

Titre	Confirmation des pouvoirs de représentation aux fins du certificat délivré en vertu de l'article 38
Document	Doc. pré-l. No 11 d'octobre 2022
Auteur	BP
Point de l'ordre du jour	Point VI
Mandat(s)	C&R No 34 du CAGP de 2019 ; C&D No 31 du CAGP de 2020 ; C&D No 26 du CAGP de 2021
Objectif	Montrer l'utilité pratique du certificat visé à l'article 38 pour la circulation transfrontière des pouvoirs de représentation « confirmés », proposer une interprétation des implications possibles de la « confirmation » des pouvoirs de représentation et présenter les conditions minimales qui pourraient être mises en place, au niveau interne, aux fins de l'émission du certificat.
Mesures à prendre	Pour décision <input type="checkbox"/> Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour discussion <input checked="" type="checkbox"/> Pour action / achèvement <input type="checkbox"/> Pour information <input type="checkbox"/>
Annexes	Annexe I – Extraits des Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique de septembre-octobre 1999 – Protection des adultes Annexe II – Extraits du Rapport explicatif sur la Convention de 2000 Annexe III – Extraits du Rapport explicatif et du Manuel pratique sur la Convention Protection des enfants de 1996 Annexe IV – Extraits de doctrine Annexe V – Extraits du Questionnaire sur le fonctionnement pratique de la Convention de 2000
Documents connexes	S.O.

Table des matières

I.	Introduction	2
II.	Qu'est-ce que la confirmation ?	3
III.	Qui peut confirmer les pouvoirs de représentation ?	4
	A. Vérification de la prise d'effet des pouvoirs.....	4
	B. Vérification de la conformité des pouvoirs à la loi.....	4
	C. Vérification simultanée des deux conditions	5
IV.	À quel moment la confirmation peut-elle intervenir ?.....	5
V.	Quelle autorité (compétente) est habilitée à confirmer un pouvoir et quelle loi s'applique par la suite à la confirmation ?	6
VI.	Le certificat visé à l'article 38	6
VII.	Conclusions et Recommandations proposées par le Bureau Permanent, avec le concours du Groupe de travail.....	8
	Annexe I.....	11
	Annexe II.....	13
	Annexe III.....	15
	Annexe IV.....	17
	Annexe V.....	21

Confirmation des pouvoirs de représentation aux fins du certificat délivré en vertu de l'article 38

I. Introduction

- 1 Ce Document préliminaire est le fruit des travaux du Groupe de travail chargé de l'élaboration du Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000 (ci-après, le « Manuel pratique sur la Convention de 2000 »). Au cours de ses travaux, le Groupe de travail s'est interrogé sur le sens que la Commission spéciale à caractère diplomatique avait voulu donner à l'expression « pouvoir de représentation confirmé » aux fins de l'article 38 de la *Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* (ci-après, la « Convention Protection des adultes de 2000 » ou la « Convention de 2000 »). Le Groupe de travail a souligné qu'il était important d'établir une compréhension commune de ce qu'il faut considérer comme une « confirmation » d'un pouvoir de représentation aux fins du certificat visé à l'article 38. C'est pourquoi il a accepté d'aider le Bureau Permanent (BP) de la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH) à préparer ce Document préliminaire en vue de faciliter les débats sur ce point lors de la Première réunion de la Commission spéciale de 2022 sur le fonctionnement pratique de la Convention Protection des adultes de 2000, qui se tiendra du 9 au 11 novembre 2022.
- 2 L'article 15 de la Convention Protection des adultes de 2000 est libellé comme suit :
 - « 1. 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, sont régies par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral, à moins qu'une des lois mentionnées au paragraphe 2 ait été désignée expressément par écrit.
 2. Les États dont la loi peut être désignée sont les suivants :
 - a) un État dont l'adulte possède la nationalité ;
 - b) l'État d'une résidence habituelle précédente de l'adulte ;
 - c) un État dans lequel sont situés des biens de l'adulte, pour ce qui concerne ces biens.
 3. Les modalités d'exercice de ces pouvoirs de représentation sont régies par la loi de l'État où ils sont exercés. »¹
- 3 L'article 38 de la Convention de 2000 dispose qu'un certificat peut être délivré lorsqu'une mesure de protection a été prise ou qu'un pouvoir de représentation a été « confirmé » :
 - « 1. Les autorités de l'État contractant dans lequel une mesure de protection a été prise ou un pouvoir de représentation confirmé peuvent délivrer à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés.
 2. La qualité et les pouvoirs indiqués par le certificat sont tenus pour établis, à la date du certificat, sauf preuve contraire.
 3. Chaque État contractant désigne les autorités habilitées à établir le certificat. »

¹ Le glossaire du Projet révisé de Manuel pratique sur la Convention de 2000 définit un pouvoir de représentation comme un acte (unilatéral ou accord) permettant à l'adulte d'organiser à l'avance la manière dont il veut être aidé dans l'exercice de sa capacité juridique et de son autonomie lorsqu'il ne sera plus en état de pourvoir à ses intérêts.

- 4 Le certificat prévu à l'article 38 est un instrument important pour la libre circulation des pouvoirs de représentation confirmés car il apporte de la sécurité et de la prévisibilité aux praticiens. « [...] Un certificat ayant force probante dans tous les États contractants devrait permettre d'éviter frais et contestations. »²
- 5 Ce document vise à mettre en lumière l'utilité pratique du certificat prévu à l'article 38 pour la circulation transfrontière des pouvoirs de représentation « confirmés » et à donner des informations sur les procédures de confirmation qui peuvent être mises en place au niveau interne aux fins de la délivrance de ce certificat. À cet effet, il propose une interprétation des implications possibles d'une « confirmation » des pouvoirs de représentation et indique les conditions minimales qui pourraient être mises en place.

II. Qu'est-ce que la confirmation ?

- 6 La Convention de 2000 ne prescrit pas de procédure particulière pour la confirmation. Elle laisse donc aux Parties contractantes le soin de réglementer cette opération au niveau interne³.
- 7 Bien que la confirmation puisse différer d'un système juridique à l'autre, le Rapport explicatif précise qu'elle « doit donner toutes garanties de sérieux »⁴ - cela afin que le certificat apporte la sécurité juridique et la prévisibilité aux personnes physiques chargées d'exercer ces pouvoirs de représentation et aux tiers, tels que les établissements financiers, qui devront fournir des services sur présentation de ces pouvoirs⁵.
- 8 Dans le cadre des débats concernant le certificat visé à l'article 38 intervenus lors de la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999 ayant abouti à l'adoption de la Convention de 2000, les délégués ont évoqué l'importance d'un « contrôle qualité » et la nécessité de remplir certaines conditions pour que les pouvoirs soient « confirmés » aux fins du certificat. L'objectif était de limiter la délivrance des certificats aux pouvoirs qui sont véritablement vérifiés et confirmés⁶.
- 9 Pour qu'un pouvoir de représentation soit confirmé aux fins de l'article 38 et que cette confirmation donne « toutes garanties de sérieux », les conditions suivantes doivent être remplies :
- a. Le pouvoir de représentation doit être en vigueur⁷ ;
 - b. Le pouvoir de représentation doit être conforme à la loi applicable.
- 10 Un pouvoir de représentation confirmé et une mesure de protection sont deux notions distinctes en vertu de la Convention de 2000. Dans le cas contraire, il n'aurait pas été nécessaire de prévoir

² P. Lagarde, *Rapport explicatif relatif à la Convention HCCH Protection des adultes de 2000*, Édition revue et corrigée, La Haye, 2017 (disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net, sous les rubriques « Publications » et « Rapports explicatifs ») (ci-après, le « Rapport explicatif »), para. 144.

