

<b>Titre</b>	<b>Boîte à outils sur la loi applicable à l'existence, à l'étendue, à la modification, au retrait et à l'extinction des pouvoirs de représentation</b>
<b>Document</b>	<b>Doc. préél. No 10 d'octobre 2022</b>
<b>Auteur</b>	BP
<b>Point de l'ordre du jour</b>	Point à ajouter
<b>Mandat(s)</b>	C&R No 34 du CAGP de 2019 ; C&D No 31 du CAGP de 2020 ; C&D No 26 du CAGP de 2021 ; C&D No 24 du CAGP de 2022
<b>Objectif</b>	Donner des informations pratiques aux personnes qui ont affaire à des pouvoirs de représentation étrangers ou sont appelées à en exercer, notamment les juges, qui peuvent avoir besoin d'informations générales sur le droit étranger.
<b>Mesures à prendre</b>	Pour action <input type="checkbox"/> Pour approbation <input type="checkbox"/> Pour décision <input type="checkbox"/> Pour information <input checked="" type="checkbox"/>
<b>Annexes</b>	
<b>Documents connexes</b>	<a href="#">Rapport explicatif sur la Convention de 2000</a> Projet de Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000

## Table des matières

I.	Introduction.....	1
II.	Existence de pouvoirs de représentation.....	2
A.	Définitions .....	3
1.	Pouvoirs de représentation .....	3
2.	Accord ou acte unilatéral.....	4
3.	Relation entre les mandats généraux (par ex. les procurations) et les pouvoirs de représentation dans le contexte de la Convention de 2000 .....	4
4.	Instructions données et souhaits émis par l'adulte.....	5
B.	Personne conférant les pouvoirs de représentation.....	5
1.	La capacité de l'adulte au moment où il confère les pouvoirs de représentation comme condition de validité.....	5
C.	Exigences de forme et objectifs de ces exigences.....	6
1.	Acte notarié .....	7
2.	Le pouvoir de représentation en tant qu'acte certifié ou passé devant témoin.....	7
3.	Autres exigences de forme.....	8
4.	L'enregistrement comme exigence de forme.....	8
5.	Accord sans exigence de forme .....	8
D.	Choix du représentant .....	8
1.	Caractéristiques du représentant.....	8
2.	Exclusions ou priorités spécifiques (protections) .....	9
3.	Représentants multiples.....	10
E.	Enregistrement des pouvoirs de représentation .....	10
1.	Registre public ou privé ou dépôt auprès d'une autorité compétente.....	10
2.	Enregistrement obligatoire ou facultatif.....	10
3.	Enregistrement avant ou après l'altération des facultés personnelles de l'adulte ..	11
4.	Niveau de précision des informations à consigner dans le registre .....	11
5.	Effet juridique de l'enregistrement : l'enregistrement comme condition de validité ou l'enregistrement impliquant un contrôle formel de validité.....	11
6.	Notifications à effectuer par le greffe, délivrance d'un certificat d'enregistrement.	11
7.	Enregistrement de l'évolution des pouvoirs de représentation : prise d'effet, modification, extinction.....	12
8.	Enregistrement des instructions données et des souhaits émis par un adulte .....	12
9.	Protection des données : droit d'accès et durée de conservation des données .....	13
10.	Possibilité de consultation par des acteurs étrangers .....	13
11.	Enregistrement de pouvoirs de représentation régis par la loi d'un autre État.....	13
F.	Prise d'effet des pouvoirs de représentation .....	13

1.	Prise d'effet sans intervention d'une autorité compétente.....	13
2.	Prise d'effet des pouvoirs de représentation déterminée par l'autorité compétente .....	14
3.	Prise d'effet immédiate des pouvoirs de représentation .....	14
4.	Évaluation de la capacité.....	15
5.	Effet juridique de l'enregistrement : l'enregistrement comme condition de la prise d'effet des pouvoirs de représentation .....	15
6.	Incidences de la prise d'effet des pouvoirs sur la capacité juridique de l'adulte.....	15
G.	Délivrance d'un certificat pour les pouvoirs de représentation confirmés (art. 38) .....	16
1.	Confirmation des pouvoirs de représentation .....	16
2.	À la demande de la personne à laquelle est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte ou d'office par l'autorité compétente .....	16
3.	Délivrance d'un certificat (art. 38) ou de toute autre forme de preuve .....	17
4.	Confirmation de pouvoirs de représentation régis par la loi d'un autre État.....	17
H.	Mécanismes de supervision ou de contrôle des pouvoirs de représentation .....	17
1.	Supervision prévue par la loi ou par les pouvoirs de représentation eux-mêmes.....	17
2.	Priorité donnée aux pouvoirs de représentation sur les mesures de protection.....	18
3.	Conséquences de l'application des exigences de forme .....	18
4.	Intervention possible d'une autorité compétente .....	18
5.	Obligation de rapport du représentant.....	19
6.	Supervision d'office, continue ou sur demande .....	20
7.	Régulation des conflits d'intérêts.....	20
III.	Étendue des pouvoirs de représentation .....	20
1.	Limites légales des pouvoirs de représentation généraux.....	20
2.	Limites légales des pouvoirs spécifiques de représentation .....	22
3.	Actes nécessitant l'autorisation spécifique d'une autorité compétente prévue par la loi ou par les pouvoirs de représentation .....	22
4.	Actes nécessitant une consultation, prévus par les pouvoirs de représentation .....	23
5.	Actes ou catégories d'actes exclus par la loi .....	23
6.	Cas particulier : prise de décision assistée, codécision et dispositions analogues ..	24
7.	Différences entre l'étendue des pouvoirs de représentation conférés par l'adulte lui-même et celle des pouvoirs de représentation conférés par une autorité compétente .....	25
8.	Instructions données et souhaits émis par l'adulte .....	25
9.	Les instructions données ou les souhaits émis par l'adulte sont-ils juridiquement contraignants ? .....	27
IV.	Modification des pouvoirs de représentation .....	28
1.	Qui peut modifier les pouvoirs de représentation et à quel moment ? .....	29

