.

Dans le souhait de rendre cette matière vivante, nous avons inséré, dans notre exposé, un certain nombre de cas pratiques pouvant se rencontrer dans la vie de tout un chacun.

¹ Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine (*M.B.*, 14 juin 2013).

Chapitre 1^{er} : Remarques préliminaires quant au mandat de protection extrajudiciaire

Section 1.1 : Bref historique

La loi du 17 mars 2013² est la loi ayant introduit le mandat de protection extrajudiciaire aux articles 489 à 490/2 de l'ancien Code civil³ 4. Dès lors, une mesure de protection extrajudiciaire est créée⁵, laissant plus d'autonomie au futur mandant tout en étant moins contraignante que la protection judiciaire. Ainsi, avant cette loi, il n'existait pas de protection extrajudiciaire en droit belge, de sorte que l'institution du mandat et de la gestion d'affaires étaient souvent utilisés, malgré la controverse sur la question de la validité de ce mandat après l'incapacité du mandant⁶.

La particularité de ce mandat extrajudiciaire est qu'il ne prend pas fin dans l'hypothèse où le mandant devient incapable en droit, ou encore, perd ses facultés mentales en fait. Cette protection extrajudiciaire possède l'existence d'un contrat de mandat comme fondement, devant être mis en place avant que la personne ne se trouve dans un état justifiant une protection⁷.

L'un des éléments fondamentaux de cette réforme est que la capacité juridique est désormais le principe. Ainsi, la personne protégée reste capable malgré la mesure de protection extrajudiciaire à son égard, tant qu'elle n'a pas été déclarée incapable⁸.

La loi du 21 décembre 2018⁹ a ensuite modifié le régime de la protection extrajudiciaire qui avait été introduit par la loi du 17 mars 2013¹⁰. Ainsi, depuis le 1^{er} mars 2019, le champ d'application du mandat extrajudiciaire est élargi, comparé à la loi de 2013 applicable uniquement aux actes relatifs aux biens du mandant.

La protection extrajudiciaire peut désormais s'appliquer aux actes de représentation relatifs aux personnes et aux actes de gestion tels que visés à l'article 494 g) de l'ancien Code civil, et non plus uniquement sur des actes relatifs aux biens¹¹. Les pouvoirs que peut avoir le mandataire

² *Ibid.*

³ P. WÉRY, « Mandat », *Rép. not.*, T. IX, Contrats divers, Livre 7, Bruxelles Larcier, 2019, n°2-3.

⁴ Nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que le législateur n'a pas, à notre connaissance, modifié les articles relatifs aux personnes protégées afin de les intégrer dans le nouveau Code civil.

⁵ Cette nouvelle protection s'inspire des différents principes de la Recommandation CM/Rec (2009)11 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité du 9 décembre 2009 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

⁶ F. DEGUEL, « Le mandat de protection extrajudiciaire », in *La protection des personnes majeures. Dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 164, n° 2.

⁷ F. DEGUEL, « Le mandat de protection extrajudiciaire », *op. cit.*, p. 184.

⁸ B. WAEGENAERE, et S. ROBERT, « Modes de protection de la personne vulnérable », *Pli juridique*, 2021/58, p. 15.

⁹ Loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice (*M.B.*, 31 décembre 2018).

¹⁰ Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine (*M.B.*, 14 juin 2013).

¹¹ Comme par exemple, le choix de la maison de repos ou les mesures concernant l'exercice du droit du patient.

sont donc plus étendus à l'heure actuelle, d'où l'intérêt grandissant dans le cadre d'une planification patrimoniale.

Depuis le 22 décembre 2020, la Convention de La Haye¹² a été ratifiée par la Belgique et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Depuis lors, c'est à cet outil juridique qu'il faut se référer concernant les questions de compétences et de conflit de lois en matière de mandat de protection extrajudiciaire entre deux États signataires de ladite Convention.

Section 1.2 : La protection extrajudiciaire est la priorité légale

Au vu des principes de nécessité, de subsidiarité, de proportionnalité et de personnalisation, le législateur a octroyé, depuis le 1^{er} septembre 2014, la priorité au régime de protection extrajudiciaire. On ne recourt à la protection judiciaire que de manière subsidiaire et de façon limitée à ce qui est nécessaire dans le but de privilégier l'autonomie de la personne à protéger¹³. En effet, ce n'est que lorsque le juge constate que la protection extrajudiciaire est insuffisante ou qu'une combinaison des deux régimes de protection ne suffit pas¹⁴, que la protection judiciaire sera d'application¹⁵.

Notons que si à l'époque de la conclusion du mandat, ce dernier ne prévoyait rien quant aux droits personnels, étant donné que cela était interdit, un administrateur de la personne devra être nommé pour ces mêmes droits¹⁶, de sorte que les régimes judiciaire et extrajudiciaire coexisteront.

Dès lors, la protection extrajudiciaire a véritablement la priorité sur la protection judiciaire, et ce, conformément au premier principe de la Recommandation CM/Rec (2009)11¹⁷, dont le législateur belge s'est inspiré.

Section 1.3 : Le mandat extrajudiciaire au service de la planification patrimoniale

Grâce à sa souplesse et à sa flexibilité comparée à la protection judiciaire, le mandat de protection extrajudiciaire est couramment utilisé afin d'assurer la bonne gestion patrimoniale d'une personne vulnérable et fragilisée¹⁸. Il permet également d'éviter qu'un administrateur professionnel « inconnu » ne vienne s'immiscer dans le patrimoine familial.

¹² Convention sur la protection internationale des adultes, conclue par la Conférence de La Haye de droit international privé, le 13 janvier 2000.

¹³ J.P. Lennik, 21 juin 2017, *T. Fam.*, 2020, p. 86.

¹⁴ Article 492 de l'ancien Code Civil.

¹⁵ F. DEGUEL, « La protection des majeurs – Jurisprudence récente », *Rev. Dr. ULiège*, 2021/1, p. 60.

¹⁶ J.P. Audenarde, 28 novembre 2019, *J.J.P.*, 2020, p.315.

¹⁷ « Conformément aux principes d'autodétermination et de subsidiarité, les États devraient envisager que ces mesures aient priorité sur les autres mesures de protection ».

¹⁸ Voy., Fr. DERÈME, « La protection et la transmission des patrimoines des et aux personnes juridiquement capables mais vulnérables, fragilisées ou vieillissantes », *R.P.P.*, 2014/1, p. 91-114.

Comme évoqué *supra*, la protection extrajudiciaire peut, depuis la loi pot-pourri du 21 décembre 2018¹⁹, s'appliquer aux actes relatifs aux biens, à la personne ainsi qu'à des actes de gestion.

Aussi, le mandat extrajudiciaire peut être spécial ou général²⁰. Un mandat spécial sera limité aux opérations explicitement visées dans le mandat, tandis qu'un mandat général embrasse, en règle générale, toutes les affaires du mandant. Afin d'éviter de restreindre le champ d'action du mandataire, nous pensons qu'un mandat général devrait être préféré au mandat spécial. En effet, malgré le fait que le mandat soit rédigé d'une manière générale, le mandataire sera autorisé à poser tous les actes d'administration relatifs au patrimoine du mandant^{21 22}.

Il conviendra, dans ce cadre, d'habiliter le mandataire à accepter et liquider une succession au nom et pour le compte du mandant, à condition pour le mandant d'accepter préalablement la succession, ainsi que toute libéralité. Partant, étant donné que le mandant dispose, en principe, de sa pleine et entière capacité juridique lors de l'acceptation préalable, il ne sera pas exigé au mandataire de requérir une autorisation judiciaire pour ce faire.

Enfin, le régime matrimonial du mandant peut également être impacté par le mandat de protection extrajudiciaire, dans le cas où le mandataire serait autorisé à y apporter des modifications, moyennant l'accord du conjoint du mandant²³. Ces modifications peuvent être, notamment, un apport d'un bien propre en communauté afin d'atténuer la progressivité des taux à l'égard des enfants communs.

Veillez noter que même si la conclusion d'un contrat de mariage ou d'un contrat patrimonial, ainsi que leur éventuelle modification sont des actes solennels, supposant le recours à un notaire, ils peuvent être conclus par représentation à l'aide d'un mandat authentique, spécial et exprès²⁴.

Pour l'ensemble de ces raisons, le mandat extrajudiciaire est un outil au service d'une planification patrimoniale optimale.

¹⁹ Loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice (*M.B.*, 31 décembre 2018).

²⁰ Article 490 de l'ancien Code civil.

²¹ Dont notamment, la conclusion ou la résiliation des baux, l'encaissement des revenus et la gestion de la vie quotidienne, la vente de choses périssables, etc.

²² Article 1988 de l'ancien Code civil.

²³ CH. DE WULF, « De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen », *T. Not.*, 2013, p. 287, n° 58.

²⁴ P. WÉRY, *op. cit.*, n° 31 et 78; L. RAUCENT et Y.-H. LELEU (dir.), « Les régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, t. V, I. II, Bruxelles, Larcier, 1999, n° 497.

Chapitre 2 : L'entrée en vigueur du mandat de protection extrajudiciaire

Depuis la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité, plusieurs controverses relatives à l'entrée en vigueur du mandat de protection extrajudiciaire ont émergées. La première controverse analysée est celle relative à la date de l'entrée en vigueur du mandat de protection extrajudiciaire. Peut-il entrer en vigueur immédiatement, c'est-à-dire au jour de la signature par le mandant de son mandat extrajudiciaire ?

Lors de la création du mandat extrajudiciaire par le futur mandant, il est important que le praticien mette en évidence le fait que deux solutions s'offrent au mandant quant à la question de l'entrée en vigueur de son mandat.

Section 2.1 : L'entrée en vigueur immédiate (le mandat hybride)

Tout d'abord, il est loisible au mandant de prévoir une entrée en vigueur immédiate de son mandat, c'est-à-dire dès la conclusion de celui-ci²⁵. Dans ce cas, tant que le mandant est capable et ne se trouve pas dans une des situations décrites aux articles 488/1²⁶ et 488/2²⁷, le mandat restera un mandat civil de droit commun²⁸. Dès lors, le mandat de protection extrajudiciaire peut s'appliquer, conformément à la volonté des parties, en dehors de toute protection extrajudiciaire et suivant les règles de droit commun²⁹ ³⁰. Ce n'est que quand le mandant deviendra incapable d'exprimer sa volonté que le mandat basculera vers un mandat de protection extrajudiciaire³¹.

Cette hypothèse d'entrée en vigueur immédiate permet au mandataire de mettre en place une planification *in extremis* notamment à l'aide de donations mobilières³², en cas d'accident ou d'hospitalisation inattendue du mandant. En pratique, cela représente un réel gain de temps pour les mandataires, déchargés de l'obligation d'obtenir préalablement à l'entrée en vigueur du mandat, un ou plusieurs certificats médicaux.