³ Le Rapport explicatif, au para. 146, indique que certains systèmes juridiques prévoient une « confirmation » des pouvoirs de représentation ; voir aussi les *Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique (1999), Protection des adultes*, Editions SDU, La Haye, 2003 (disponibles sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net, sous les rubriques « Publications » et « Actes et documents des Sessions diplomatiques »), p. 294 à 296, en particulier p. 295, « Au Québec, par exemple, une loi confère ce pouvoir à une autorité judiciaire. Dans d'autres États, l'autorité peut être administrative. L'objectif est de ne pas poser de limites à l'identité possible de l'autorité ». ... « En droit australien, il existe aussi une notion de confirmation des pouvoirs de représentation. Il ne pense pas qu'il y aurait des problèmes de responsabilité pour l'autorité qui confirme, tant que cette question est régie par le droit interne ». [traduction du Bureau Permanent].

⁴ Rapport explicatif, para. 146.

⁵ *Ibid.*, para. 144.

⁶ Voir l'annexe I. Soulignons également que le modèle de certificat (*ibid.*, p. 25) contient une case à cocher pour indiquer que « la validité d'un pouvoir de représentation a été confirmée » et mentionne que le « titulaire du certificat agit... ». Les débats intervenus lors de la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999, associés à l'obligation pour une confirmation de « donner toutes garanties de sérieux » (*ibid.*, para. 147) créent une norme élevée pour la confirmation des pouvoirs de représentation. Cette norme élevée vise à établir la sécurité juridique et la prévisibilité.

⁷ Notons qu'il existe dans certains États des procurations permanentes pouvant prendre effet avant l'altération des facultés personnelles de l'adulte. Dans ce cas, aux fins de la confirmation, il serait important de vérifier la survenue et l'étendue de l'altération des facultés personnelles de l'adulte, outre les deux conditions suggérées dans ce paragraphe.

les deux notions à l'article 38⁸. De manière générale, la confirmation d'un pouvoir de représentation n'est pas, *stricto sensu*, une mesure de protection en vertu de la Convention de 2000, car elle se borne à vérifier que le pouvoir est en vigueur et conforme à la loi applicable. Cependant, dans certains systèmes juridiques, l'entrée en vigueur de pouvoirs de représentation peut être soumise à une évaluation de la capacité de l'adulte par une autorité compétente. Ces systèmes juridiques peuvent estimer que cette décision prise par une autorité compétente constitue une confirmation et une mesure de protection⁹.

III. Qui peut confirmer les pouvoirs de représentation ?

- 11 Il appartient à chaque Partie contractante de déterminer quelle autorité peut confirmer les pouvoirs de représentation.
- 12 Bien qu'une confirmation requière de vérifier que les pouvoirs de représentation sont en vigueur et conformes à la loi, il faut souligner qu'il n'est pas obligatoire que ces vérifications soient effectuées par la même autorité et qu'elles peuvent être opérées par des autorités différentes du même État. Quoi qu'il en soit, l'autorité qui procède à ces vérifications devra être une autorité indépendante et impartiale¹⁰. Une fois ces deux vérifications effectuées, les pouvoirs de représentation peuvent être considérés comme confirmés.

A. Vérification de la prise d'effet des pouvoirs

- 13 Dans certains systèmes juridiques, la loi applicable peut soumettre la prise d'effet des pouvoirs de représentation à la décision d'une autorité judiciaire ou administrative. Cette décision peut être elle-même considérée comme une vérification de la prise d'effet des pouvoirs. Cependant, lorsque, par exemple, le certificat s'avère nécessaire quelque temps après la prise d'effet des pouvoirs, la confirmation pourrait être une étape distincte dans les États où une décision d'une autorité compétente est une condition préalable de la prise d'effet des pouvoirs.
- 14 Dans d'autres systèmes juridiques, le droit interne peut prévoir que les pouvoirs de représentation prennent effet lorsque le représentant lui-même remplit certaines conditions. Dans ce cas, l'autorité qui confirme les pouvoirs de représentation devra vérifier auprès du représentant qu'ils ont pris effet conformément à la loi applicable et aux conditions éventuelles qu'ils prévoient.

B. Vérification de la conformité des pouvoirs à la loi

- 15 La forte valeur probante des pouvoirs de représentation établis par un praticien du droit tel qu'un notaire de droit civil¹¹ implique que ces pouvoirs sont, dès l'origine, conformes à la loi applicable,

⁸ *Ibid.*, para. 146.

⁹ Le para. 146 du Rapport explicatif précise que « [l]a première édition de ce rapport, qui se fondait sur la lettre du texte, énonce que la confirmation n'est pas une mesure de protection au sens de la Convention. Si tel était le cas, en effet, il n'y aurait nul besoin de la mentionner à côté des mesures de protection dans l'article 38. Toutefois, quelques délégations ont fait valoir depuis lors que cette analyse n'est pas celle qui, selon elles, résulterait de la discussion, difficile il est vrai. Selon cette opinion, la confirmation pourrait constituer une mesure de protection au sens de l'article 3 et elle ne pourrait être donnée que par l'autorité compétente selon la Convention. Une conséquence serait que, si l'adulte a, conformément à l'article 15, paragraphe 2, soumis le mandat qu'il a conféré à une loi autre que celle dont les autorités sont compétentes selon la Convention, le représentant risque d'être privé de la possibilité de faire confirmer ses pouvoirs, par exemple par l'autorité compétente de l'État dont la loi est applicable au mandat. » Voir aussi Doc. trav. No 77 et la discussion, au procès-verbal No 10, Nos 51 à 81 (voir *Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique* (1999) (*op. cit.* note 3), p. 294 à 296).

¹⁰ Dans ce contexte, une autorité indépendante et impartiale serait une autorité qui ne représente pas et n'assiste pas l'adulte par ailleurs. À titre d'exemple, le juriste qui a rédigé les pouvoirs de représentation de l'adulte ne peut pas être celui qui vérifie leur conformité à la loi applicable.

¹¹ Un notaire de droit civil est un officier public qui a pour mission d'instrumenter les actes juridiques civils non contentieux et procure à ceux-ci une forme authentique qui leur confère la force exécutoire et une force probatoire élevée. Le notaire de droit civil est également autorisé à dispenser des conseils juridiques et à vérifier que la teneur de l'acte qu'il authentifie est exacte et conforme à la loi. Un notaire de droit civil peut rédiger un pouvoir de représentation sous forme

car ce sont des actes authentiques. La vérification de la conformité des pouvoirs de représentation à la loi applicable pourrait être également effectuée par le praticien du droit qui certifie ou atteste la validité de l'acte conformément à son droit interne, sous réserve qu'un examen détaillé des dispositions qu'il contient soit effectué¹². Pour les pouvoirs de représentation qui ont été valablement établis mais n'ont pas fait l'objet d'une authentification ou d'une certification conformément au droit interne, une autorité peut se charger de vérifier s'ils sont conformes à la loi applicable.