2.	Quelles dispositions peuvent être modifiées ? .....	29
3.	Exigences de forme et protections associées, enregistrement compris .....	31
4.	L'enregistrement de la modification des pouvoirs de représentation en tant qu'exigence de publicité .....	31
V.	Extinction (art. 15) et retrait (art. 16) des pouvoirs de représentation .....	31
1.	Possibles conditions d'extinction du fait de circonstances concernant l'adulte ou le représentant ou de l'intervention d'une autorité compétente.....	31
2.	Extinction automatique ou sur décision d'une autorité compétente .....	33
3.	Conséquences de l'application des exigences de forme aux pouvoirs de représentation.....	33
4.	Après le décès de l'adulte.....	33
5.	Enregistrement de l'extinction des pouvoirs de représentation.....	34
6.	Conséquences pour les tiers de l'extinction ou du retrait des pouvoirs de représentation.....	34
	Annexe I .....	i

# Boîte à outils sur la loi applicable à l'existence, à l'étendue, à la modification, au retrait et à l'extinction des pouvoirs de représentation

## I. Introduction

- 1 Le but de cette Boîte à outils est de donner des informations pratiques aux personnes qui ont affaire à des pouvoirs de représentation étrangers ou aux professionnels qui sont appelés à exercer, exécuter ou donner effet à des pouvoirs de représentation, en particulier aux juges, aux notaires de droit civil et aux notaires publics, qui peuvent avoir besoin d'informations générales sur le droit étranger<sup>1</sup>. Bien qu'elle ne prétende pas être exhaustive, les lecteurs peuvent s'y référer pour obtenir des informations d'ordre général lorsqu'ils examinent si des pouvoirs de représentation établis à l'étranger peuvent produire des effets dans leur système de droit. Les pouvoirs de représentation étant très différents d'un État à l'autre, des informations générales sont données sur quelques types de pouvoirs de représentation existants et leurs différentes formes. Des exemples<sup>2</sup> sont également proposés concernant les modalités de prise d'effet des pouvoirs de représentation, leur réglementation ainsi que leur modification ou leur extinction. En prévoyant des dispositions relatives aux pouvoirs de représentation dans leur droit interne, les Parties contractantes peuvent faciliter leur mise en place et le fonctionnement de la *Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes* (ci-après, la « Convention de 2000 »).
- 2 Cette Boîte à outils ne prétend pas établir de modèles ou de meilleures pratiques ni comparer de manière catégorique la diversité des solutions juridiques internes en matière de pouvoirs de représentation, qui évoluent constamment. Les Profils des États orienteront les autorités compétentes vers les dispositions applicables de la législation d'une autre Partie contractante.
- 3 L'objectif de cette Boîte à outils est plutôt de donner des informations générales aux autorités compétentes et aux parties intéressées en proposant des exemples sur le fonctionnement des pouvoirs de représentation dans certains systèmes juridiques, afin de faciliter la mise en œuvre des règles de la Convention de 2000 en la matière. Sont en particulier abordées les règles de conflit de lois en vertu des articles 15 et 16 de la Convention, qui soumettent l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation au droit interne applicable<sup>3</sup>. Hormis ces questions, l'objectif est aussi d'aider à distinguer les aspects susceptibles d'être régis par un droit étranger a) des « modalités d'exercice » régies par la loi de l'État où ces pouvoirs sont exercés (art. 15(3)) et b) des aspects susceptibles d'être régis par des dispositions obligatoires de cet État (art. 20).
- 4 Les lecteurs qui ont affaire à des pouvoirs de représentation confirmés et accompagnés du certificat prévu à l'article 38 de la Convention de 2000 n'auront pas forcément besoin de consulter les deux premiers chapitres de cette Boîte à outils consacrés à l'existence et à l'étendue des

---

<sup>1</sup> Aux termes de l'art. 15, ce droit étranger pourrait être la loi de la résidence habituelle de l'adulte (art. 15(1)), la loi d'un État dont l'adulte possède la nationalité (art. 15(2)(a)), la loi de l'État d'une précédente résidence habituelle de l'adulte (art. 15(2)(b)) ou la loi d'un État dans lequel sont situés des biens de l'adulte pour les questions relatives aux pouvoirs de représentation ayant trait à ces biens (art. 5(2)(c)).