L'objectif est principalement d'ordre fiscal car, pour rappel, nos trois Régions sont dotées d'une fiscalité très différente selon que l'acte à titre gratuit est conclu entre vifs ou pour cause de mort.

Nous observons une tendance majoritaire allant dans le sens de l'entrée en vigueur immédiate étant, comme énoncé *supra*, d'un grand intérêt pratique : « [...] sur 34 réponses reçues des

²⁵ Voy. p. ex. le mandat soumis à J.P. Nivelles, 24 janvier 2020, *J.J.P.*, 2020, p. 286.

²⁶ Impossibilité de gérer ses intérêts.

²⁷ État de prodigalité.

²⁸ F. DEGUEL, « Personnes majeures protégées », *Rép. not.*, T. I, Les personnes, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 253.

²⁹ J.P. Etterbeek, 14 mars 2018, *J.J.P.*, 2018, p. 470.

³⁰ Cass., 18 octobre 2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, p. 59, somm., *R.A.B.G.*, 2018, p. 1635, *R.P.P.*, 2019, p. 358, note M. VAN MOLLE.

³¹ Séance de la chambre plénière du samedi 16 mars 2019, dossier 4429, « Les mandats de protection extrajudiciaire dans la pratique notariale », *Comité d'Études et de Législation*, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 1, p. 111.

³² Notons qu'une donation immobilière prendra nécessairement plus de temps qu'une donation mobilière au vu de l'obligation de se prémunir d'un acte authentique.

notaires, il est interpellant de constater que 88 % des notaires interrogés répondent que l'objectif du mandant qui consulte son notaire est de mettre en place un mandat à effet immédiat (mandat de droit commun suivi d'un mandat de protection extrajudiciaire)³³».

Cette option a d'ailleurs été confirmée par la Cour de cassation en 2018 : « [...] Ce mandat produit ses effets dès le moment déterminé par les parties dans leur convention³⁴ »

Section 2.2 : L'entrée en vigueur différée

Dans cette hypothèse, le mandat de protection extrajudiciaire n'entre en vigueur qu'en cas d'incapacité, souvent constatée par un ou plusieurs médecins. Cela peut donc retarder et mettre à mal le processus en cas de planification *in extremis*³⁵. Cette solution n'est, en règle générale, pas la situation privilégiée par les parties.

Section 2.3 : L'intervention judiciaire préalable à la prise d'effet du mandat extrajudiciaire

Ce débat initial concernait l'existence ou non d'une obligation dans le chef du juge de Paix de statuer concernant l'effectivité de l'entrée en vigueur de la mesure de protection extrajudiciaire³⁶. La question, controversée au départ, est désormais résolue étant donné que les partisans de l'école soutenant l'intervention *obligatoire* du juge de Paix se font rares³⁷.

En effet, nous constatons que les futurs mandants préfèrent accorder la confiance à la personne choisie en tant que mandataire pour apprécier, à l'aide de médecins, le moment où le mandant se trouvera dans une des situations visées par l'article 488/1 ou 488/2 de l'ancien Code.

Par conséquent, la protection extrajudiciaire peut être efficace sans aucune autorisation judiciaire préalable, mais l'intervention du juge de Paix peut être prévue conventionnellement, bien que la loi ne l'exige pas.

En effet, le cas contraire où il appartiendrait au juge de Paix d'ordonner l'exécution du mandat de protection extrajudiciaire nous paraît paradoxal en ce qu'il s'agit d'une protection qui se veut non judiciaire. Nous remarquons qu'en pratique, le juge ne sera saisi qu'en cas de litige sur ce point³⁸.

³³ N. DANDOY, F. DERÈME, et V. BERTOUILLE, « Chapitre I. - La conclusion et la mise en œuvre du mandat extrajudiciaire » in J. SOSSON, (dir.), *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables*, 1^{er} édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 111.

³⁴ Cass., 18 octobre 2018, *op. cit.*, p.57.

³⁵ B. DELAHAYE, G. OLIVIERS, et G. ROLIN JACQUEMYNS, « Chapitre II. - Les successions et libéralités » in, J. SOSSON (dir.), *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables*, 1^{er} édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 617.

³⁶ F. DEGUEL, « Le mandat de protection extrajudiciaire », *op. cit.*, p. 175, n° 15.

³⁷ N. DANDOY, F. DERÈME, et V. BERTOUILLE, « Chapitre I. - La conclusion et la mise en œuvre du mandat extrajudiciaire », *op. cit.*, p. 109.

³⁸ Séance de la chambre plénière du samedi 16 mars 2019, dossier 4429, « Les mandats de protection extrajudiciaire dans la pratique notariale », *op. cit.*, p.24.

Section 2.3 : Les modalités d'entrée en vigueur du mandat extrajudiciaire

Analysons désormais selon quelles modalités pratiques le mandat extrajudiciaire peut entrer en vigueur.

Premièrement, et de manière la plus fréquemment conseillée, le mandat extrajudiciaire sera établi devant un notaire, par acte authentique. Ce dernier peut comprendre non seulement le contrat de mandat, mais également les déclarations de préférence quant au choix des administrateurs et des personnes de confiance dans le cas où le régime de protection judiciaire³⁹ devait être appliqué. Soulignons également qu'en règle générale, les déclarations relatives aux droits du patient et celles relatives à l'euthanasie seront intégrées dans ce même *instrumentum*.

De plus, faire usage d'un acte notarié pour son mandat extrajudiciaire procure divers avantages dans le cadre de la planification patrimoniale. Le contrat de mandat extrajudiciaire pourra couvrir des opérations nécessitant un acte authentique, comme par exemple la vente d'un bien immobilier, une donation ou encore un contrat de mariage⁴⁰. En fonction de la diversité du patrimoine, le notaire pourra également conseiller la personne protégée afin que le mandat serve réellement ses intérêts. Dans cette hypothèse, afin d'être valable, le mandat devra être enregistré au registre central des mandats, géré par la Fédération du Notariat belge⁴¹.

Le mandat peut également être conclu sous seing privé, c'est-à-dire uniquement entre le mandant et le mandataire, sans l'intervention d'un notaire. Pour être valable, le mandat extrajudiciaire devra être enregistré au greffe de la justice de Paix. Cette solution n'est cependant pas privilégiée si la volonté du mandant est d'organiser une planification efficace de son patrimoine.

Nous attirons l'attention du lecteur qu'à défaut d'enregistrement, le principe d'un mandat « ordinaire » s'appliquera et le mandat cessera d'exister dès le moment où le mandant deviendra incapable, vidant le mandat extrajudiciaire de ses objectifs.

³⁹ Étant, comme énoncé *supra*, subsidiaire à la protection extrajudiciaire.

⁴⁰ M. VAN MOLLE, « Le mandat extrajudiciaire comme outil de planification patrimoniale », *R.P.P.*, 2014/1, p. 86.

⁴¹ M. VAN MOLLE, « Le mandat extrajudiciaire : une institution au service des personnes vulnérables » in *La protection des personnes vulnérables*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 43.

Chapitre 3 : L'exercice du mandat extrajudiciaire

Section 3.1 : La désignation du mandataire, la répartition des pouvoirs et l'opportunité de désigner un mandataire *ad hoc* professionnel

L'exercice du mandat extrajudiciaire peut être confié à un ou plusieurs mandataires désignés expressément dans le contrat. Il est conseillé que le/les mandataire(s) acceptent le mandat de manière explicite afin d'éviter toute difficulté⁴². Cette étape est déterminante car l'intention première d'un mandat extrajudiciaire est qu'il repose sur la confiance entre les parties⁴³.

Dans le cadre de patrimoines diversifiés, nous remarquons une tendance à nommer une pluralité⁴⁴ de mandataires afin de leur confier différents pouvoirs. Par exemple, un mandataire sera chargé de représenter le mandant pour la partie immobilière de son patrimoine, alors qu'un autre mandataire gèrera ses participations financières. Notons tout de même que plus il y aura de mandataires, plus le risque de potentiels conflits grossit. L'idée étant de trouver une harmonie entre l'exécution des devoirs des mandataires et le contrôle de leurs actions⁴⁵. D'ailleurs, une manière de contrôler les mandataires, en dehors de toute protection judiciaire, est de leur conférer des pouvoirs conjoints pour les actes d'une plus grande importance. Dans cette hypothèse, pour les actes conventionnellement déterminés, on oblige les mandataires à prendre des décisions de manière concertée, de manière analogue à l'organe d'administration collégial d'une société. L'unique nuance avec le conseil d'administration d'une société est que le pouvoir de signature peut être conféré à un seul voire deux mandataires⁴⁶.

Aussi, n'omettons pas la catégorie des mandataires *ad hoc*, ayant pour objectif d'intervenir en cas de conflits d'intérêts entre le mandant et le mandataire. Nous y reviendrons *infra* au cours de notre exposé.

Section 3.2 : La question de l'autorisation préalable quant aux pouvoirs du mandataire

Afin de connaître les pouvoirs du mandataire quant à certains actes, il faut tout d'abord examiner le contrat de mandat qui a été conclu entre le mandant et le mandataire.

Dans le cas où le contrat de mandat extrajudiciaire stipule expressément que des actes de disposition, comme par exemple la vente d'un immeuble, peuvent être accomplis par le mandataire, alors l'acceptation d'une offre d'achat ne nécessitera pas d'autorisation préalable du juge de Paix⁴⁷.

⁴² CH. DE WULF, « De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen », *op. cit.*, n° 9.

⁴³ E. BEGUIN et J. FONTEYN, « Le mandat de protection extrajudiciaire », *Rev. not. b.*, 2014, spéc. p. 503.

⁴⁴ La « pluralité » de mandataires ne doit pas être confondue avec la « subsidiarité », aussi appelée « désignation verticale », qui vise à remédier aux éventuelles lacunes du ou des mandataire(s) principaux à l'aide d'un mandataire subsidiaire.

⁴⁵ F. TAINMONT, J. FONTEYN, C. LIESENBERG, et P. RAEPSAET, « Chapitre II. - Le contenu du mandat extrajudiciaire et les pouvoirs du mandataire » in J. SOSSON, (dir.), *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables*, 1^{er} édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 147.

⁴⁶ *Ibid.*, p.149.

⁴⁷ J.P. Rhode-Saint-Genèse, 25 avril 2017, *J.J.P.*, 2017, p. 460.