C. Vérification simultanée des deux conditions

- 16 En fonction du droit interne, une autorité judiciaire¹³ ou administrative¹⁴ qui intervient à propos du pouvoir de représentation¹⁵ peut, dans le cadre de son intervention, vérifier que le pouvoir est en vigueur¹⁶ et conforme à la loi applicable.
- 17 L'autorité qui confirme le pouvoir pourrait être également celle qui collecte et valide les vérifications effectuées par d'autres autorités concernant la prise d'effet des pouvoirs et leur conformité à la loi applicable.

IV. À quel moment la confirmation peut-elle intervenir ?

- 18 La confirmation aux fins de l'article 38 ne peut être effectuée qu'après la prise d'effet des pouvoirs de représentation, c'est-à-dire lorsque les facultés personnelles de l'adulte ont été altérées au point qu'il est totalement ou partiellement incapable de pourvoir à ses intérêts¹⁷. La confirmation des pouvoirs peut intervenir dès leur prise d'effet ou à tout moment par la suite, sous réserve que leur conformité à la loi ait été également vérifiée.

d'acte authentique. Un notaire public est lui aussi un officier public, chargé de servir le public en matière non contentieuse. Cependant, ses fonctions sont très différentes de celle du notaire de droit civil. En fonction du système juridique, les principales fonctions d'un notaire public sont de valider les signatures, de faire prêter serment, de recueillir des déclarations sous serment et des déclarations solennelles (y compris de témoins), d'authentifier la signature de certains types d'actes et de fournir des copies d'actes notariés (c.-à-d. certifiées). Dans quelques États de *common law*, certains notaires publics (appelés *lay notaries*) ne sont pas des juristes qualifiés et ne sont donc pas autorisés à dresser des actes et à dispenser des conseils juridiques. Dans d'autres États, la fonction des notaires publics peut se réduire à certifier l'acte établissant le pouvoir de représentation et à valider les signatures. Lorsque les notaires publics sont des juristes qualifiés, ils peuvent dispenser des conseils juridiques et établir des actes juridiques (appelés actes notariés) qui ont valeur de preuve et force exécutoire, comme dans les systèmes de droit civil. Dans ces États, les notaires publics peuvent aussi rédiger des pouvoirs de représentation sous forme d'acte notarié.

¹² Soulignons que le praticien du droit qui vérifie la conformité des pouvoirs à la loi applicable ne confirme pas les pouvoirs. C'est une des deux vérifications qui sont nécessaires pour que la confirmation donne « toutes garanties de sérieux ». Dans ce cas, les pouvoirs ne seront confirmés que lorsqu'une autre autorité aura vérifié qu'ils ont pris effet.

¹³ Pour la prise d'effet de certains pouvoirs de représentation, non contentieux, l'autorité compétente peut déléguer la vérification à un greffier qui procédera à un contrôle formel de l'acte contenant les pouvoirs de représentation et de ses annexes éventuelles, y compris toute évaluation médicale ou de capacité et l'acceptation par le représentant de sa désignation. Cette vérification, qui peut faire l'objet d'un contrôle final par l'autorité compétente, par exemple en cas de doute ou de contestation, peut être considérée comme un acte de confirmation.

¹⁴ Telle qu'un registre public dans lequel les pouvoirs de représentation régis par la loi de l'État en question peuvent être consignés.

¹⁵ Cette intervention pourrait être une mesure de protection au sens de l'article 3 de la Convention de 2000. Notons toutefois que dans ce cas, le pouvoir de représentation confirmé par une mesure prise par une autorité compétente demeure régi par les art. 15 et 16. La mesure ne remplace pas le pouvoir, à moins que l'autorité compétente prenne une décision concernant le pouvoir qui le modifie au point d'y mettre fin et de le remplacer par une mesure de protection.

¹⁶ Probablement en examinant les comptes rendus médicaux et autres évaluations effectuées pour déterminer la capacité de l'adulte. Sauf disposition contraire du droit interne, cette évaluation ne peut pas être effectuée par un praticien du droit (par ex. un avocat ou un notaire).

¹⁷ Voir, *supra*, note 7.

V. Quelle autorité (compétente) est habilitée à confirmer un pouvoir et quelle loi s'applique par la suite à la confirmation ?

- 19 Puisqu'en général, la confirmation n'est pas, *stricto sensu*, une mesure de protection au sens de l'article 3 de la Convention de 2000, les questions de compétence concernant la confirmation ne sont pas régies par la Convention¹⁸. L'autorité compétente est celle de l'État où la confirmation est demandée.
- 20 En l'absence de procédure de confirmation spécifique dans l'État concerné, la personne qui souhaite obtenir le certificat visé à l'article 38 pourrait, si la possibilité lui en est offerte, saisir une autorité compétente en vertu de la Convention de 2000 afin qu'elle confirme le pouvoir de représentation en prenant une mesure de protection vérifiant sa prise d'effet et sa conformité à la loi applicable.
- 21 Si la confirmation constitue une mesure de protection au sens de l'article 3, les règles de la Convention de 2000 relatives à la compétence et à la loi applicable s'appliqueront à celle-ci¹⁹. Cependant, l'application des règles de la Convention de 2000 relatives à la compétence peut compliquer la procédure de confirmation²⁰.
- 22 Pour réduire les complications potentielles concernant la compétence et la loi applicable, deux solutions peuvent être envisagées :
- Les Parties contractantes peuvent prévoir une procédure de confirmation dans leur droit interne qui ne constitue pas une mesure de protection au sens de l'article 3, c'est-à-dire qu'elle se borne à vérifier la prise d'effet des pouvoirs de représentation et leur conformité à la loi applicable.
 - Lorsque la confirmation est considérée comme une mesure de protection au sens de l'article 3, une bonne pratique pourrait être de s'assurer que l'autorité chargée de confirmer les pouvoirs de représentation est celle de l'État dont la loi est applicable aux pouvoirs. Ce pourrait être fait, par exemple, au moment de l'établissement des pouvoirs de représentation, en insérant, dans l'acte établissant les pouvoirs, une disposition d'élection de for compatible avec la règle de conflit de lois prévue à l'article 15 à laquelle il pourrait être donné effet par le mécanisme de transfert prévu à l'article 8²¹.

VI. Le certificat visé à l'article 38

- 23 S'agissant d'un certificat délivré pour les pouvoirs de représentation, l'article 38 prévoit une étape préliminaire : la confirmation de ces pouvoirs. Premièrement, une autorité indépendante et impartiale confirme les pouvoirs de représentation²². Deuxièmement, une autorité du même État habilitée à établir le certificat (qui peut être ou non l'autorité qui a confirmé les pouvoirs) délivre un certificat des pouvoirs confirmés à la ou aux personnes qui aideront, assisteront ou représenteront l'adulte.
- 24 Le certificat visé à l'article 38 peut être délivré à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte, indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés. Le cas échéant, le certificat peut également indiquer les pouvoirs qui ne sont pas conférés à la ou aux personnes qui aideront, assisteront ou représenteront l'adulte. Un certificat peut mentionner, par exemple, que le représentant ou l'un des représentants de l'adulte qui réside habituellement dans

¹⁸ Voir, *infra*, para. 31.