<sup>2</sup> Lors de la rédaction de cette Boîte à outils, le droit interne et les réponses des États suivants au « Questionnaire sur le fonctionnement pratique de la Convention HCCH Protection des adultes de 2000 », Doc. pré-l. No 2 de septembre 2020 à l'attention de la Première réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Protection des adultes de 2000 (disponible sur le site web de la HCCH, à l'adresse [www.hcch.net](http://www.hcch.net), sous les rubriques « Espace Protection des adultes » et « Première réunion de la Commission spéciale »), ont été consultés : l'Allemagne, l'Argentine, l'Autriche, la Belgique, le Brésil, le Canada - Colombie britannique, le Canada - Québec, Chypre, la Croatie, l'Estonie, la Finlande, la France, la Hongrie, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, le Mexique, les Pays-Bas, le Portugal, la République tchèque, le Royaume-Uni - Angleterre et pays de Galles, le Royaume-Uni - Écosse, la Slovaquie, la Suède, la Suisse.

<sup>3</sup> Voir, *supra*, note 1.

pouvoirs de représentation, car le certificat couvrira ces deux aspects dans une certaine mesure<sup>4</sup>. Il leur sera peut-être plus utile de se reporter directement aux deux derniers chapitres, qui abordent la modification et l'extinction ou le retrait des pouvoirs.

- 5 Les lecteurs qui ont affaire à des pouvoirs de représentation non accompagnés du certificat prévu à l'article 38 devront examiner les réglementations et formalités divergentes qui peuvent être applicables afin de s'assurer que les pouvoirs de représentation étrangers produisent des effets. Pour qu'un pouvoir de représentation produise des effets en situation transfrontière, il sera peut-être nécessaire, compte tenu de la considérable diversité des droits internes régissant ces pouvoirs, d'appliquer un « double filtre » constitué, d'une part, des exigences de l'article 15(1) de la Convention de 2000 et, d'autre part, des effets de l'article 15(3). Ainsi, par exemple, le texte d'un acte conférant des pouvoirs de représentation dans l'État d'accueil pourrait indiquer que le représentant a un pouvoir autorisé dans cet État. Cependant, si la loi de l'État d'origine exclut ce pouvoir (soit qu'il est interdit, soit qu'il n'a pas rempli certaines exigences de forme), le représentant ne pourra pas l'exercer dans l'État d'accueil. D'autres exemples de ce type de situations sont donnés dans les deux premiers chapitres de cette Boîte à outils, qui sont consacrés à l'existence et à l'étendue des pouvoirs de représentation.
- 6 Notons également que le lecteur n'a pas besoin de se reporter à cette Boîte à outils pour les questions relatives à la représentation *ex lege*. En effet, ce sujet est traité au chapitre 3 du Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000<sup>5</sup>.

## II. Existence de pouvoirs de représentation

- 7 Lorsqu'une autorité ou un acteur qui intervient dans les intérêts d'une personne (par ex. en ce qui concerne ses besoins personnels ou ses besoins en matière médicale ou de santé) ou dans ses biens doit vérifier, dans le cadre de l'article 15 de la Convention de 2000, l'existence d'un pouvoir de représentation invoqué par un représentant en vertu d'un droit étranger, les aspects suivants doivent être examinés :
- A. La définition des pouvoirs de représentation, pour comprendre si le cas présenté relève bien de l'article 15 ;
  - B. La capacité de l'adulte à différents stades de sa vie ;
  - C. La validité formelle du document établissant les pouvoirs de représentation (c.-à-d. les exigences de la loi applicable) ainsi que la force probante des pouvoirs, en fonction de leur forme ;
  - D. La désignation d'un représentant et les conditions, limites ou exclusions associées éventuellement prévues par la loi applicable ;
  - E. Le cas échéant, l'obligation d'enregistrer les pouvoirs de représentation imposée par la loi applicable (conditionnant leur validité ou leur prise d'effet) ;

---

<sup>4</sup> Pour qu'un certificat en vertu de l'art. 8 soit délivré, les pouvoirs de représentation doivent être confirmés par une autorité compétente. Voir, *infra*, partie A, section 5, et partie G. Voir aussi « Projet révisé de Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention Protection des adultes de 2000 », Doc. pré-l. No 4 de juillet 2022 (première version révisée) à l'attention de la Première réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Protection des adultes de 2000 (voir chemin indiqué en note 2) (ci-après, le « Manuel pratique »), **chapitres 3 et 10**, et « Confirmation des pouvoirs de représentation aux fins du certificat délivré en vertu de l'article 38 », Doc. pré-l. No 11 d'octobre 2022 à l'attention de la Première réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Protection des adultes de 2000 (voir chemin indiqué en note 2).