En pratique, nous avons tout de même remarqué qu'il est parfois exigé, malgré la confirmation par le juge de la validité du mandat et de sa conformité aux intérêts du mandant, que le mandataire sollicite une autorisation préalable à certains actes de disposition. C'est ce qu'a décidé le juge de Paix de Gand quant à une potentielle cession de biens immeubles⁴⁸.

Section 3.3 : Le testament

L'établissement d'un testament, qu'il soit olographe, authentique ou international, est considéré comme étant un acte « intimement personnel » au testateur, ne supportant donc pas la représentation⁴⁹. La Cour de cassation a également prohibé explicitement le fait de charger un tiers afin de désigner ses héritiers, en raison du caractère *intuitu personae* du testament⁵⁰.

Dès lors, la rédaction et la révocation d'un testament est un acte juridique extrêmement personnel que le mandataire ne pourra pas accomplir à la place du mandant.

Quatre éléments constitutifs du contrat conditionnent sa validité : le consentement, la capacité, l'objet et la cause. Lors de la rédaction du mandat extrajudiciaire, le mandant possède, en toute logique, la capacité de réaliser une libéralité. Partant, il n'y a aucune obligation incombant au mandant de recueillir l'autorisation préalable du juge de Paix pour faire une donation ou un testament⁵¹.

Cependant, lorsque le mandant ne possède plus toutes ses capacités mentales et, notamment, un consentement éclairé, les libéralités qu'il aurait consenties peuvent être contestées, si nécessaire, sur base de l'article 901 de l'ancien Code civil⁵².

Dès lors, si le mandant ressent le besoin de mettre en place un testament, il devra le rédiger lui-même. Cela s'avère plus compliqué dans le cas d'une personne fragilisée, à qui nous conseillons de passer son testament devant un notaire, afin que celui-ci s'assure que la personne vulnérable disposait d'un consentement libre et éclairé⁵³.

Sous-section 3.3.1 : La capacité pour le mandant de recevoir une libéralité

Le mandant ayant mis en place un mandat de protection extrajudiciaire avec un mandataire, afin que ce dernier puisse accepter ou refuser une donation ou un legs à son nom et pour son compte, conserve la capacité d'accepter ou au contraire, de refuser lui-même les libéralités qui lui sont destinées, tant qu'un juge n'en a pas décidé autrement.

Gardons déjà en mémoire qu'afin de conférer au mandataire le pouvoir d'accepter une donation entre vifs au nom et pour le compte du mandant, le mandat extrajudiciaire doit obligatoirement

⁴⁸ J.P. Gand, 27 novembre 2019, *J.J.P.*, 2020, p. 290.

⁴⁹ H. DE PAGE, t. V, 2^e édition, n° 365.

⁵⁰ Cass., 21 février 1884, *Pas.*, 1884, I, p. 61.

⁵¹ Y.-H. LELEU, « Chapitre I – La capacité » in *Chroniques notariales – Volume 70*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 16.

⁵² *Ibid*, p. 17.

⁵³ B. DELAHAYE, *La dernière révolution patrimoniale*, Limal, Anthemis, 2021, p. 206.

prendre la forme d'un acte notarié mais, contrairement à la procuration de donner qui doit être spéciale et expresse, elle peut être conçue en termes généraux.

Section 3.4 : Les donations comme outil essentiel de la planification patrimoniale

La planification du patrimoine implique couramment l'exécution d'actes de disposition à titre gratuit, et notamment de donations. Rappelons tout de même qu'il sera nécessaire de recourir à un mandat authentique, devant le notaire, tant pour faire offre que pour accepter une donation⁵⁴.

Il est communément admis que le pouvoir octroyé par le mandat de faire une donation doit être spécial et exprès⁵⁵, c'est-à-dire qu'il doit formuler explicitement cette habilitation et préciser l'identité du mandataire, la nature et description des biens qui feront l'objet de la donation, et les modalités de celle-ci, dont notamment les charges ou conditions^{56 57}.

Le mandant est tout de même autorisé à se prononcer par catégorie de bénéficiaires ou de biens. Ainsi, il peut nommer ses « descendants » en tant que bénéficiaires et désigner de manière large « l'épargne provenant de ses revenus » ou encore « ses biens propres »⁵⁸. Il est donc requis que le mandat contienne un degré de précision suffisant.

Sous-section 3.4.1 : L'éventuel conflit d'intérêt dans le cadre d'un mandat extrajudiciaire

Lorsque l'on souhaite mettre en place un mandat extrajudiciaire dans le but d'assurer une planification de son patrimoine, il est fréquent que le mandataire désigné soit un proche du mandant – conjoint, descendant(s), neveu(x) et nièce(s) –, que l'on souhaite, en général, gratifier. Un conflit d'intérêt émerge donc, en ce que le mandataire doit toujours agir dans l'intérêt du mandant et non pas dans son propre intérêt.

En Belgique, il existe un principe, qui n'est pas d'ordre public, qui veut que le mandataire ne puisse pas intervenir en tant que contrepartie du mandant. N'étant pas d'ordre public, les parties pourraient, en principe, y déroger dans le contrat de mandat⁵⁹.

Cependant, dans le cadre d'une protection extrajudiciaire, l'article 490/2 §1^{er} alinéa 4 de l'ancien Code civil s'applique et prévoit que « *lorsque les intérêts du mandataire sont en opposition avec ceux du mandant, le juge de Paix désigne, d'office ou à la demande du mandant ou de tout intéressé, un mandataire ad hoc* ».

Dès lors, nous remarquons qu'en cas de conflit d'intérêts du mandataire, le législateur a adopté une position plus stricte que le droit commun car, même si le contrat de mandat déroge à cette règle, un mandataire *ad hoc* sera tout de même désigné, le cas échéant d'office par le juge⁶⁰.

⁵⁴ Article 933 de l'ancien Code civil ; DE PAGE, t. VIII-1, 2^e édition, n° 461.

⁵⁵ P. WÉRY, « Le mandat », *op. cit.*, n°31 et 33.

⁵⁶ Telles que, par exemple, la réserve d'usufruit ou la charge d'une rente viagère.

⁵⁷ F. DERÈME, « Heurs et malheurs des mandats extrajudiciaires, et autres mesures de prévoyance en cas d'incapacité », *R.P.P.*, 2018, p. 242.

⁵⁸ CH. DE WULF, « De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermde personen », *op. cit.*, p. 286, n° 56.

⁵⁹ F. DEGUEL, « La protection des majeurs – Jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 65-66.

⁶⁰ *Ibid.*

Cela fut le cas, notamment, dans une décision du juge de Paix d'Audenarde imposant aux mandataires de faire désigner un mandataire *ad hoc* lors de la réalisation de la donation de la nue-propriété de l'immeuble du mandant aux mandataires⁶¹.

Une autre solution, pour régler ce conflit d'intérêts, consiste à faire des donations croisées, évitant ainsi les formalités relatives à la désignation d'un mandataire *ad hoc*. Selon nous, il serait plus prudent de réaliser ces donations croisées à l'aide de deux actes séparés, et non dans un *instrumentum* unique, afin d'éviter que ces opérations soient étroitement liées⁶². Cette solution implique tout d'abord que plusieurs mandataires, bénéficiaires de donations, soient nommés dans le contrat de mandat extrajudiciaire. Ainsi, un mandataire agira, de par sa nature, pour donner à un autre mandataire, intervenant lui-même comme donataire dans un premier acte. Ensuite, dans un deuxième acte, les rôles s'inversent dans le cadre d'une autre donation⁶³.

Sous-section 3.4.2 : Les bénéficiaires des donations prévues dans le mandat extrajudiciaire

1) Le cas de bénéficiaire(s) à l'étranger

Lorsque les bénéficiaires des donations prévues dans le mandat extrajudiciaire se trouvent à l'étranger ou sont dans l'impossibilité de se déplacer, cette situation pourrait être problématique, notamment en cas de donation devant être réalisée *in extremis*. Il est, dès lors, important de s'assurer que ces bénéficiaires aient signé une procuration notariée, afin que l'un des autres bénéficiaires ou un mandataire nommément désigné, soit en mesure d'accepter les donations réalisées à leur avantage. Par cette procuration, l'ensemble des bénéficiaires désignés par le mandant dans le mandat de protection extrajudiciaire pourront comparaître dans l'acte de donation et ainsi, en être gratifiés⁶⁴.

2) La question de l'applicabilité de l'incapacité de recevoir de l'administrateur prévue pour la protection judiciaire à la protection extrajudiciaire

L'article 908 de l'ancien Code civil instaure une incapacité spécifique de recevoir des libéralités de la personne protégée pour l'administrateur visé aux articles 494 et suivants de l'ancien Code civil, lorsque ces libéralités ont été réalisées au cours de la protection judiciaire. Dès lors, si cette volonté a été prise avant la prise d'effet de la mesure, elle demeure valable⁶⁵.

Il existe cependant des exceptions⁶⁶, considérées comme légitimes étant donné que le juge privilégiera les proches de la personne protégée en tant qu'administrateurs. En effet, sans ces exceptions, ce statut leur serait défavorable dans le cas où ils ne pourraient bénéficier de dons ou de legs, sous prétexte qu'ils sont administrateurs.

⁶¹ J.P. Audenarde, 28 novembre 2019, *op. cit.*

⁶² Et, partant, que le conflit d'intérêts ressurgisse.

⁶³ J. FONTEYN, « Quatre années de pratique du mandat de protection extrajudiciaire » in E BEGUIN, *et al.* (dir.), *Les entraves à la libre disposition du bien*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 27.

⁶⁴ B. DELAHAYE, G. OLIVIERS et G. ROLIN JACQUEMYNS, « Chapitre II. - Les successions et libéralités » in, J. SOSSON (dir.), *op. cit.*, p. 617.

⁶⁵ F. DEGUEL, « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *J.T.*, 2019/19, n° 6773, p. 378.

⁶⁶ Les exceptions prévues à l'article 909, alinéa 3, 2° et 3° sont applicables par analogie.

Cette incapacité de l'article 908 vise également les mandataires judiciaires tels que le curateur de faillite et le médiateur de dettes⁶⁷.

Se posait dès lors l'interrogation selon laquelle cette incapacité devait être également étendue aux mandataires extrajudiciaires ainsi qu'aux personnes de confiance⁶⁸. Selon l'opinion dominante, cet article 908 est d'interprétation stricte, étant donné qu'il déroge au principe de la capacité⁶⁹. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par les travaux préparatoires de la loi de 2018⁷⁰. Si l'interprétation contraire était retenue, quel proche accepterait d'être mandataire extrajudiciaire, très souvent gratuitement, si, suite à l'acceptation de sa mission, il perd la possibilité d'être gratifié via des libéralités qui ont été faites à son profit⁷¹ ?