¹⁹ Dans ce cas, un transfert de compétence en vertu de l'art. 8 de la Convention de 2000 peut être possible.

²⁰ Voir, *supra*, note 9.

²¹ Il conviendrait de vérifier que le droit interne de l'État choisi connaît les pouvoirs de représentation au sens de la Convention de 2000. Voir aussi, *supra*, note 8.

²² Voir, *supra*, parties II et III.

une Partie contractante n'est pas habilitée à gérer les biens de l'adulte situés dans une autre Partie contractante. La qualité et les pouvoirs de la personne qui aide, assiste ou représente l'adulte indiqués par le certificat sont tenus pour établis à la date du certificat, sauf preuve contraire²³.

- 25 Le certificat visé à l'article 38 est très utile aux praticiens car il apporte une garantie supplémentaire de sécurité juridique et de prévisibilité à la circulation transfrontière des pouvoirs de représentation. En outre, un certificat ayant force probante dans toutes les Parties contractantes pourrait réduire les coûts et les contestations²⁴.
- 26 L'article 38(1) de la Convention de 2000 dispose que les autorités de l'État « dans lequel [...] un pouvoir de représentation [a été] confirmé **peuvent** délivrer un certificat » **[gras ajouté]** à la personne qui aide, assiste ou représente l'adulte. La délivrance d'un certificat n'est donc pas obligatoire²⁵. Cependant, si un certificat doit être délivré, il doit l'être dans l'État où les pouvoirs de représentation ont été confirmés.
- 27 Bien que la Convention de 2000 dispose que chaque Partie contractante « désigne »²⁶ une autorité habilitée à établir le certificat visé à l'article 38, le choix de cette autorité appartient aux Parties contractantes. Cette autorité a la faculté de ne pas délivrer le certificat, par exemple lorsqu'elle considère que les pouvoirs n'ont pas été confirmés ou que la confirmation est insuffisante. Il appartient également aux Parties contractantes de déterminer si cette autorité sera différente de l'autorité qui a confirmé les pouvoirs. En fonction du droit interne, les autorités habilitées à établir et délivrer le certificat peuvent être des autorités compétentes²⁷ en vertu de la Convention de 2000, des notaires²⁸, des officiers de l'état civil²⁹, des greffiers, des avocats ou des officiers publics.
- 28 Le certificat de l'article 38 peut être demandé en même temps que la confirmation ou après celle-ci.
- 29 La force probante du certificat « se limite à la date d'établissement du certificat. Il ne peut garantir que les pouvoirs qui existaient alors resteront en vigueur dans le futur »³⁰. En conséquence, la délivrance du certificat présuppose que l'autorité habilitée à le délivrer peut se fonder sur une confirmation récente des pouvoirs de représentation.

²³ Rapport explicatif, para. 147.

²⁴ *Ibid.*, para. 144.

²⁵ *Ibid.* La Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999 (*op. cit.* note 3) n'a pas voulu contraindre les Parties contractantes qui ne le voulaient pas à délivrer un certificat. Le certificat demeure donc facultatif. Pour les Parties contractantes qui souhaitent délivrer un certificat, l'art. 38(3) dispose que « chaque État contractant désigne les autorités habilitées à établir le certificat ». La désignation d'une autorité habilitée à établir le certificat est donc obligatoire. Voir, par comparaison, HCCH, *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention HCCH Protection des enfants de 1996*, La Haye, 2014, para. 11.31 (disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net, sous les rubriques « Publications » et « Manuels pratiques »).

²⁶ Art. 38(3).

²⁷ Notons que l'autorité habilitée à délivrer le certificat visé à l'art. 38 n'est pas nécessairement une « autorité compétente » aux fins de la Convention de 2000 (à savoir une autorité judiciaire ou administrative). Alors que certains États peuvent habilitier une « autorité compétente » à délivrer le certificat visé à l'art. 38, d'autres peuvent désigner une autre autorité, expressément chargée d'établir et de délivrer le certificat.

²⁸ Voir, par comparaison, P. Lagarde, « Rapport explicatif relatif à la Convention HCCH Protection des enfants de 1996 », in *Actes et documents de la Dix-huitième session (1996)*, tome II, *Protection des enfants*, La Haye, SDU, 1998, para. 154 (disponible sur le site web de la HCCH à l'adresse www.hcch.net, sous les rubriques « Publications » et « Rapports explicatifs »).

²⁹ L'enregistrement d'un acte établissant des pouvoirs de représentation s'accompagnera probablement de la délivrance d'un document – reçu ou certificat – attestant l'enregistrement. Ce certificat est à distinguer du certificat visé à l'art. 38 de la Convention de 2000, qui atteste l'existence et l'étendue des pouvoirs d'un représentant qui ont été « confirmés » ; voir aussi Conseil de l'Europe, *Recommandation CM/Rec(2009)11 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité*, principe 8 « Certification, enregistrement et notification » et Exposé des motifs, para. 130 à 136.

³⁰ Rapport explicatif, para. 147.

- 30 Un certificat délivré pour un pouvoir de représentation confirmé a la même force probante et le même effet qu'un certificat délivré pour une mesure de protection³¹. Cependant, l'établissement et la délivrance d'un certificat en vertu de l'article 38 ne doivent pas être interprétés comme une mesure de protection au sens de l'article 3. Par conséquent, le certificat ne remplace pas le pouvoir de représentation confirmé par une mesure.
- 31 Il va sans dire que les pouvoirs de représentation qui n'ont pas été confirmés, et qui, par conséquent, ne bénéficient pas du certificat prévu à l'article 38, bénéficieront quand même de la circulation et d'un effet transfrontières en vertu de l'article 15. Cependant, le certificat facilitera grandement cette circulation et cet effet car il fournit à la personne qui agit en vertu des pouvoirs de représentation une sorte de « passeport » prouvant l'existence et l'étendue de ses pouvoirs³². L'efficacité et la fiabilité du certificat résultent des conditions à remplir pour qu'un pouvoir soit considéré comme « confirmé ». En l'absence de certificat, si un problème se pose quant à l'effet transfrontière des pouvoirs, la personne qui agit en vertu de ces pouvoirs devra prouver qu'elle représente valablement l'adulte dans les matières précisées dans les pouvoirs et elle devra peut-être saisir l'autorité compétente afin de résoudre le problème. Bien que cela puisse être coûteux et chronophage, les pouvoirs de représentation pourront tout de même circuler.
- 32 Si, dans l'intervalle entre la confirmation et la délivrance du certificat, un changement de situation a fait disparaître les motifs sur lesquels une autorité compétente a fondé sa compétence, le certificat peut quand même être délivré. La délivrance du certificat suivra toujours la *lex fori*³³.
- 33 Lorsque les circonstances entourant l'exercice des pouvoirs de représentation ont changé, un nouveau certificat peut être délivré ; il remplace alors l'ancien certificat devenu obsolète.