<sup>5</sup> Voir le Manuel pratique, **chapitre 3**, para. 3.55. Voir aussi « Application de la Convention Protection des adultes de 2000 à la représentation *ex lege* », Doc. pré-l. No 5 de mars 2022 à l'attention de la Première réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Protection des adultes de 2000 (voir chemin indiqué en note 2).

- F. Les modalités de prise d'effet des pouvoirs de représentation et la réglementation encadrant la prise d'effet, conformément à la loi applicable ;
- G. La confirmation des pouvoirs de représentation par une autorité compétente et la délivrance d'un certificat en vertu de l'article 38 de la Convention ;
- H. Le respect des mécanismes de contrôle et de supervision prévus par les pouvoirs de représentation ou par la loi applicable.

## A. Définitions

### 1. Pouvoirs de représentation

- 8 Les pouvoirs de représentation sont des mesures volontaires exprimant la volonté, les préférences, les instructions et les souhaits de l'adulte. Ce sont des actes (actes unilatéraux ou accords) qui permettent à l'adulte<sup>6</sup> 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 pourra pas pourvoir à ses intérêts. Ces actes peuvent contenir des instructions ou des préférences concernant les modalités de l'aide ou des soins apportés à l'adulte et la gestion de ses biens au cas où ses facultés personnelles seraient altérées au point qu'il soit totalement ou partiellement incapable de pourvoir à ses intérêts sans assistance ou sans autre mesure. Cette altération et, par extension, ces pouvoirs de représentation, peuvent être permanents ou temporaires. [Dans l'esprit de la CNUDPH<sup>7</sup>, les actes unilatéraux exprimant des souhaits et donnant des instructions<sup>8</sup> relèvent eux aussi du champ d'application de la Convention de 2000<sup>9</sup>.]
- 9 En fonction des droits internes qui prévoient ce type de mesures volontaires, les pouvoirs de représentation peuvent prendre de multiples formes et diverses appellations, parmi lesquelles :
- acts of self-protection,
  - advance arrangements, advance directives, advance statements, advance healthcare decisions, advance directions in the health field,
  - (continuing) (lasting) powers of attorney,
  - directives anticipées,
  - disposizioni anticipate di trattamento,
  - documento de Voluntades Anticipada,
  - edunvalvontavaltuutukset,
  - enduring powers of attorney,
  - framtidsfullmakter,
  - intressebevakningsfullmakter,

---

<sup>6</sup> Le plus souvent, la personne qui confère les pouvoirs de représentation est l'adulte lui-même, mais ce n'est pas toujours le cas (voir partie B, section 2).

<sup>7</sup> CNUDPH, voir le point n) du Préambule et l'art. 3(a).

<sup>8</sup> [Recommandation CM/Rec\(2009\)11 du Comité des Ministres aux États membres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité](#) (adoptée par le Comité des Ministres le 9 décembre 2009 lors de la 1073<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres), Annexe à la Recommandation CM/Rec(2009)11, principe 2(3). Voir aussi, *infra*, partie A, sections 2 et 4.

<sup>9</sup> Voir « Instructions données et souhaits émis par l'adulte dans le champ d'application de la Convention Protection des adultes de 2000 », Doc. pré. No 6 de septembre 2022 (version révisée) à l'attention de la Première réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Protection des adultes de 2000 (voir chemin indiqué en note 2).

- joint accounts (s'ils sont utilisables par tout signataire lorsque l'autre perd sa capacité),
- levenstestament (« testament pour la vie »),
- living wills,
- mandat de protection future,
- mandat extrajudiciaire,
- mandat pour cause d'inaptitude,
- mandato com vista a futuro acompanhamento,
- nākotnes pilnvarojums,
- Patientenverfügung,
- patient decrees,
- powers of family members and carers,
- powers of attorney,
- private mandate,
- poder preventivo,
- procuração para cuidados de saúde,
- representation agreement,
- self-established guardianship,
- springing powers of attorney,
- testamento vital,
- Vorsorgevollmacht,
- Vorsorgeauftrag,
- welfare powers,
- zorgvolmacht.

## 2. Accord ou acte unilatéral

- 10 En fonction du droit interne, l'acte qui établit les pouvoirs de représentation peut être :
- un acte entièrement unilatéral revêtu de la seule signature de l'adulte, ou
  - un contrat ou acte bilatéral
    - ⇒ qui constate un accord exprès entre l'adulte et le représentant, ou
    - ⇒ dans lequel l'accord du représentant est tacite<sup>10</sup> et peut intervenir au moment de la prise d'effet des pouvoirs.