Ainsi, pour qu'un mandataire extrajudiciaire se voit octroyer une libéralité, il faut que la personne actuellement protégée extrajudiciairement ait établi cette libéralité quand elle était saine d'esprit. Dans le cas où cette libéralité entraîne un conflit d'intérêts, ce qui sera souvent le cas de par la nature du mandataire choisi, l'article 490/2 §1^{er} alinéa 4 de l'ancien Code civil impose la nomination d'un mandataire *ad hoc* pour assister le majeur protégé qui veut gratifier son mandataire, comme déjà développé *supra*.

Cependant, lorsqu'un professionnel est mandaté en tant que mandataire extrajudiciaire, et que ce professionnel est un avocat faisant partie du barreau francophone de Bruxelles, une règle déontologique plus sévère s'applique⁷² et met en place l'interdiction de recevoir pour le mandataire extrajudiciaire⁷³.

Section 3.5 : Le mandat extrajudiciaire et le contrat d'assurance-vie

Le contrat d'assurance-vie est un outil d'investissement mais également de planification patrimoniale efficace auquel il est recouru de manière généralisée. Dès lors, il est important de noter qu'en pratique, il ne faudra pas le négliger lors de la rédaction d'un mandat de protection extrajudiciaire dans le but d'assurer son effectivité auprès des compagnies d'assurance⁷⁴.

⁶⁷ Ceci est d'ailleurs confirmé par les travaux préparatoires : « M. Raf Terwingen (CD&V) demande quels sont les mandataires judiciaires visés. Mme Smeyers (NVA) répond qu'il s'agit des curateurs et médiateurs de dettes » (Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2011-2012, n° 53-1009/10, 177).

⁶⁸ Dont le rôle est de contrôler la gestion réalisée par l'administrateur.

⁶⁹ Y.-H. LELEU, « Chapitre I – La capacité », *op. cit.*, p.33.

⁷⁰ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de droit civil et portant simplification des dispositions du Code civil et du Code judiciaire en matière d'incapacité, et de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, Rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de la justice, *Doc. parl.*, sess. ord. 2018-2019, 3303/011, p. 9.

⁷¹ « Dossier 4429 - Les mandats de protection extrajudiciaire dans la pratique notariale », *op. cit.*, p.57.

⁷² Article 16 du Règlement organisant le Collège des administrateurs de biens et de la personne et des mandataires ou tuteurs *ad hoc* auprès de l'Ordre français des avocats de Bruxelles.

⁷³ B. DELAHAYE, G. OLIVIERS, et G. ROLIN JACQUEMYNS, « Chapitre II. - Les successions et libéralités », *op. cit.*, p. 672.

⁷⁴ E. MAERTENS DE NOORDHOUT, E. VAN GOIDSENHOVEN, et V. COLMANT, « Le mandat extrajudiciaire dans le contexte assurantiel », *R.P.P.*, 2021/4, p. 331.

Cependant, au regard des travaux préparatoires, nous constatons qu'aucun député n'a soulevé la question de l'assurance-vie dans le cadre du mandat de protection extrajudiciaire. Cela tend à faire subsister un certain nombre d'incertitudes autour de cet outil. Nous tentons, dans les paragraphes suivants, d'en éclaircir certains points.

Sous-section 3.5.1 : Obligations de l'assureur auquel on présente un mandat extrajudiciaire

Afin que le contrat d'assurance-vie, contenu au sein du mandat de protection extrajudiciaire, soit accueilli d'une manière positive par l'assureur, ce dernier est soumis à plusieurs obligations lorsque ce type d'instrument lui est présenté.

1) Vérifier qu'il existe un mandat extrajudiciaire valable

Un assureur prudent a l'obligation de vérifier si le mandat a été enregistré dans le registre central. Cependant, l'accès par la loi à ce registre est limité à certaines personnes telles que le notaire, le juge de Paix et le mandant. L'assureur n'a donc pas un accès direct à ce registre, ce qui rend plus difficile à satisfaire à son obligation de prudence.

De plus, il ne faut pas omettre la possibilité d'adapter ou même de révoquer un mandat existant par un acte authentique ultérieur ou via un acte sous seing privé. Un assureur prudent devrait dès lors vérifier la validité du mandat, mais également l'éventuelle existence d'un mandat plus récent.

Une solution que nous pouvons proposer aux assureurs qui sont face à ce genre de mandat extrajudiciaire, est de demander, soit au notaire soit au juge de Paix, une déclaration supplémentaire prouvant que la vérification dans le registre a été opérée et qu'aucun mandat ultérieur modifiant le présent mandat n'est valide⁷⁵.

2) Vérifier que l'action requise soit permise par voie de représentation

Depuis la loi en vigueur depuis le 1^{er} mars 2019, en principe, les actes relatifs aux biens⁷⁶, à la personne⁷⁷ et au patrimoine⁷⁸ du mandant sont permis. Cependant il existe deux exceptions importantes : d'une part, le cas où une loi spéciale serait plus sévère⁷⁹ et d'autre part, les actes extrêmement personnels. En l'espèce, la loi sur les assurances peut être considérée comme une loi spéciale plus sévère applicable.

Les assureurs doivent fréquemment faire face à des incertitudes quant aux éventuels pouvoirs qu'à le mandataire lorsque le mandant possède un contrat d'assurance-vie. Nous évoquons deux questions fondamentales que sont la désignation des bénéficiaires par le mandataire et la renonciation des prestations par le mandataire.

Sur la question de la désignation des bénéficiaires par le mandataire, aucune ligne de conduite n'a été émise. Certains assureurs considèrent que le mandataire ne peut pas désigner les

⁷⁵ Proposition de clause : « Cher assureur, je vous confirme qu'aucun mandat ultérieur valide ne vient modifier, adapter ou révoquer le présent mandat ».

⁷⁶ Par exemple, la vente d'une maison.

⁷⁷ Par exemple, le choix du domicile.

⁷⁸ Par exemple, la location d'un appartement de rapport.

⁷⁹ Notamment, la loi sur l'euthanasie du 28 mai 2002 et sur le don d'organes du 13 juin 1986.

bénéficiaires dans le cadre d'une assurance-vie, sur la base de l'article 169 de la loi relative aux assurances du 4 avril 2014 stipulant que « *le preneur d'assurance a le droit de désigner un ou plusieurs bénéficiaires. Ce droit lui appartient à titre exclusif et ne peut être exercé ni par son conjoint, ni par ses représentants légaux, ni par ses héritiers ou ayants cause, ni par ses créanciers* ». Cet article ne mentionne donc pas le mandataire, mais certains considèrent que le mandataire rentre dans la définition de « représentants légaux », applicable pour les mineurs ou pour les majeurs pour lesquels le juge de Paix a désigné un tuteur.

Notre avis est que le mandataire n'est pas un représentant légal, mais un représentant contractuel. En effet, un mandat extrajudiciaire est en réalité un contrat entre le mandant et le(s) mandataire(s). Nous en concluons donc que le mandataire ne tombe pas sous l'exception de l'article 169 de la loi relative aux assurances. Une réserve peut être émise lors de la comparaison à un testament, où le mandataire ne peut pas désigner les bénéficiaires eu égard au caractère extrêmement personnel de l'acte.

La seconde interrogation fréquemment rencontrée par les assureurs est celle de savoir si le mandataire peut renoncer aux prestations au nom et pour le compte du mandant. Considérons qu'en l'espèce, le mandant ne serait pas le preneur mais le bénéficiaire. Le principe de l'intérêt du mandant prévaut toujours lorsque le mandataire doit poser un acte au nom et pour le compte du mandant.

L'illustration qui suit est revêt tout son intérêt dans le cadre d'une donation avec une clause de retour conventionnel optionnel. Considérons que A, l'enfant, est le donataire et B, le père, le donateur. Après la donation, le mandat extrajudiciaire du père B est activé car ce dernier est devenu incapable d'un point de vue médical. Un mandataire C va dès lors intervenir dans l'équation. Prenons l'hypothèse où l'enfant A décèderait en premier. En principe, le père B en tant que bénéficiaire a droit aux prestations d'assurance et le retour conventionnel peut désormais s'activer. Cependant, c'est à C d'exercer ce retour conventionnel dans l'intérêt de B.

On peut se demander s'il peut tenir compte des intérêts fiscaux de la famille, étant donné que C, le mandataire, sait que B est incapable et que, partant, il ne pourra plus établir de testament, ni donner à un proche. Il est donc important de réfléchir préalablement à notre volonté de mettre en place un retour conventionnel optionnel dans une donation, afin, éventuellement, d'insérer notre choix dans le mandat extrajudiciaire.

Section 3.6 : L'analyse de l'impact de l'incapacité de l'adulte en droit international privé

Sous-section 3.6.1 : La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale de l'adulte

La protection internationale de l'adulte et de son patrimoine est une problématique actuelle qui ne fait pas exception à la tendance grandissante de l'internationalisation des relations de droit privé. Deux concepts ont retenu l'attention des organisations internationales, telles que la conférence de La Haye de droit international privé et de l'Union européenne.

Le premier concept se rapporte à la dispersion internationale des personnes et de leur patrimoine. Le second est relatif à la protection des personnes vulnérables et en particulier, la volonté d'harmonisation de leur statut⁸⁰.

La Convention de La Haye qui a trait à la protection internationale des adultes, est entrée en vigueur en Belgique le 1er janvier 2021 et s'applique aux formes extrajudiciaires de protection des personnes majeures⁸¹. Cette Convention règle les questions de compétences et de loi applicable, de même que les questions liées à la reconnaissance et l'exécution des « mesures prises par les autorités d'un État »⁸². L'avantage de cette Convention est qu'elle offre, au sein des États signataires, une uniformisation dans la désignation de la loi applicable et garantit ainsi, que les dispositions prises concernant la représentation seront respectées dans l'autre État contractant.

Pour illustrer nos propos, prenons un mandat de protection extrajudiciaire rédigé valablement en droit belge et mis en place conformément au choix de loi offert par la Convention de La Haye. Dès lors, la reconnaissance de ce mandat sera effective dans le pays contractant, par exemple la France, et y sortira ses effets.

Dans le cas où l'État membre de l'Union européenne, vers lequel le mandat extrajudiciaire est destiné à être exporté, n'a pas ratifié la Convention de La Haye, il conviendra de contrôler s'il a été effectué en conformité avec la loi désignée par le Règlement européen « Rome I », afin que ce mandat soit reconnu^{83 84}.

Sous-section 3.6.2 : L'avantage du choix de la loi applicable

Depuis la date d'entrée en vigueur de la Convention, il existe une liberté de désigner la loi applicable (appelé le choix de loi) dans votre mandat extrajudiciaire. Cette loi nationale règlera à la fois l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs conférés au mandataire. Cependant, ce choix de loi n'est pas complètement libre. Effectivement, le mandant ne peut opter que pour, soit la loi de sa nationalité, soit la loi de sa précédente résidence habituelle, soit la loi du lieu où est situé (une partie) de ses biens, tout en sachant que le choix de loi concernera uniquement cette partie du patrimoine du mandant.