VII. Conclusions et Recommandations proposées par le Bureau Permanent, avec le concours du Groupe de travail

- 1 La Commission spéciale a souligné que l'usage du certificat visé à l'article 38 pourrait faciliter la circulation transfrontière des mesures de protection et des pouvoirs de représentation confirmés en renforçant la sécurité juridique et la prévisibilité.
- 2 Sachant que la Convention de 2000 ne prescrit pas de procédure de confirmation, la Commission spéciale a rappelé aux Parties contractantes que la confirmation des pouvoirs de représentation, en tant que condition de la délivrance du certificat, doit donner « toutes garanties de sérieux ».
- 3 La Commission spéciale a souligné que pour être confirmé et bénéficier du certificat visé à l'article 38, un pouvoir de représentation doit être en vigueur et conforme à la loi applicable.
- 4 La Commission spéciale a souligné que les autorités, administratives, judiciaires ou autres, qui sont chargées de la confirmation doivent être indépendantes et impartiales.
- 5 La Commission spéciale a vivement encouragé les Parties contractantes à prévoir, dans leur droit interne, une procédure de confirmation des pouvoirs de représentation et de délivrance des certificats visés à l'article 38 afin d'en faciliter la circulation et l'effet transfrontières.
- 6 La Commission spéciale a en outre vivement encouragé les Parties contractantes à désigner une autorité habilitée à établir et délivrer le certificat visé à l'article 38.

³¹ *Ibid.*, para. 144.

³² *Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique (1999) (op. cit. note 3)*, voir l'annexe I.

³³ Suivant le principe « *locus regit actum* ». Le droit interne indiquera également si cette délivrance peut intervenir d'office ou à la demande du représentant ou d'une personne intéressée. Le Profil d'État sera utile pour faire connaître les règles internes applicables à la délivrance du certificat.

- 7 La Commission spéciale a recommandé d'utiliser le modèle de certificat (art. 38) adopté par la Commission spéciale à caractère diplomatique de 1999.

ANNEXES

Annexe I

Extraits des Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique de septembre – octobre 1999 – Protection des adultes

Procès-verbal No 10, séance du 27 septembre 1999 (matin)

Page 294

Mr Chalke (Canada) stated that the proposal in this Working Document [Working Document No 77] was that of the Working Group on Certificates. The Working Group was proposing the amendment of article 36(1) to include the possibility that a State could issue a certificate in relation to a power of representation, the validity of which had been confirmed by an authority in the State. He pointed out that some legal systems provided for confirmation of the power of representation by an authority. This was the case in Quebec, for example, where the authority concerned was a judicial authority. In other legal systems there was a system of registration, whereby a registrar would validate a power of representation. It made sense, he stated, that article 36 should contemplate that an authority could issue a certificate similar to that issued in relation to a measure of protection. The Working Group had also considered the Swiss proposal regarding this article, which suggested that States of habitual residence should be able to issue certificates in relation to powers of attorney. However, the Working Group had considered that it should be clear that the certificate should be issued in the jurisdiction where the measure had been taken or where the power of representation had been confirmed.

...

M. Marques dos Santos (Portugal) ne distingue aucune opposition entre les propositions des Documents de travail Nos 77 et 59. Dans la mesure où les délégations à l'origine de ces deux documents de travail n'en voient pas davantage, il estime que toutes les propositions peuvent être acceptables.

Se référant à la notion de pouvoirs de représentation confirmés, il admet, qu'elle apparaît en tant que telle effectivement ici pour la première fois, mais qu'elle correspond à l'idée **de reconnaissance des pouvoirs**, bien que le mot ne soit pas utilisé. [gras ajouté]

The Chairman noted that, in relation to certificates, there remained Working Document No 76, proposed by the International Union of Latin Notaries.

Mr Meijer (UINL) stated that the certificate proposed in Working Document No 76 was designed to be as practical as possible. He considered that it was necessary for a person entrusted with the care of an adult **to have a 'passport' which would provide proof of his capacity and powers**. It was necessary to have a **single standard certificate**, so that in each State it would be clear what the content and details of the certificate should be. [gras ajouté]

...

Mrs Hodgson (United Kingdom) whilst acknowledging the need for a certificate in relation to measures of protection and to **powers of representation confirmed by a judicial authority, expressed concern regarding the issue of certificates where powers of representation were confirmed by an administrative authority, as proposed in Working Document No 77**. Powers of representation were legal instruments entered into by individuals. If an administrative authority summarized powers incorrectly and the incorrect summary was relied on by a third party to his detriment, it was unclear where liability would lie for any loss. [gras ajouté]

Mme Baur (France) [...] Il est exact que, dans certains cas, le pouvoir de représentation fait l'objet d'un simple enregistrement. Elle indique que la proposition vise **à limiter la délivrance du certificat aux pouvoirs véritablement vérifiés et confirmés. Aucun certificat ne peut être obtenu dans le cas d'un seul enregistrement**. [gras ajouté]

...

Mr Chalke (Canada) stated that the question of who was the competent authority depended on whether there was a national law permitting an authority to confirm the power of representation. In Quebec, for example, there was an existing law that ascribed this power to a judicial authority. In other States the authority might be administrative. The aim was not to place limits on who the authority might be. Mr Chalke noted that, as the United Kingdom delegation had pointed out, powers of representation were private legal instruments. **The proposal under Working Document No 77 was not that a certificate should be issued in every case where there was an instrument, but that certification should include an element of quality assurance.** [gras ajouté]

...

Mrs Jänlerä-Jareborg (Sweden) [...] The notion of 'quality control' as referred to by the Canadian Delegate was very important.

...

Mr Chalke (Canada) answered that the Working Group had discussed this question and **that it was unclear whether, under article 3, confirmation of the power of representation would be considered to be a measure of protection.** The aim of Working Document No 77 was to clarify matters by **imposing standards for the issue of certificates to confirm powers of representation.** [gras ajouté]

The Chairman said that it must be borne in mind that article 3 merely provided examples of particular measures of protection. He pointed out that **article 3 d'** referred to the designation and functions of the adult's representative. **It was arguable that a measure confirming validity was already within this provision.** [gras ajouté]

...

The Chairman observed that **it would be the act confirming the power of representation that would constitute a measure of protection.** [gras ajouté]

Annexe II

Extraits de P. Lagarde, *Rapport explicatif relatif à la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Édition revue et corrigée, La Haye, 2017*

Chapitre VI – Dispositions générales, article 38 (certificat international), page 88, para. 144

« La Commission a repris en l'élargissant la disposition de l'article 40 de la Convention Protection des enfants et a prévu la délivrance à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte d'un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés. La Commission n'a cependant pas voulu contraindre les États contractants qui ne le voudraient pas à délivrer un tel certificat, qui a donc un caractère facultatif.