## 3. Relation entre les mandats généraux (par ex. les procurations) et les pouvoirs de représentation dans le contexte de la Convention de 2000

- 11 Dans certains systèmes juridiques, les pouvoirs de représentation peuvent être conférés conformément à la loi applicable aux mandats généraux (par ex. des procurations) et peuvent rester en vigueur lorsque la capacité de l'adulte se trouve altérée sans autres exigences

---

<sup>10</sup> Soulignons que dans ce contexte, l'accord du représentant se déduit du fait qu'il assume la fonction de représentant et de l'exercice factuel des pouvoirs de représentation.

particulières. Il faut souligner que ces pouvoirs de représentation n'entreront dans le champ d'application de la Convention de 2000 qu'à partir du moment où l'adulte concerné sera en situation d'incapacité<sup>11</sup>.

- 12 Pour qu'un mandat général (par ex. une procuration) continue à produire ses effets après l'altération ou l'insuffisance des facultés personnelles de l'adulte, la loi peut exiger qu'une clause expresse soit insérée dans l'acte, déclarant que les pouvoirs de représentation doivent poursuivre leurs effets après l'altération des facultés de l'adulte. Lorsque survient l'altération, le mandat général (par ex. la procuration) devient un pouvoir de représentation aux fins des articles 15 et 16. Sinon, un acte peut être établi expressément pour prendre effet uniquement en cas d'altération des facultés personnelles de l'adulte.
- 13 L'adulte pose ainsi un acte de volonté anticipée, destiné à être respecté et exécuté le jour où il sera incapable d'exercer pleinement son autonomie concernant un ou plusieurs aspects particuliers. Contrairement aux mandats généraux (par ex. les procurations), ces situations demandent des garanties qui protègent l'adulte tout en respectant son autonomie au moyen d'une supervision extérieure, institutionnelle ou contractuelle, de l'exercice du mandat (voir partie H). Dans certains États, les pouvoirs de représentation ne peuvent être exercés que dans le laps de temps où les facultés personnelles d'un adulte sont altérées. D'autres États peuvent exiger la preuve que les facultés personnelles de l'adulte ont été altérées au point de nécessiter la prise d'effet des pouvoirs de représentation.
- 14 Dans ce contexte, il peut être important que les notaires et autres praticiens du droit incluent une clause de choix de loi telle celle de l'article 15(2) dans les actes qu'ils instrumentent ou authentifient, afin de garantir que l'acte maintient ses effets conformément aux intentions.

#### **4. Instructions données et souhaits émis par l'adulte**

- 15 Les instructions données et les souhaits exprimés par un adulte en anticipation d'une altération future de ses facultés personnelles encadrent l'existence et l'étendue d'un pouvoir de représentation relevant des articles 15 et 16. Ces instructions et ces souhaits se rencontrent dans de nombreux types d'actes de volonté anticipée tels que les directives anticipées, les dispositions anticipées, les décisions anticipées dans le domaine médical ou les procurations (permanentes)<sup>12</sup>.
- 16 En général, les actes de volonté anticipée tels que les directives anticipées concernent des instructions ou des souhaits en matière médicale, mais ils peuvent aussi couvrir d'autres questions. Certains États peuvent réglementer ou exclure les instructions et les souhaits de fin de vie soit par des dispositions légales, soit par des pratiques établies et par la jurisprudence lorsque ces questions ne sont pas expressément prévues dans les textes de loi.

### **B. Personne conférant les pouvoirs de représentation**

#### **1. La capacité de l'adulte au moment où il confère les pouvoirs de représentation comme condition de validité**

- 17 Les pouvoirs de représentation définis dans la partie A, section 1, doivent être établis par une personne ayant la capacité pour ce faire, même s'ils sont destinés à être exercés à un moment où les facultés personnelles de l'adulte sont altérées et il se trouve totalement ou partiellement incapable de gérer lui-même ses intérêts.

---

<sup>11</sup> Les règles générales de conflit de lois sur la représentation légale ou la *Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation* s'appliquent pour la période qui précède l'incapacité.

<sup>12</sup> Voir « Instructions données et souhaits émis par l'adulte dans le champ d'application de la Convention Protection des adultes de 2000 », Doc. pré-l. No 6 de septembre 2022 (version révisée) (*op. cit.* note 9).