Un choix de loi ne se présume pas et devra être spécifié explicitement dans le contrat de mandat. Notons que les choix de loi contenus dans les mandats extrajudiciaires avant la date d'entrée en

⁸⁰ S. PFEIFF, J.-L. VAN BOXSTAEL et J. SAUVAGE, « Chapitre III.- La protection de l'adulte vulnérable et de son patrimoine en droit international privé » in J. SOSSON (dir.), *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 699-741.

⁸¹ F. DERÈME, N. DIRADOURIAN et S. PFEIFF, « La protection extrajudiciaire des personnes incapables majeures dans les situations franco-belges », R.P.P., 2020/4, p. 286.

⁸² Le mandat de protection extrajudiciaire n'est pas considéré comme étant une mesure prise par une autorité.

⁸³ E. MAERTENS DE NOORDHOUT, E. VAN GOIDSENHOVEN, et V. COLMANT, *op. cit.*, p.336.

⁸⁴ Dans le cas où une personne souhaite exporter son mandant dans un État non-membre de l'Union européenne n'ayant pas ratifié ladite Convention, il sera tenu de vérifier si le mandat a été fait conformément au droit que désigne le DIP interne de cet État.

vigueur de la Convention, c'est-à-dire avant le 1er janvier 2021, ne sont pas valables et devront dès lors être rédigés à nouveau.

1) Illustration – L'arrêt de la Cassation française du 27 janvier 2021

Dans cet arrêt rendu le 27 janvier 2021, la Cour de cassation française se prononce pour la première fois sur l'applicabilité de la Convention de La Haye dans le cadre d'un mandat « extrajudiciaire ». Pour rappel, la France a mis en place, dans son Code civil, le mandat de protection future aux articles 477 et suivants. La Suisse prévoit, elle aussi, une protection extrajudiciaire par le biais de l'article 360 du Code civil suisse⁸⁵.

Dans le cas d'espèce soumis à la Cour, une mandante résidant habituellement en Suisse avait établi un mandat de protection extrajudiciaire en désignant un de ses fils en tant que mandataire. Le mandat était donc, conformément à l'article 15 de la Convention de La Haye, soumis au droit suisse. En effet, cet article 15 dispose que la loi applicable à « l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts », est la loi de la résidence habituelle du mandant au moment de la conclusion du contrat de mandat.

Par la suite, la mandante déménage en France où elle y établit sa résidence habituelle. Le mandataire va ensuite déclencher le mandat de protection en apportant une copie du mandat, ainsi qu'un certificat médical devant le greffier français.

Le litige survient lorsqu'un autre fils de la mandante conteste cette désignation, ainsi que le mandat en tant que tel car, selon lui, le mandat ne contenait aucune modalité de contrôle du mandataire, excepté un renvoi à l'article 360 du Code civil suisse. La Cour d'appel lui donna raison en annulant l'autorisation du greffier sur le mandat de protection future.

Cependant, cet arrêt sera cassé devant la Cour de cassation qui se base sur les articles 15 et 16 de la Convention de La Haye. La Cour distingue les pouvoirs du mandataire, qui relèvent de la loi applicable au mandat, de leurs modalités d'exercice, soumises à la loi du pays dans lequel le mandat entre en vigueur.

Sachant cela, la validité du contrôle des pouvoirs du mandataire devait donc être appréciée au regard du droit suisse et non au regard du droit français. Uniquement la mise en œuvre des pouvoirs conférés est soumise au droit français, pays de résidence habituelle de la mandante.

En conclusion, les juges ont considéré que le seul renvoi à l'article 360 du droit suisse concernant le contrôle des pouvoirs du mandataire était suffisant et ne pouvait être subordonné à une condition de validité qui n'est pas imposée par la loi suisse.

2) Illustration – Le mandant possède une assurance-vie souscrite au Luxembourg

Le droit luxembourgeois ne connaît pas d'outil similaire à notre mandat de protection extrajudiciaire belge dans son droit interne. De plus, le Grand-Duché de Luxembourg a signé

⁸⁵ Article 360 de l'ancien Code civil suisse dispose que « toute personne ayant l'exercice de ses droits civils peut charger une personne physique ou morale de lui fournir une assistance personnelle de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement ».

la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 mais ne l'a, à ce jour, pas encore ratifiée. Dès lors, étant donné que ladite Convention n'est pas encore en vigueur au Grand-Duché de Luxembourg, la mise en œuvre d'un mandat extrajudiciaire est subordonnée à sa conformité à la loi désignée par les règles luxembourgeoises relatives au droit international privé⁸⁶.

Ainsi, la manière de déterminer la capacité du mandant à conclure valablement un mandat extrajudiciaire sera résolue conformément à la loi du pays de sa nationalité^{87 88}.

Dès lors, étant donné que l'acte authentique mettant en place le mandat extrajudiciaire a été établi conformément à la loi belge, loi du pays de la nationalité de la personne, sa validité permettra de garantir son applicabilité sur le sol luxembourgeois⁸⁹.

Sous-section 3.6.3 : Une donation dans le cadre d'un contexte franco-belge

1) La comparaison au mandat de protection future de la loi française

La France connaît un dispositif semblable se nommant le « mandat de protection future »⁹⁰. Cependant, ce dernier est plus restreint que le mandat extrajudiciaire de droit belge en ce qu'il ne prévoit pas la possibilité pour le mandataire de consentir des donations au nom et pour le compte du mandant, ce qui a été mis en place pour le mandat extrajudiciaire belge. Dès lors le mandat extrajudiciaire de droit belge pourrait prévoir, afin d'être complet, le pouvoir du mandataire d'exercer un droit de retour conventionnel dans un premier temps et ensuite de faire donation de l'objet du retour aux personnes explicitement et nommément désignées dans le mandat. Cependant, comme expliqué *supra* lors de l'illustration d'une donation avec une clause de retour conventionnel optionnel, ce pouvoir doit toujours être effectué par le mandataire dans l'intérêt – familial et fiscal – du mandant.

Soulignons qu'en pratique, le pouvoir reconnu au mandataire d'effectuer des donations au nom et pour le compte du mandant devenu incapable est fondamental, en ce que la fiscalité belge des libéralités prévoit des taux fixes de 3 à 7% pour les donations mobilières effectuées entre vifs. Tandis qu'en France, il existe des taux progressifs allant de 5 à 60%, similaires qu'il s'agisse de transmissions entre vifs ou pour cause de mort. Partant de ce constat, nous constatons qu'il est en effet moins intéressant, sous le régime fiscal français, de consentir des donations au nom et pour le compte de la personne incapable. Notons que cette opportunité

⁸⁶ T. KRUGER, S. PFEIFF, « De buitengerechtelijke lastgeving in internationale context », *T. Fam.*, 2020, p. 290, n° 52.

⁸⁷ En effet, la règle prévue à l'article 3 du Code civil luxembourgeois relatives à l'état et la capacité sont régies dans le droit international privé luxembourgeois, comme dans les autres États d'Europe continentale, c'est-à-dire, par la loi nationale.

⁸⁸ En ce qui concerne les composantes contractuelles de cet acte, le Règlement Rome I prévoit, en son article 3, l'autonomie de volonté quant au choix de la loi applicable.

⁸⁹ E. MAERTENS DE NOORDHOUT, E. VAN GOIDSENHOVEN, et V. COLMANT, « Le mandat extrajudiciaire dans le contexte assurantiel », *op. cit.*, p. 337.

⁹⁰ Prévu aux articles 414 à 427 et 477 à 494 du Code civil français.

offerte par le droit fiscal belge peut toutefois se révéler précieuse dans le contexte d'une planification patrimoniale franco-belge relevant de la fiscalité belge⁹¹.

Concernant le logement principal du mandant et les meubles meublants, il n'est pas possible, sur la base d'un mandat de protection future français, qu'un mandataire vende ce logement ainsi que ses meubles sans avoir obtenu préalablement une autorisation du juge des tutelles. Sur ce dernier point, l'autonomie des volontés prend le dessus en Belgique, de sorte qu'aucune interdiction ni restriction n'existe en droit belge, sauf disposition contractuelle contraire⁹².

Cependant, il est possible en droit français de conclure un mandat de protection future pour soi-même ou pour autrui⁹³, ce qui n'est pas possible en droit belge où il est uniquement possible de conclure un mandat pour soi-même lorsque nous disposons de notre pleine capacité et discernement.

2) Illustration – Un mandat de droit belge avec donation d'un immeuble sis en France

Afin d'illustrer ces principes, prenons Monsieur X, résident belge et de nationalité belge, ayant établi un mandat de protection extrajudiciaire devant un notaire en Belgique. Dans son mandat, il insère le pouvoir des mandataires de vendre mais aussi de faire la donation de sa seconde résidence française. Plus tard, le mandat extrajudiciaire entre en vigueur et un mandataire désigné fait la demande à un notaire français de vendre ou de donner cette propriété.

En l'espèce, nous remarquons qu'aucun choix de loi n'a été formulé dans le contrat de mandat. Quelle sera donc la loi applicable ? Ce mandat sera soumis à la loi belge compte tenu du fait que le mandant avait sa résidence habituelle en Belgique au moment de sa rédaction⁹⁴. La loi belge autorise bel et bien le mandataire à vendre et à faire donation des immeubles du mandant.

En ce qui concerne la vente de l'immeuble, aucune complication ne se présentera car le mandat de protection future français connaît déjà cette possibilité.

Cependant, le droit français de la protection extrajudiciaire ne permet pas au mandataire de passer un acte de donation. Mais, étant donné que cela est possible en vertu du droit belge, le notaire français devra accepter de passer cet acte.

Dans l'hypothèse où ce notaire français refuse de passer ce dernier acte, estimant que cette donation porte atteinte aux intérêts de la personne protégée, quelle juridiction devra être saisie ? Dans ce cas, il est utile de préciser qu'il ne s'agira pas d'appliquer le Règlement Bruxelles Ibis, consacrant une compétence exclusive à l'État du lieu de la situation de l'immeuble pour les litiges relatifs aux droits réels de propriété, mais la Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes étant donné que cette question touche à l'étendue du mandat de protection, et en particulier à la capacité du donateur⁹⁵. Dans notre cas, les juridictions belges devront être saisies afin de se prononcer sur l'éventuel dépassement des pouvoirs du mandataire

⁹¹ F. DERÈME, S. PFEIFF et N. DIRADOURIAN, « La protection extrajudiciaire des incapables majeurs dans les situations franco-belges », *op. cit.*, p. 285.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Par exemple, un parent pourrait conclure un mandat de protection future français pour leurs enfants mineurs ou majeurs dont ils assument la charge.