L'utilité pour la pratique d'un tel certificat est certaine. Qu'il s'agisse de la personne de l'adulte et plus encore de ses biens, la pratique a besoin de sécurité. Un certificat ayant force probante dans tous les États contractants devrait permettre d'éviter frais et contestations. Ce certificat mentionne la qualité et les pouvoirs de la personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que cette personne a été désignée et ses pouvoirs conférés par une mesure de protection ou par l'adulte lui-même. Le cas échéant, le certificat pourra, de façon négative, indiquer les pouvoirs que cette personne ne possède pas. Par exemple il pourra mentionner que le représentant légal d'un adulte ayant sa résidence habituelle aux États-Unis n'a pas le pouvoir d'administrer les biens que cet adulte possède dans un État étranger. »

Page 89, para. 145

« À la différence de l'article 40 de la Convention Protection des enfants, l'article 38 prévoit que ce certificat pourra être délivré seulement par les autorités de l'État contractant où une mesure de protection a été prise ou un pouvoir de représentation confirmé. Les autorités de l'État de la résidence habituelle de l'adulte ne peuvent donc, à la différence de la solution retenue par la Convention Protection des enfants, délivrer ce certificat si elles n'ont pas pris de mesure de protection ou confirmé le mandat d'inaptitude. Ces autorités n'occupent pas la place centrale qu'elles ont dans la Convention Protection des enfants et la Commission n'a pas voulu multiplier les certificats ni les risques de contradiction entre eux. »

Page. 89, para. 146

« La notion de confirmation des pouvoirs doit donner toutes garanties de sérieux et se comprendre à la lumière des législations qui prévoient cette confirmation et la confient à une certaine autorité, judiciaire au Québec, administrative ailleurs. La première édition de ce rapport, qui se fondait sur la lettre du texte, énonce que la confirmation n'est pas une mesure de protection au sens de la Convention. Si tel était le cas, en effet, il n'y aurait nul besoin de la mentionner à côté des mesures de protection dans l'article 38. Toutefois, quelques délégations ont fait valoir depuis lors que cette analyse n'est pas celle qui, selon elles, résulterait de la discussion, difficile il est vrai. Selon cette opinion, la confirmation pourrait constituer une mesure de protection au sens de l'article 3 et elle ne pourrait être donnée que par l'autorité compétente selon la Convention. Une conséquence serait que, si l'adulte a, conformément à l'article 15, paragraphe 2, soumis le mandat qu'il a conféré à une loi autre que celle dont les autorités sont compétentes selon la Convention, le représentant risque d'être privé de la possibilité de faire confirmer ses pouvoirs, par exemple par l'autorité compétente de l'État dont la loi est applicable au mandat. »

Page 89, para. 147

« Selon le paragraphe 2 de l'article 38, « la qualité et les pouvoirs indiqués par le certificat sont tenus pour établis, à la date du certificat, sauf preuve contraire ». Il sera donc possible à tout intéressé de

contester l'exactitude des indications figurant au certificat, mais en l'absence de contestation, les tiers pourront en toute sécurité traiter avec la personne indiquée par le certificat et dans les limites des pouvoirs qui y sont mentionnés. La force probante se limite à la date d'établissement du certificat. Il ne peut garantir que les pouvoirs qui existaient alors resteront en vigueur dans le futur. Cette précision a dispensé d'attribuer à l'autorité ayant délivré le certificat compétence pour l'annuler, comme cela avait été proposé

Un Groupe de travail, présidé par Mme Baur, déléguée de la France, a préparé un modèle de certificat (Doc. trav. No 90), approuvé par la Commission. Ce certificat n'a pas été incorporé dans la Convention, afin de rendre plus aisées ses modifications ultérieures. Il a été décidé qu'il serait transmis aux États membres et que son usage serait recommandé aux États contractants par le Bureau Permanent. »

Annexe III

Extrait de P. Lagarde, *Rapport explicatif sur la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*

Chapitre VI – Dispositions générales, article 40 (certificat international), page 596, para. 154

« L'utilité pour la pratique d'un certificat international mentionnant le titulaire de l'autorité parentale et ses pouvoirs a été défendue par l'Union internationale du Notariat latin qui a invoqué le précédent de la *Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l'administration internationale des successions*. Qu'il s'agisse de la personne de l'enfant et plus encore de ses biens, la pratique a besoin de sécurité. Un certificat qui aurait force probante et serait reconnu dans tous les États contractants permettrait d'éviter frais et contestations. La Commission a accueilli cette idée, mais n'a pas voulu contraindre les États contractants qui ne le voudraient pas à délivrer un tel certificat (paragraphe 1). Le certificat prévu à l'article 40 a donc un caractère facultatif. L'État dont les autorités sont compétentes pour délivrer le certificat est celui de la résidence habituelle de l'enfant ou l'État d'origine d'une mesure de protection. Il appartient à chaque État qui accepte le principe du certificat de désigner les autorités qui seront habilitées à l'établir (paragraphe 3). **Ces autorités ne seront généralement pas celles qui ont pris la mesure. Ce pourra être une personne physique, par exemple un notaire, ou une institution.** » (...) [gras ajouté]

Extrait du *Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, 2014*

Chapitre 11, page 127, para. 11.31

« Les autorités de l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant ou de l'État contractant où une mesure de protection a été prise peuvent délivrer au titulaire de la responsabilité parentale ou à toute personne à qui est confiée la protection de la personne ou des biens de l'enfant, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés.

Il importe de noter les éléments suivants :

- Les États contractants ne sont pas obligés de fournir ces certificats. Il incombe donc à chaque État contractant de décider s'il souhaite le faire.
- Dans l'affirmative, l'État contractant en question doit désigner les autorités habilitées à établir ces certificats.
- L'État contractant compétent pour délivrer un certificat est l'État contractant de la résidence habituelle de l'enfant ou l'État contractant d'origine de la mesure de protection.
- Ce certificat doit normalement mentionner :
 - l'identité du titulaire de la responsabilité parentale,
 - si celle-ci résulte de la loi (applicable en vertu de l'art. 16) ou d'une mesure de protection prise par une autorité compétente selon le chapitre II de la Convention,
 - les pouvoirs du titulaire de la responsabilité parentale,

le cas échéant, il pourra, de façon négative, indiquer les pouvoirs que ce titulaire ne possède pas.

- La qualité et les pouvoirs indiqués par le certificat sont tenus pour établis, sauf preuve contraire. « Il sera donc possible à tout intéressé de contester l'exactitude des indications figurant au certificat, mais en l'absence de contestation, [les] tiers pourront en toute sécurité traiter avec la personne nommée dans le certificat, dans les limites des pouvoirs qui y sont mentionnés. » »

Annexe IV

Extraits de doctrine

Extraits de S. Pfeiff et T. Kruger, « Le mandat extrajudiciaire dans un contexte transfrontière ; Individu, Famille, État : réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine », vol. I (sous la dir. de N. Dandoy, J. Sosson, F. Tainmont, G. Willems), *Les cahiers du CeFAP*, Larcier, 2022, p.163

Page 179, para. 18

Plus délicate est la question du sort réservée aux mandats confirmés par une autorité ou un tribunal d'un État contractant. Celui-ci pourrait-il alors être qualifié de mesure et par conséquent bénéficiaire de la méthode de la reconnaissance réservée aux « mesures prises par mes autorités d'un État contractant » ? Il nous semble qu'il faudra avoir égard au rôle activement joué par la juridiction étrangère

Extrait de S. Pfeiff et T. Kruger, *De buitengerechtelijke lastgeving in internationale context*, *Tijdschrift voor familierecht*, 2020/10

Page 289, para. 48

Een heikel punt is het lot van een lastgeving die bevestigd is door een autoriteit of rechtbank van een verdragsluitende Staat. Als een dergelijke volmacht de status van een beschermingsmaatgel krijgt, dan rijst de vraag of het erkenningsregime van het Volwassenenverdrag van Den Haag geldt. Dit is niet helemaal duidelijk. Het antwoord hangt wellicht mee af van de rol van de buitenlandse autoriteit of rechtbank. Ging het om eren loutere bevestiging, dan lijkt het moeilijk te argumenteren dat er een beschermingsmaatregel is. Hebben ze een echter grondige controle uitgevoerd van de volmacht, dan komen we in een grijze zone tussen contract en maatregel.