- 18 L'établissement de pouvoirs de représentation est un acte d'anticipation. Par conséquent, il convient de vérifier que le consentement exprimé au moment où ces pouvoirs ont été établis était valable au regard de la loi applicable.
- 19 Les critères déterminant la capacité d'un adulte (et par extension, sa capacité à donner un consentement valable) peuvent différer d'un État à l'autre. Certains États peuvent distinguer la capacité juridique de la capacité de fait, qui peut être différente dans certains cas. Dans certains États, l'altération des facultés personnelles de l'adulte peut entraîner une perte de sa capacité juridique, mais pas nécessairement dans toutes les matières. En fonction du droit interne et du cas considéré, des nuances peuvent exister quant à la manière dont la capacité de l'adulte est déterminée. La raison en est qu'un adulte peut connaître des épisodes intermittents de plus grande capacité, suivis de périodes de moindre capacité ou d'altération complète ou bien qu'un adulte peut avoir la capacité selon les normes médicales (qui peuvent, dans certains cas, déterminer la capacité juridique) tout en étant incapable de prendre certaines décisions par lui-même (par ex. des décisions financières). À l'inverse, un adulte pourrait avoir conservé sa capacité juridique alors que sa capacité de fait à prendre certaines décisions peut être altérée. Dans la plupart des États, un adulte doit avoir la pleine capacité (juridique et de fait) pour établir valablement des pouvoirs de représentation.
- 20 En principe, ni l'établissement de pouvoirs de représentation, ni leur prise d'effet (qui dépend d'une détermination de la capacité de fait de l'adulte) n'ont d'effet sur la capacité juridique de l'adulte. En fonction de la loi applicable, la prise d'effet des pouvoirs de représentation elle-même ne détermine pas nécessairement si l'adulte est capable de modifier ces pouvoirs. Si le droit interne l'exige, une évaluation séparée de la capacité sera peut-être nécessaire au moment où l'adulte souhaite effectuer la modification (voir chapitre IV).

### C. Exigences de forme et objectifs de ces exigences

- 21 Le droit interne applicable aux pouvoirs de représentation peut prévoir diverses exigences de forme dont l'intention est d'apporter des garanties importantes, telles que :
- établir la capacité de l'adulte au moment où il établit les pouvoirs de représentation ;
  - vérifier que l'adulte est bien le signataire des pouvoirs de représentation ;
  - garantir la présence de témoins lors de la signature des pouvoirs de représentation ;
  - vérifier que les pouvoirs de représentation sont conformes à la loi (y compris aux conditions à remplir par le représentant) ;
  - vérifier que l'adulte est conscient des implications de l'établissement des pouvoirs de représentation et qu'il comprend la teneur de l'acte<sup>13</sup> ;
  - vérifier que les pouvoirs de représentation sont conformes à la volonté, aux préférences, aux instructions et aux souhaits de l'adulte<sup>14</sup> ;
  - confirmer qu'il n'y a pas d'influence indue<sup>15</sup> ;
  - garantir la valeur probatoire de l'acte en procurant une date de signature certaine.
- 22 Compte tenu des objectifs ci-dessus, on peut avoir affaire à une ou plusieurs des exigences de forme ci-dessous, tantôt obligatoires, tantôt facultatives en fonction du système juridique.

---

<sup>13</sup> Art. 12(4) de la CNUDPH.

<sup>14</sup> *Ibid.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

## 1. Acte notarié

23 Les fonctions du notaire et le périmètre de sa pratique dépendent de la tradition juridique dans laquelle il exerce. En général, un notaire est un officier public dont le rôle est d'authentifier / de certifier des actes, à des fins internes ou transfrontières. Il existe deux grandes catégories de notaires : les notaires de droit civil et les notaires de common law (notaires publics).

### a. Notaires de droit civil

24 Officier public nommé par une autorité publique, un notaire de droit civil est un praticien du droit assermenté, spécialiste de droit privé. Il 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. Ces actes sont dits « authentiques ». 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 d'acte authentique. Dans certains États, ce peut être une exigence de forme pour l'établissement de pouvoirs valables.

### b. Notaires publics

25 Un notaire public est lui aussi un officier public nommé par une autorité publique, chargé de servir le public en matière non contentieuse. Ses fonctions sont très différentes de celles 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 notariées (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 probatoire 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'actes notariés.

26 Dans certains États, il n'est pas obligatoire qu'un pouvoir de représentation soit un acte notarié. Cependant, l'authentification ou la certification (soit par un notaire de droit civil, soit par un notaire public) garantit la confiance des tiers aux pouvoirs de représentation et peut permettre d'appliquer les pouvoirs à certains actes (par ex. transactions immobilières – voir chapitre III, section 1, point c).

## 2. Le pouvoir de représentation en tant qu'acte certifié ou passé devant témoin

27 Certains États, où la notion d'acte notarié elle-même est inconnue, peuvent quand même exiger une forme ou une autre de certification, au moment de l'établissement du pouvoir de représentation ou ultérieurement, afin de garantir la validité de l'acte et sa conformité à la loi. Ces États proposeront des moyens équivalents d'authentification et de certification des actes.

28 Cette certification peut être opérée, par exemple, par la signature :

- d'une autorité ou d'un tribunal de tutelle,
- d'un greffier,
- d'un avocat,
- d'un officier certificateur,

- d'un médecin.