⁹⁴ Article 15 §1^{er} de la Convention de La Haye.

⁹⁵ C.J.U.E., 3 octobre 2013, *Schneider*, C-386/12.

ou d'un potentiel conflit d'intérêts, étant donné que l'adulte protégé réside habituellement en Belgique⁹⁶.

Section 3.7 : Les pactes successoraux

Dans le but d'étayer notre réflexion dans le cadre d'une planification patrimoniale, il est plus qu'opportun de mentionner les pactes sur successions futures au sein de ce travail.

Sous-section 3.7.1 : La notion de « pacte sur succession future » et sa récente réforme

Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} septembre 2018, de la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil concernant les successions et libéralités, il est possible de conclure certains pactes sur succession future. Parmi les pactes successoraux autorisés par cette loi, est repris le « pacte successoral global ». Ce dernier peut se définir comme « une convention entre vifs réunissant (au moins), d'une part, les père et mère (ou l'un d'entre eux) et, d'autre part, l'ensemble de leurs héritiers présomptifs en ligne directe descendante ». Dès lors, ce pacte a pour objectif d'assurer un équilibre entre ces héritiers présomptifs, en tenant compte des donations ou avantages dont ils ont pu bénéficier antérieurement ou bénéficient aux termes du pacte lui-même⁹⁷.

Par conséquent, l'équilibre à atteindre au sein de ces pactes représente une notion subjective qui tient compte de la situation respective de chacun. De ce fait, il est tout à fait « envisageable qu'un héritier présomptif en ligne directe descendante estime qu'il est justifié qu'il reçoive considérablement moins que les autres d'un point de vue mathématique, voire qu'il ne lui soit rien attribué du tout, parce que sa situation personnelle et/ou professionnelle le permet »⁹⁸. En se basant sur le principe selon lequel des donations peuvent être accomplies au sein d'un pacte successoral global, ce dernier peut représenter, sans aucun doute, une libéralité.

D'un point de vue fiscal, la valeur des donations qui n'ont pas été enregistrées antérieurement, et qui sont mentionnées dans un pacte successoral soumis aux articles 1100/2 à 1100/6 de l'ancien Code civil, est exempte de droits d'enregistrement si, dans l'acte ou dans un écrit annexé, les parties demandent l'application de l'article 131^{sexies} du Code des droits d'enregistrement et déclarent que les donations ont été consenties antérieurement à la date du pacte successoral⁹⁹.

À titre informatif, nous attirons l'attention du lecteur sur le fait que la loi du 19 janvier 2022 est venue modifier le livre 2 et livre 4 de l'ancien Code civil, en particulier quant à la nouvelle numérotation des articles de ce Code.

⁹⁶ F. DERÈME, S. PFEIFF et N. DIRADOURIAN, « La protection extrajudiciaire des incapables majeurs dans les situations franco-belges », *op. cit.*, p. 288.

⁹⁷ C. AUGHUET, « Les pactes successoraux à l'aune des lois du 31 juillet 2017 et du 22 juillet 2018 », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 351.

⁹⁸ Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et libéralités et modifiant diverses dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, n° 54-2282/001, Commentaire des articles, pp. 135-136.

⁹⁹ Article 131^{sexies} du Code des droits d'enregistrement.

Sous-section 3.7.2 : Le régime actuel des pactes successoraux dans le cadre des mesures de protection judiciaire et extrajudiciaire

L'article 5 de la loi du 31 juillet 2017 modifie l'ancien Code civil en instaurant une obligation pour le juge de Paix de se prononcer dans son ordonnance quant à la capacité de la personne protégée de conclure un pacte successoral autorisé par la loi, tant en qualité de disposant, qu'en qualité d'héritier présomptif. Le juge doit être attentif lorsqu'un pacte successoral constituera une libéralité, eu égard aux conséquences patrimoniales que cette dernière pourrait engendrer.

De plus, lorsque la conclusion d'un pacte successoral autorisé par la loi entraîne, pour la personne protégée, une renonciation à des droits dans une succession non encore ouverte, cet acte ne peut en aucun cas faire l'objet d'une assistance ou d'une représentation par l'administrateur de la personne protégée¹⁰⁰.

Ainsi, nous comprenons aisément, de par l'utilisation des termes « administrateurs » ou encore, « ordonnance du juge de Paix », que ce régime est uniquement valable dans le cadre d'une mesure de protection judiciaire des personnes protégées.

Dans le cadre de notre étude, nous pourrions tenter de déterminer si une personne majeure capable détient la faculté d'établir un mandat extrajudiciaire dans lequel le mandataire aurait le pouvoir de conclure un pacte successoral autorisé par la loi, tant en qualité de disposant que d'héritier présomptif, en son nom et pour son compte, en cas de survenance future de son incapacité.

Rappelons que l'objectif d'une protection extrajudiciaire est que la personne protégée demeure active au sein de la société tout en disposant d'une protection juridique sans intervention judiciaire et conforme à sa capacité. Il nous paraît dès lors opportun de distinguer la conclusion d'un tel pacte successoral en qualité de disposant de sa représentation en qualité d'héritier présomptif.

Concernant la première hypothèse qu'est la conclusion d'un pacte successoral en qualité de disposant par le mandataire au nom et pour le compte du mandant, il nous semble interdit qu'un tel pouvoir puisse être accordé par la personne majeure capable. Premièrement, l'article 497/2 27° de l'ancien Code civil dispose que dans le cadre d'une protection judiciaire, un administrateur ne peut pas représenter ni assister la personne protégée dans la réalisation d'un pacte successoral en qualité de disposant¹⁰¹. De plus, il s'agit, selon nous, d'un acte juridique à caractère extrêmement personnel n'autorisant aucune représentation.

Cependant, sur l'hypothèse relative à la représentation du mandant par le mandataire en qualité d'héritier présomptif, notre réponse n'est pas aussi catégorique. D'une part, si nous nous basons sur la faculté existante du mandataire, dans le cadre d'une protection extrajudiciaire, d'accepter des donations et des testaments au nom et pour le compte du mandant, notre réponse est que le mandataire devrait disposer de ce pouvoir. Cette réponse paraît d'autant plus appuyée par l'argument selon lequel le mandat de protection extrajudiciaire, se voulant souple, devrait accorder la faculté au mandataire de conclure des pactes successoraux en qualité d'héritier

¹⁰⁰ P. DE PAGE, I. DE STEFANI, *La réforme du droit civil des successions et libéralités : commentaire pratique de la loi du 31 juillet 2017*, Limal, Anthemis, 2017, p. 22.

¹⁰¹ F. DEGUEL, « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *op. cit.*, p. 374.

présomptif, au nom et pour le compte de la personne protégée, même lorsque ce pacte a pour conséquence une renonciation à des droits dans une succession non ouverte. En effet, le mandataire doit toujours prendre en compte l'intérêt supérieur du mandant, et notamment sa situation familiale et fiscale dans la même idée qu'une donation attachée d'une clause de retour conventionnel optionnel.

Section 3.8 : Le contrôle du mandataire

Le contrôle du ou des mandataire(s) extrajudiciaire(s) est, à première vue, confié au seul mandant lequel, à partir du moment où le mandat est déclenché, sera très souvent dans l'incapacité pratique de l'exercer¹⁰².

Durant l'exercice du mandat extrajudiciaire, deux types de mécanismes de contrôle peuvent être soulevés. L'obligation de reddition des comptes d'une part, et le pouvoir de contrôle et d'injonction du juge de Paix d'autre part.

Cependant, gardons en mémoire que ces mécanismes conventionnels sont relativement limités car ils ne peuvent intervenir que postérieurement aux actes posés par le mandataire. Il sera donc important et utile de prévoir un contrôle *à priori* dans le contrat de mandat¹⁰³.

Excepté les obligations du droit commun conformément auquel le mandataire doit tenir le mandant informé des actes qu'il accomplit en son nom et pour son compte¹⁰⁴, seule la mention à une concertation « *régulière, au moins une fois par an avec le mandant* » et le cas échéant, avec les « *personnes désignées par le mandant* » est spécifique au mandat extrajudiciaire.

Sous-section 3.8.1 : La reddition des comptes

Premièrement, l'article 1993 de l'ancien Code civil instaure l'obligation de rendre des comptes. Il s'agit d'une obligation de droit commun s'appliquant *mutatis mutandis* à la représentation extrajudiciaire, en l'absence de disposition dérogatoire¹⁰⁵.

Cependant, ce contrôle peut s'avérer inefficace dans le cadre du mandat de protection extrajudiciaire. En effet, lorsque nous basculons dans la représentation extrajudiciaire, le mandant sera soit dans l'impossibilité de gérer ses intérêts, soit dans un état de prodigalité. Partant, au vu du fait que l'obligation de rendre des comptes doit être demandée par le mandant qui est lui-même présumé inapte à le solliciter, ce type de contrôle se réduit comme peau de chagrin¹⁰⁶.

¹⁰² G. HOLLANDERS et J. FILLENBAUM, « Un mandat extrajudiciaire, c'est quelque chose qui se prépare avant, pour éviter les ennuis après », *R.P.P.*, 2020/4, p. 290.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Article 490/2 §1er, al. 3 de l'ancien Code civil tel que modifié par la loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, M.B., 31 décembre 2018 (entrée en vigueur le 1er mars 2019).

¹⁰⁵ J. FONTEYN, « Quatre années de pratique du mandat de protection extrajudiciaire », *op. cit.*, p. 19-20.

¹⁰⁶ Th. DELAHAYE, *La protection judiciaire et extrajudiciaire des majeurs en difficulté*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, vol. 100, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 24.

Afin d'illustrer l'insuffisance de ce contrôle, citons l'ordonnance du juge de Paix d'Etterbeek du 20 juin 2016¹⁰⁷ où les enfants du mandant, nus-proprétaires d'actions dont l'usufruit¹⁰⁸ est en la possession du mandant, se sont vus rejeter leur demande d'exiger la reddition des comptes¹⁰⁹. Suite à cet arrêt, il nous paraît clair que les enfants du mandant ne peuvent obtenir du juge de Paix qu'il mette en place un mécanisme de contrôle spécialement à leur profit.