Extraits de S. Pfeiff, JL Van Boxtael, J. Sauvage,, *La protection de l'adulte vulnérable et de son patrimoine en droit international privé ; La protection extrajudiciaire et judiciaire des adultes vulnérables, des réformes aux bonnes pratiques, actes du XVI^e colloque de l'Association Famille & Droit*, Louvain-la-Neuve, 18 novembre 2021, Larcier, 2021, p. 699

Page 734, para. 38

Ajout : si l'autorité qui a confirmé le mandat n'a pas exercé un rôle actif de vérification de son bien-fondé mais uniquement un rôle formel, le mandat, même confirmé par une autorité, ne pourra pas bénéficier des mécanismes prévus au chapitre IV. (...) cela ne veut pas dire que le mandat ne pourra pas être reconnu, mais simplement que la méthode d'accueil sera différente.

Extraits de W. Boente et N. Tschumu, « L'auto-organisation de la personne par le mandat pour cause d'inaptitude. Réflexions sous l'angle du droit suisse, Individu, Famille, État : réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine », vol. I (sous la dir. de N. Dandoy, J. Sosson, F. Tainmont, G. Willems), *Les cahiers du CeFAP*, Larcier, 2022, p. 83

Page 92

Pour entrer en vigueur, le mandat en droit suisse doit passer par une procédure de validation par l'État (art. 363CC): l'autorité vérifie si le mandat est constitué valablement, si les conditions de mise en œuvre sont remplies si le mandataire est apte à le remplir, si elle doit prendre d'autres mesures de protection de l'adulte. Ensuite, il est soumis au mandataire. S'il l'accepte on lui remet un document qui fait état de ses compétences.

Extraits de A. Ruck Keene, « Hague 35: Private Mandates and other anticipatory measures », dans R. Frimston, A. Ruck Keene, C. Van Overdijk et A. Ward, *The International Protection of Adults*, Oxford University Press, 2015

Page 156, para. 9.12

It is further important to note that it is suggested that, although in many states it is necessary that a private mandate is the subject of some form of confirmation process (whether judicial or administrative) before it can be relied upon by a representative and those with whom they deal, that confirmation process does not itself constitute the taking of a protective measure by a contracting state for purpose of Hague 35. In other words, it is suggested that the fact that – for instance – a private mandate has been registered with the relevant official body in the contracting state in which it was granted does not therefor transform that mandate into a protective measure for the purpose of Hague 35.

Page 164, para. 9.36

It would appear from the wording of Article 38 that a certificate could not be granted in the case of a Private Mandate which did not require confirmation by the competent authorities before it became operable, because Article 38 only envisages the grant of certificates by the authorities of the Contracting State where the power has been confirmed. This may represent a lacuna in Hague 35, perhaps stemming from the fact that the Special Commission did not appear to have squarely before it consideration for mandates other than those which require “confirmation” by a state authority before they can be operable. It should be noted, however, that a representative under such a mandate would not – within a Contracting State – be able to rely upon proof of registration of that mandate to establish his authority in his dealings with individuals and institutions, so it could properly be said that the fact that they cannot seek to obtain the equivalent by way of an article 38 certificate to deal with individuals and institutions in other Contracting States does not in fact place them at any relative disadvantage. An authority (whether administrative or judicial) in the Contracting State in which the mandate is being exercised would also be directed by article 15 (1) back – in the first instance – to the relevant legal provisions of the state in which the mandate was granted, which would enable the determination of the existence and extent of the powers under which the representative operated by reference to those provisions.

Extraits de E. Clive, « The New Hague Convention on the Protection of Adults », *Yearbook of Private International law*, n° 2 (2000)1 – 23

Page 22

E. Mandates with a View to Incapacity

Mandates with a view to incapacity, or enduring powers of attorney, have proved to be popular in those countries which have legislated on them. They give the adult some control over what will happen in the event of supervening incapacity. They can save money on costly procedures. Provided there is adequate public control they need involve no more danger than the appointment of a representative by a judicial or administrative authority. The delegations from the United States of America and Canada were anxious to ensure that the benefits of enduring powers of attorney could be enjoyed across international borders." They therefore argued for a liberal choice of law regime, with maximum autonomy for the adult and maximum respect for the law governing the powers conferred. Some delegations from countries whose legislation does not, or does not yet, provide for mandates with a view to incapacity had reservations about the possibility of a liberal choice of law regime. **There were several fears. One was that if adults could opt too easily for the application of a country's laws, that country might in practice be forced to apply or even introduce protective laws even if it had no real connection with the adult.**" Another was that, **if modification or extinction of the representative's powers were governed by the law of, say, a former habitual residence, the authorities of the current habitual residence might experience difficulties in taking necessary measures of protection.** Another was that the powers conferred might enable the representative to take decisions of a kind which would be unacceptable in the country obliged to give effect to them."

There was a certain underlying tension between these two points of view, both reasonable in themselves, at various points in the debates but the difficulties were eventually resolved. **The solution contained several ingredients.** First, the adult's freedom to choose a governing law was confined to the law of a State with which he or she had a strong connection." Secondly, it was recognised that the authorities of the current habitual residence could take measures of protection, and apply their own laws in doing so, even if there was a representative operating under a mandate governed by a foreign law," provided that

they would withdraw or modify the powers of the privately appointed representative only where those powers were not exercised in a manner sufficient to guarantee the protection of the adult and that they would take into account the law governing those powers to the extent possible." Thirdly, it was provided that the normally applicable law would not prevent the application of provisions of a mandatory nature in the State where the adult was to be protected." And finally it was made clear that the application of the normally applicable law could be refused if this application would be manifestly contrary to public policy, a provision which, although now almost routine, is particularly well calculated to deal with the most controversial types of decision in the medical field. [gras ajouté]

Extraits de P. Franzina, « The protection of Adults », dans *A Guide to Global Private International Law*, ed. P. Beaumont et J. Holliday, Hart 2022, p. 559-560 (553)

Pages 559-560

The one-stop shop approach followed by the Convention also improves the effectiveness of the protection in another way. Cases exist where various concerns arise and need to be accommodated. They call for balanced answers. A fair balance, however, cannot always be struck on the basis of the rules on jurisdiction alone, or the rules on the applicable law alone. Sensible answers may rather be provided through the combined operation of the two sets of rules.