29 Hormis les exigences ci-dessus ou en plus de celles-ci, certains droits internes peuvent imposer la présence d'un ou de plusieurs témoins lors de la signature de l'acte établissant les pouvoirs de représentation. Dans certains systèmes juridiques, ces témoins doivent répondre à certaines exigences professionnelles. Dans certains États, la qualité professionnelle du témoin peut réduire l'exigence de pluralité de témoins.

### 3. Autres exigences de forme

30 Autres exemples d'exigences de forme :

- obligation faite à l'adulte de rédiger l'acte entièrement à la main, y compris la date et la signature ;
- usage de formulaires imposés par la loi, contenant les mentions minimales obligatoires ;
- obligation d'établir des formulaires séparés à compléter par l'adulte et par le représentant ;
- obligation pour l'adulte de déposer l'acte en personne devant un officier public ;
- pour les personnes dont l'altération des facultés affecte la capacité à lire l'acte conférant les pouvoirs de représentation, la lecture à haute voix par un témoin qui n'a pas pris part à la rédaction de l'acte peut être exigée. L'adulte peut également conférer des pouvoirs de représentation par d'autres moyens, tels qu'un enregistrement vidéo, lorsqu'il n'est pas capable de respecter les exigences précitées.

### 4. L'enregistrement comme exigence de forme

31 Outre les exigences possibles ci-dessus, certains États peuvent imposer l'enregistrement de l'acte établissant les pouvoirs de représentation. Cet enregistrement, qui s'accompagne d'un certain degré d'accessibilité ou de publicité (par ex. dans un registre public), peut être une condition de validité des pouvoirs de représentation. Cet aspect est analysé plus amplement dans la partie E de ce chapitre. Les questions relatives à la protection des données sont abordées dans la partie E, section 9.

### 5. Accord sans exigence de forme

32 Certains États n'imposent pas d'exigences de forme particulières pour l'établissement des pouvoirs de représentation si ce n'est qu'ils doivent faire l'objet d'un écrit et respecter les règles du droit commun des contrats. Dans certains États, le droit interne peut prévoir une exception à cette flexibilité pour certains pouvoirs de représentation, en particulier ceux qui touchent à des questions sensibles comme les questions médicales.

## D. Choix du représentant

### 1. Caractéristiques du représentant

33 Bien que l'adulte exerce une pleine autonomie dans le choix de son représentant, il peut être nécessaire de vérifier que le représentant désigné satisfait aux critères de la loi applicable, qui peut prévoir différents critères et responsabilités selon que la représentation a trait à la personne ou aux biens de l'adulte.

#### a. Affaires personnelles

34 Le représentant choisi pour agir pour le compte de l'adulte en ce qui concerne ses affaires personnelles, notamment ses besoins médicaux, peut être un parent proche, un ascendant, un descendant, un époux ou toute autre personne de confiance.

35 Certains États ont prévu que l'organisme public chargé de la protection des adultes peut être désigné par l'adulte pour agir et prendre des décisions pour son compte en ce qui concerne ses affaires personnelles.

36 Le droit interne peut prévoir expressément que le représentant doit être une personne majeure ou un mineur émancipé pour être habilité à représenter l'adulte dans ses affaires personnelles<sup>16</sup>.

#### **b. Affaires patrimoniales**

37 Pour les questions relatives à ses finances et à ses biens, l'adulte peut choisir, pour le représenter, une personne de confiance qui possède des compétences particulières en gestion de patrimoine. Ce représentant peut être un proche parent de l'adulte ou un professionnel indépendant.

38 Sauf disposition contraire du droit interne considéré, la personne qui représente l'adulte pour les affaires patrimoniales peut être une personne physique ou morale.

39 S'agissant des personnes morales, le droit interne peut limiter les désignations aux personnes inscrites sur une liste de mandataires judiciaires spécialistes de la protection des adultes ou bien aux personnes morales ayant un objet social spécifique (ex. société de fiducie, fondation caritative reconnue, organisme public).

40 Le droit interne peut prévoir expressément que le représentant doit être une personne majeure ou un mineur émancipé<sup>17</sup> et avoir la capacité requise pour gérer les affaires patrimoniales de l'adulte.

## **2. Exclusions ou priorités spécifiques (protections)**

41 Il est conseillé de vérifier si la loi applicable prévoit des exclusions concernant le choix d'un représentant. Parfois, les exclusions prévues par la loi pour la désignation d'un représentant judiciaire ou administratif s'appliquent aussi à la désignation d'un représentant par l'adulte lui-même.

42 Exemples d'exclusions possibles :

- personnes sous protection judiciaire,
- personnes morales,
- personnes susceptibles d'avoir un conflit d'intérêts ou ayant manifesté par leur comportement et la nature de leur relation avec l'adulte qu'elles ne pourront pas s'acquitter de leur mission dans l'intérêt de l'adulte,
- personnes ayant, personnellement ou par l'intermédiaire de leur époux, une obligation alimentaire à vie à l'égard de l'adulte,
- personnes exerçant une profession médicale sauf s'il s'agit d'un proche du cercle familial,
- personnel et dirigeants de l'institution où réside l'adulte.