Il nous semble important d'insister sur cette obligation de principe de rendre des comptes et ce qu'elle recouvre. Tout d'abord, le mandataire ne peut en aucun cas être dispensé de cette obligation, ni à la conclusion du contrat, ni à l'extinction du mandat lorsque des comptes doivent être rendus à des tiers¹¹⁰. Il en est de la responsabilité du notaire d'accompagner le futur mandant dans la rédaction de clauses au sein du mandat extrajudiciaire concernant la forme, la périodicité, la publicité ainsi que le degré de rigueur et d'étayement que devront revêtir ces comptes¹¹¹. Ainsi, par exemple, un relevé exhaustif des rentrées et sorties « extraordinaires » pourra être prévu, ou encore le devoir de rendre compte à une tierce personne neutre comme un professionnel ou une personne de confiance.

Sous-section 3.8.2 : L'intervention du juge de Paix

Le second mécanisme de contrôle du mandataire est l'intervention du juge de Paix, qui se base sur les articles 490/1 et 490/2 de l'ancien Code civil. Ce contrôle peut paraître plus large puisque toute personne intéressée peut saisir le juge de Paix en cas de manquement ou d'irrégularité dans l'exercice du mandat.

Cependant, comme déjà énoncé *supra*, ce mécanisme n'intervient qu'en aval et reste facultatif et marginal. En effet, dans la pratique, le juge de Paix se limitera à une évaluation du respect des règles établies dans le mandat.

Dans le but de rendre le contrôle du mandataire plus efficace, il peut être opportun de modaliser conventionnellement un contrôle en amont. Il convient de noter qu'une combinaison de mandataires dotés de pouvoirs conjoints¹¹², est une forme de surveillance en amont¹¹³. Une autre solution, inspiré du régime français, peut également être mise en avant en nommant contractuellement dans le mandat un « contrôleur de gestion », tel que prévu expressément par la loi française¹¹⁴. Cette dernière solution permettrait de respecter le principe selon lequel la protection extrajudiciaire doit primer sur la protection judiciaire¹¹⁵.

¹⁰⁷ J.P. Etterbeek, 20 juin 2016, *J.J.P.*, 2018, pp. 8-10.

¹⁰⁸ Et, partant, le droit de vote.

¹⁰⁹ J. FONTEYN, « Quatre années de pratique du mandat de protection extrajudiciaire », *op. cit.*, p. 20.

¹¹⁰ Mandataire extrajudiciaire subséquent, administrateur de biens ou encore, héritiers du mandant.

¹¹¹ G. HOLLANDERS et J. FILLENBAUM, « Un mandat extrajudiciaire, c'est quelque chose qui se prépare avant, pour éviter les ennuis après », *op. cit.*, p. 296.

¹¹² Cette thématique a été abordée *supra* à la section 1 de ce chapitre.

¹¹³ J. FONTEYN, « Quatre années de pratique du mandat de protection extrajudiciaire », *op. cit.*, p.20.

¹¹⁴ F. DERÈME, S. PFEIFF et N. DIRADOURIAN, « La protection extrajudiciaire des incapables majeurs dans les situations franco-belges », *op. cit.*, p. 285.

¹¹⁵ Article 492 de l'ancien Code civil.

Chapitre 4 : La fin du mandat extrajudiciaire

Section 4.1 : Les causes d'extinction automatiques du mandat extrajudiciaire

Le mandat extrajudiciaire peut prendre fin suite à la réalisation de certains événements automatiques tels que le rétablissement des facultés et discernement du mandant, le remplacement de la protection extrajudiciaire par une protection judiciaire ou encore le décès ou l'incapacité du mandataire. Cette dernière cause d'extinction automatique du mandat est cependant rare et théorique car en pratique, il est souvent procédé à la désignation d'un ou plusieurs mandataires subsidiaires. Dans le cas où aucun mandataire subsidiaire n'a été nommé et que le mandant est déclaré incapable à ce moment-là, le juge de Paix nommera, au besoin, un successeur¹¹⁶.

Une autre cause d'extinction automatique du mandat extrajudiciaire est le décès du mandant. Cette cause pourrait paraître anodine à première vue, mais il est important de savoir que selon l'article 1191 de l'ancien Code civil, le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages et intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. Il est également tenu d'achever la chose commencée au décès du mandant¹¹⁷.

Section 4.2 : La révocation du mandat extrajudiciaire par le mandant

En complément de ces causes automatiques, il demeure la faculté de solliciter la révocation du mandat extrajudiciaire¹¹⁸. En effet, comme tout contrat de mandat, le mandant qui dispose de sa capacité et de son discernement ou les ayant recouvrés, peut décider à tout moment de révoquer son mandat extrajudiciaire *ad nutum* sans aucune justification de sa part, à condition qu'aucune mesure de protection judiciaire n'ait été prise à son égard¹¹⁹. Notons qu'une entrée en vigueur immédiate du mandat ne prive pas le droit du mandant de révoquer celui-ci.

Au niveau du formalisme, depuis la loi du 21 décembre 2019, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2019, il y a une obligation d'enregistrer les révocations des mandats extrajudiciaires dans le registre central tenu par la fédération Royale du Notariat belge¹²⁰.

Dès lors, un mandat de protection extrajudiciaire ne prend, en toute logique, pas fin suite à l'incapacité du mandant, sinon quelle serait son utilité ? En effet, soit ses effets persisteront en cas de mandat mixte, soit ses effets commencent à courir en cas d'entrée en vigueur différée du mandat extrajudiciaire.

En droit commun, notons qu'un mandat prend fin en cas d'incapacité ou d'inaptitude du mandant ou du mandataire. Il existe toutefois une exception à cette hypothèse dans le cas où

¹¹⁶ F. DERÈME, S. PFEIFF et N. DIRADOURIAN, « La protection extrajudiciaire des incapables majeurs dans les situations franco-belges », *op. cit.*, p. 285-286.

¹¹⁷ T. DELAHAYE, « Première partie – le mandat extrajudiciaire » in *La protection judiciaire et extrajudiciaire des majeurs en difficulté*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 34.

¹¹⁸ Article 2003 de l'ancien Code civil.

¹¹⁹ F. DEGUEL, « Le mandat de protection extrajudiciaire *op. cit.*, p. 183, n° 22.

¹²⁰ F. DERÈME, S. PFEIFF et N. DIRADOURIAN, « La protection extrajudiciaire des incapables majeurs dans les situations franco-belges », *op. cit.*, p. 286.

une clause y dérogeant est insérée dans le contrat de gestion patrimoniale discrétionnaire, un mandat hypothécaire ou une société civile. Dans le cadre de ces opérations plus complexes, l'objectif du législateur était d'éviter qu'une situation plus défavorable que bénéfique ne se crée en défaveur du mandant¹²¹.

Section 4.3 : Le remplacement par une protection judiciaire

Le juge de Paix peut, soit d'office soit à la demande de tout intéressé, remplacer le mandat extrajudiciaire par une mesure de protection judiciaire, s'il estime qu'un changement de régime serait dans l'intérêt du mandant¹²².

Dans le cas où une protection judiciaire est nécessaire et ordonnée, le choix de l'administrateur est donné à la personne protégée qui a la possibilité, préalablement à son incapacité, d'établir une déclaration de préférence quant à l'administrateur à désigner si une telle mesure de protection s'impose¹²³.

Toutefois, cet acte nécessite la comparution du déclarant devant le juge de Paix ou le notaire et n'est donc pas un acte autorisé à représentation¹²⁴. Il faut cependant distinguer d'une part, le pouvoir légal d'établir une déclaration de préférence, détenu par la personne à protéger et qui ne se délègue pas, de la possibilité d'autre part d'insérer une telle déclaration dans un mandat extrajudiciaire, moyennant la condition qu'il ait été reçu par acte authentique¹²⁵.

Il peut arriver, dans de rares cas, que le juge désigne un administrateur différent que celui étant repris dans la déclaration de préférence de la personne à protéger, s'il estime que cela est dans son intérêt.

Lors du décès de la personne protégée judiciairement, l'administrateur est automatiquement déchargé de sa mission et doit rendre au juge de Paix un rapport présentant le patrimoine de la personne protégée au jour de son décès, afin que les héritiers connaissent l'état de la succession. Il peut cependant arriver qu'il n'y ait pas d'héritier ou qu'aucun héritier ne se manifeste. Dans ce cas, l'administrateur peut être autorisé à prolonger sa mission pendant six mois afin d'éponger certaines dettes, comme par exemple les frais funéraires ou de séjour en maison de repos¹²⁶.

¹²¹ T. VAN HALTEREN, « Nouveautés en matière d'incapacité issues de la loi du 21 décembre 2018 » in J.-EM. BEERNAERT, *Modifications apportées par la loi du 21 décembre 2018 et réforme du droit de la preuve appliquée au droit familial*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 19.

¹²² A.-CH. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, p. 567.

¹²³ Article 496 de l'ancien Code civil.

¹²⁴ P. MARCHAL, « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, n° 300.

¹²⁵ M. VAN MOLLE, « Le mandat extrajudiciaire comme outil de planification patrimoniale », *op. cit.*, p. 88.

¹²⁶ Article 499/19 §1^{er} de l'ancien Code civil.

IV. CONCLUSION

Nous clôturons notre contribution, ayant mis en lumière les avantages et les conséquences plus pratiques que théoriques du mandat de protection extrajudiciaire dans le cadre d'une planification patrimoniale, par ces quelques lignes.

Le mandat extrajudiciaire rencontre un succès grandissant dans la pratique, permettant la gestion patrimoniale d'une personne devenue vulnérable. En effet, il apporte une sécurité juridique pour le mandant, lui assurant l'optimisation de sa succession sans autorisation préalable obligatoire d'un juge et selon ses souhaits, rédigés en termes précis à l'égard des donations à octroyer. Il est, dès lors, essentiel que ce mandat soit le plus personnalisé et le plus précis possible au vu de son importance durant toute la protection extrajudiciaire.

Dès lors, il est selon nous prudent de faire appel à un notaire pour l'ensemble des raisons évoquées lors de notre contribution. Gardons en mémoire que la rédaction du mandat extrajudiciaire, dans lequel le sur-mesure est requis, doit être adaptée à la situation personnelle, familiale, fiscale et patrimoniale du futur mandant. Cela concerne tant la volonté d'octroyer des libéralités que les modalités de représentation du mandant, notamment en cas de désignation plurielle de mandataires.

Nous avons, par ailleurs, tenté d'attirer l'attention du lecteur sur l'intérêt du mandat de protection extrajudiciaire dans un contexte international, notamment grâce à l'analyse comparée du mandat de protection future français avec le mandat extrajudiciaire de droit belge. A cet égard, la Convention de La Haye offre un aperçu global du patrimoine, tant actuel que futur, de la personne souhaitant conclure un mandat de protection extrajudiciaire. Cependant, il est important de ne pas omettre les spécificités de reconnaissance et d'application dans d'autres pays que celui de la souscription de cette mesure extrajudiciaire.