The Convention's provisions on private mandates are particularly illustrative. Pursuant to Article 15(1), mandates are governed, in principle, by the law of the State of the adult's habitual residence at the time the mandate was entered into. This implies that the powers granted under a mandate made in accordance with the latter law may in principle be relied upon in any other Contracting State.

Occasionally, however, the spatial continuity thus achieved can raise concerns. What if the powers conferred are not exercised in conformity with the fundamental rights of the granter? Where a similar concern is raised, the adult themselves, or anyone else interested, should be able to apply for the necessary court orders or directions. But the courts of which State should have jurisdiction to give such directions? If the Convention were only concerned with applicable law, the answer would be left with the domestic rules of the individual Contracting States. Positive and negative conflicts of jurisdiction would likely ensue, which would defeat the benefits of the unification of applicable law rules. The Convention avoids this risk by laying down rules of direct jurisdiction. Article 16 of the Convention provides that the powers conferred under a private mandate may be withdrawn or modified through judicial or administrative measures 'taken by an authority *having jurisdiction under the Convention*' (italiques ajoutées). This ultimately mitigates the risk of negative and positive conflicts of jurisdiction.

An additional issue, however, may arise in a scenario like the one described, ie, based on which law should the competent court decide whether to modify or withdraw the powers conferred under a mandate.

Article 13(1) of the Convention stipulates that, in exercising their jurisdiction under the Convention, the authorities of a Contracting State generally apply their own law. The problem is that, if the *lex fori* were to apply in all and any circumstances, Article 15(1), which provides for the application of the law of the adult's habitual residence at the time of the mandate, would lose much of its practical effect. In fact, the court with jurisdiction to supervise the attorney's conduct might well sit in a State other than the State where the adult had his or her habitual residence when the mandate was originally entered into. Thus, powers granted under the law of country X could be withdrawn or modified in accordance with the law of country Y. This is something the granter could hardly foresee, and – worse – something the granter will often be unable to redress in person (for, when the problem arises, the adult will most probably be unable to correct, adapt or clarify the power of attorney).

The opposite solution, i.e., the systematic application of the law specified in Article 15, may not lead to sensible results, either. The supervising court might in fact have to apply a foreign law, which could make supervision difficult to carry out and time-consuming. Article 16 of the Convention **helps strike a balance between the above concerns** by providing that, where powers of representation are withdrawn or modified, 'the law referred to in Article 15 should be taken into consideration to the extent possible'.

All in all, the combined harmonisation of rules on jurisdiction and on applicable law allows the supervision of a private mandate to be done in a manner which ensures a high degree of predictability, the efficiency of the concerned courts' action and a rapid response to the needs of the adult concerned. [gras ajouté]

Extraits de Conseil de l'Europe, *Recommandation CM/Rec(2009)11 sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité*

Principe 8 « Certification, enregistrement et notification », page 10

Les États devraient envisager l'introduction de systèmes de certification, d'enregistrement et/ou de notification au moment de l'établissement de la procuration permanente, de sa révocation, de son entrée en vigueur ou de son arrivée à terme.

Exposé des motifs, pages 46-47, paras 130-137

130. Le principe 8 énumère trois systèmes différents de certification, d'enregistrement et de notification que les États devraient envisager d'introduire. Ces systèmes s'appliquent à des situations différentes, car elles peuvent se référer à la date de l'établissement de la procuration ou à celle de son entrée en vigueur. Leurs objectifs peuvent être variables. Elles peuvent constituer des solutions alternatives ou se compléter entre elles. Là encore, il faut trouver le juste équilibre entre l'autodétermination du mandant et la nécessité d'un certain degré d'implication des autorités publiques.

131. La certification peut être requise ou mise en place à n'importe quel moment et viser différents objectifs.

132. La certification visant différents objectifs peut être faite par une autorité publique. Ce certificat peut être délivré dans le cadre d'une procédure d'enregistrement liée à l'établissement de la procuration, telle qu'elle est décrite ci-après, et est alors considéré comme un certificat d'enregistrement, mais ce pourrait aussi être indépendant d'une telle procédure.

133. Comme il a été déjà indiqué ci-dessus au point 1.3, les États qui ont ratifié la Convention de La Haye de 2000 peuvent, en vertu de l'article 38, délivrer à toute personne chargée de la protection d'une personne adulte et de ses biens, à sa demande, un certificat indiquant sa qualité et les pouvoirs qui lui sont conférés. Il est recommandé d'utiliser un formulaire type. La validité de la procuration est garantie en vertu du formulaire.

134. Une autre possibilité est d'établir le certificat lors de l'entrée en vigueur de la procuration permanente, pour confirmer que le mandant est désormais atteint d'incapacité, et que les autres procédures possibles, mentionnées au principe 7, paragraphe 1, ont été dûment respectées. L'objectif peut être alors de fournir au mandataire un certificat indiquant qu'il(elle) a le pouvoir d'agir pour le compte du mandant.

135. En ce qui concerne les procurations permanentes qui restent ou entrent en vigueur, le certificat peut être envoyé au mandataire ou, s'il est combiné avec une procédure d'enregistrement, à toute personne qui a demandé l'enregistrement. Il peut être exigé que ce certificat, éventuellement annexé à une copie authentique du document, soit soumis à des tiers (par exemple des banques auprès desquelles le mandant a des comptes ou des dépôts) afin de prouver que le mandataire a bien été désigné et qu'il(elle) a le pouvoir d'effectuer certaines transactions pour le compte du mandant.

Annexe V

Extraits du [Questionnaire sur le fonctionnement pratique de la Convention HCCH de 2000 sur la protection des adultes \(Doc. préI No 2 de septembre 2020\)](#)

Les questions suivantes ont été posées aux États :

Confirmation des pouvoirs de représentation

6.37. Une autorité compétente de votre État peut-elle confirmer les pouvoirs de représentation ?

- Non
- Oui, veuillez indiquer quelle autorité peut confirmer et expliquez l'effet de la confirmation ou de la non-confirmation de ces pouvoirs de représentation :

6.38. En cas de réponse positive à la question 6.37, la confirmation peut-elle avoir lieu si ces pouvoirs de représentation sont régis par le droit interne de votre État ou par le droit d'un autre État ?

- Non, veuillez expliquer :
- Oui, veuillez indiquer quelle autorité peut confirmer et expliquez l'effet de la confirmation ou de la non-confirmation de ces pouvoirs de représentation :

6.39. En cas de réponse positive à la question 6.37, la confirmation peut-elle avoir lieu si les pouvoirs de représentation sont entrés en vigueur ou non ?

- Oui
- Non, veuillez expliquer :

6.40. Vos réponses aux questions 6.37 à 6.39 diffèrent-elles selon que ces pouvoirs de représentation sont soumis à une condition de forme (par ex. s'ils sont notariés, certifiés, attestés) ou non ?

- Non
- Oui, veuillez expliquer :

Pour consulter les réponses aux questions ci-dessus, veuillez cliquer [ici](#).