Dans la suite de notre exposé, notre attention a été attirée sur le fait qu'après l'introduction de la faculté de conclure certains pactes successoraux, le législateur n'ait apporté aucun changement dans le cadre d'une protection extrajudiciaire. En effet, ces pactes peuvent avoir des effets importants sur le patrimoine d'une personne majeure vulnérable, mais également sur l'équilibre entre son autonomie et sa protection juridique, qui doit être nécessairement conservé.

Par conséquent, nous avons tenté de pallier à cette omission en répondant aux éventuelles questions soulevées par les pactes successoraux au regard d'une mesure de protection extrajudiciaire.

En outre, l'absence de contrôle adapté à l'égard des mandataires, ne sortant actuellement leurs effets qu'*a posteriori*, poussent les mandants à les renforcer, notamment via la possibilité de conférer aux différents mandataires des pouvoirs conjoints ou encore l'insertion de clauses spécifiques quant au contrôle dans le mandat lui-même. Nous en tirons la conclusion que le seul contrôle *a priori* doit être mis en place au préalable, dans le contrat de mandat extrajudiciaire lui-même.

Quant à la décision de révoquer le mandat extrajudiciaire, nous estimons qu'elle devrait revêtir le caractère d'une « sonnette d'alarme » aux yeux du juge, devant s'assurer que l'intérêt supérieur du mandant est toujours rencontré. Cependant, nous déplorons qu'une fois le mandat extrajudiciaire activé, une telle révocation ne pourrait être enclenchée par le mandant, qui devra nécessairement recourir au juge.

Enfin, pour conclure notre exposé, félicitons tout de même l'initiative du législateur belge d'avoir mis en place un mécanisme de protection extrajudiciaire au service d'une planification patrimoniale efficace, qui, nous l'avons souligné dans la présente contribution, n'existe pas, à l'heure actuelle, dans toutes les législations internationales.

V. BIBLIOGRAPHIE

Doctrine

AUGHUET, C., « Les pactes successoraux à l'aune des lois du 31 juillet 2017 et du 22 juillet 2018 », in *Le notaire face aux réformes des régimes matrimoniaux et des successions*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 351.

BEGUIN, E. et FONTEYN, J. « Le mandat de protection extrajudiciaire », *Rev. not. b.*, 2014, spéc. p. 503.

BOSSARD, P., « L'assouplissement de l'interdiction des pactes sur succession future », *Le pli jur.*, 2018, pp. 37-40.

DANDOY, N., DERÈME, F. et BERTOUILLE, V., « Chapitre I. - La conclusion et la mise en œuvre du mandat extrajudiciaire » in SOSSON, J. (dir.), *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 111.

DEGUEL, F., LELEU, Y.-H., « L'incapacité des personnes majeures en jurisprudence », dans *Rechtskroniek voor de vrede-en politierechters 2015 / Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2015*, Brugge, la Chartre, 2015, pp. 33-61.

DEGUEL, F., « Le mandat de protection extrajudiciaire », in *La protection des personnes majeures. Dix-huit mois de pratique*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 164, n° 2.

DEGUEL, F., « Pot-pourri pour les personnes majeures protégées », *J.T.*, 2019/19, n° 6773, p. 378.

DEGUEL, F., « La protection des majeurs – Jurisprudence récente », *Rev. Dr. ULiège*, 2021/1, p. 60.

DEGUEL, F., « Personnes majeures protégées », *Rép. not.*, T. I, Les personnes, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 253.

DELAHAYE, B., *La dernière révolution patrimoniale*, Limal, Anthemis, 2021, p. 206.

DELAHAYE, B. OLIVIERS, G., et ROLIN JACQUEMYNS, G., « Chapitre II. - Les successions et libéralités » in SOSSON, J. (dir.), *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 617.

DELAHAYE, T., *La protection judiciaire et extrajudiciaire des majeurs en difficulté*, coll. Les Dossiers du Journal des tribunaux, vol. 100, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 24.

DE PAGE, H., t. V, 2^e édition, n° 365.

DE PAGE, H., t. VIII-1, 2^e édition, n° 461.

DE PAGE, P., DE STEFANI, I., *La réforme du droit civil des successions et libéralités : commentaire pratique de la loi du 31 juillet 2017*, Limal, Anthemis, 2017, p. 22.

DERÈME, F., « La protection et la transmission des patrimoines des et aux personnes juridiquement capables mais vulnérables, fragilisées ou vieillissantes », *R.P.P.*, 2014/1, p. 91-114.

DERÈME, F., « Heurs et malheurs des mandats extrajudiciaires, et autres mesures de prévoyance en cas d'incapacité », *R.P.P.*, 2018, p. 242.

DERÈME, F., DIRADOURIAN N., et PFEIFF, S., « La protection extrajudiciaire des personnes incapables majeures dans les situations franco-belges », *R.P.P.*, 2020/4, p. 286.

DE WULF, CH., « De nieuwe wettelijke regeling inzake beschermden personen », *T. Not.*, 2013, p. 287, n° 58.

FONTEYN, J., « Quatre années de pratique du mandat de protection extrajudiciaire » in BEGUIN, E. *et al.* (dir.), *Les entraves à la libre disposition du bien*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 27.

HOLLANDERS, G., et FILLENBAUM, J., « Un mandat extrajudiciaire, c'est quelque chose qui se prépare avant, pour éviter les ennuis après », *R.P.P.*, 2020/4, p. 290.

KRUGER, T., PFEIFF, S., « De buitengerechtigde lastgeving in internationale context », *T. Fam.*, 2020, p. 290, n° 52.

LELEU, Y.-H., *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 211-279.

LELEU, Y.-H., « Chapitre I – La capacité » in *Chroniques notariales – Volume 70*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 16.

MARGANNE, C., *Le régime juridique des libéralités dans le cadre de la protection des personnes majeures vulnérables*, travail de fin d'étude, Université de Liège, 2018, pp. 36-38.

MAERTENS DE NOORDHOUT, E., VAN GOIDSENHOVEN, E. et COLMANT, V., « Le mandat extrajudiciaire dans le contexte assurantiel », *R.P.P.*, 2021/4, p. 331.

MARCHAL, P., « Les incapables majeurs », *Rép. not.*, t. I, l. VIII, Bruxelles, Larcier, 2007, n° 300.

PFEIFF, S., VAN BOXSTAEL, J.-L., et SAUVAGE, J., « Chapitre III.- La protection de l'adulte vulnérable et de son patrimoine en droit international privé » in SOSSON J., (dir.), *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 699-741.

RAUCENT L., LELEU Y.-H. (dir.), « Les régimes matrimoniaux », *Rép. not.*, t. V, l. II, Bruxelles, Larcier, 1999, n° 497.

Séance de la chambre plénière du samedi 16 mars 2019, dossier 4429, « Les mandats de protection extra judiciaire dans la pratique notariale », *Comité d'Études et de Législation*, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 1, p. 111.

TAINMONT, F., FONTEYN, J., LIESENBERG, C., et RAEPSAET, P., « Chapitre II. - Le contenu du mandat extrajudiciaire et les pouvoirs du mandataire » in SOSSON, J. (dir.), *La protection extrajudiciaire et judiciaire des majeurs vulnérables*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 147.

VAN GYSEL, A.-CH., *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthemis, 2013, p. 567.

VAN HALTEREN, T., « Nouveautés en matière d'incapacité issues de la loi du 21 décembre 2018 » in BEERNAERT, J.-EM *Modifications apportées par la loi du 21 décembre 2018 et réforme du droit de la preuve appliquée au droit familial*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 19.

VAN MOLLE, M., « Le mandat extrajudiciaire comme outil de planification patrimoniale », *R.P.P.*, 2014/1, p. 88.

VAN MOLLE, M., « Le mandat extrajudiciaire : une institution au service des personnes vulnérables » in *La protection des personnes vulnérables*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 43.

WAEGENAERE, B. et ROBERT, S., « Modes de protection de la personne vulnérable », *Pli juridique*, 2021/58, p. 15.

WÉRY, P., « Mandat », *Rép. not.*, T. IX, Contrats divers, Livre 7, Bruxelles Larcier, 2019, n°2-3.

Législation

Convention sur la protection internationale des adultes, conclue par la Conférence de La Haye de droit international privé, le 13 janvier 2000.

Ancien Code civil : Articles 488/1, 488/2, 490, 490/2, 492, 493, 496, 487, 498, 499 909, 933, 1478, 1988, 2003.

Code civil français : Articles 414 à 427 et 477 à 494.

Code civil suisse : Article 360.

Code civil luxembourgeois : Article 3.

Code des droits d'enregistrement : Article 131^{sexies}.

Loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, *M.B.*, 14 juin 2013.

Loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *M.B.*, 1er septembre 2017.

Loi du 22 juillet 2018 modifiant le Code civil et diverses autres dispositions en matière de droit des régimes matrimoniaux et modifiant la loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, *M.B.*, 27 juillet 2018.

Loi du 21 décembre 2018 portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 31 décembre 2018.

Proposition de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et libéralités et modifiant diverses dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, n° 54-2282/001, Commentaire des articles, pp. 135-136.

Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de droit civil et portant simplification des dispositions du Code civil et du Code judiciaire en matière d'incapacité, et de la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un nouveau statut de protection conforme à la dignité humaine, Rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de la justice, *Doc. parl.*, sess. ord. 2018-2019, 3303/011, p. 9.

Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2011-2012, n° 53-1009/10, p.177.

Règlement organisant le Collège des administrateurs de biens et de la personne et des mandataires ou tuteurs *ad hoc* auprès de l'Ordre français des avocats de Bruxelles.

Règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

Jurisprudence

Cass., 21 février 1884, *Pas.*, 1884, I, p. 61.

C.J.U.E., 3 octobre 2013, *Schneider*, C-386/12.

J.P. Etterbeek, 20 juin 2016, *J.J.P.*, 2018, pp. 8-10.

J.P. Rhode-Saint-Genèse, 25 avril 2017, *J.J.P.*, 2017, p. 460.

J.P. Lennik, 21 juin 2017, *T. Fam.*, 2020, p. 86.

J.P. Etterbeek, 14 mars 2018, *J.J.P.*, 2018, p. 470.

Cass., 18 octobre 2018, *Rev. trim. dr. fam.*, 2019, p. 59, somm., *R.A.B.G.*, 2018, p. 1635, *R.P.P.*, 2019, p. 358, note M. Van Molle.

J.P. Gand, 27 novembre 2019, *J.J.P.*, 2020, p. 290.

J.P. Audenarde, 28 novembre 2019, *J.J.P.*, 2020, p.315.

J.P. Nivelles, 24 janvier 2020, *J.J.P.*, 2020, p. 286.