43 Outre les exclusions ci-dessus, il existe des exclusions propres au domaine de la gestion financière ou patrimoniale, qui peuvent concerner :

- un trustee désigné dans l'acte constitutif d'un trust,
- les personnes qui ne peuvent disposer librement de leurs biens,
- les personnes ayant déclaré une faillite,

---

<sup>16</sup> Dans certains systèmes juridiques, un mineur émancipé est une personne qui n'a pas atteint l'âge de la majorité légale et auquel, dans certaines circonstances très précises, une autorité compétente a accordé la capacité juridique (cette autorité étant, dans certains cas, un tribunal pour enfants).

<sup>17</sup> *Id.*

- les personnes condamnées pour un délit.

### 3. Représentants multiples

44 Sauf disposition contraire du droit interne considéré, l'adulte peut désigner plusieurs représentants, qui peuvent agir conjointement ou séparément, simultanément ou par ordre de subsidiarité, ou de toute autre manière prescrite par l'adulte.

45 Afin de ne pas alourdir l'exercice conjoint des pouvoirs de représentation par des questions courantes, l'acte établissant les pouvoirs de représentation peut limiter l'obligation d'action conjointe à certains types d'actes ou de décisions. L'adulte peut par exemple stipuler dans les pouvoirs que les décisions relatives à l'aliénation ou à l'acquisition de certains biens ou de biens immobiliers nécessiteraient la participation de plusieurs représentants.

46 La possibilité donnée ou non à un représentant de désigner une autre personne pour se substituer à lui peut être régie par le droit interne ou par les pouvoirs de représentation eux-mêmes.

### E. Enregistrement des pouvoirs de représentation

47 Les pouvoirs de représentation peuvent être enregistrés à la date de leur établissement ou à la survenue d'une altération des facultés personnelles de l'adulte concerné. Cet enregistrement peut être soit une condition de validité des pouvoirs (voir partie E, section 5), soit une condition de leur prise d'effet (voir partie F, section 5). Dans certains États, cet enregistrement peut être facultatif.

48 Dans certains États, l'enregistrement peut garantir que les personnes ou autorités concernées ont recours aux pouvoirs de représentation au moment où survient l'altération des capacités de l'adulte et que ces pouvoirs prévalent sur toute mesure de protection prise par les autorités compétentes. De ce fait, dans ces États, les autorités compétentes sont tenues de consulter le registre avant de prendre une mesure de protection.

49 Dans d'autres États, l'enregistrement des pouvoirs de représentation peut assurer la publicité de l'étendue des pouvoirs conférés.

50 Le caractère obligatoire ou facultatif de l'enregistrement, l'accessibilité des pouvoirs enregistrés, les informations à enregistrer et l'autorité responsable de l'enregistrement dépendront de l'objectif recherché.

#### 1. Registre public ou privé ou dépôt auprès d'une autorité compétente

51 Les droits internes prévoient différents systèmes d'enregistrement des pouvoirs de représentation :

- registres tenus par des associations de notaires ou d'autres organismes privés ;
- registres tenus par l'autorité compétente pour la protection des adultes ;
- registres tenus par les administrations de l'état civil dans la localité où réside l'adulte.

52 Il faut souligner que l'enregistrement des pouvoirs de représentation dont il est question ici n'est pas nécessairement le même que l'enregistrement des mesures de protection prises par des autorités compétentes. Toutefois, lorsque les pouvoirs de représentation font l'objet d'une décision prise par une autorité compétente, il est possible qu'ils soient consignés dans le même registre que les mesures de protection (voir partie A, section 5).

#### 2. Enregistrement obligatoire ou facultatif

53 Dans certains États, l'enregistrement est réservé à certains types de pouvoirs de représentation, par exemple, les actes notariés.

54 Dans les États où l'enregistrement des instructions et des souhaits de l'adulte est facultatif, le droit interne peut prévoir que s'ils ne sont pas enregistrés, ils doivent au moins être clairs et dépourvus d'ambiguïté et contenir tous les éléments nécessaires à la validité pour produire des effets équivalents (voir parties B et C).

### **3. Enregistrement avant ou après l'altération des facultés personnelles de l'adulte**

55 Lorsque l'enregistrement est une condition de validité des pouvoirs de représentation, certains États prévoient que l'acte doit être enregistré avant l'altération ou l'insuffisance des facultés personnelles de l'adulte.

56 D'autres États peuvent permettre l'enregistrement des pouvoirs au moment de leur prise d'effet une fois que les facultés personnelles de l'adulte sont altérées (voir partie F, section 5).

### **4. Niveau de précision des informations à consigner dans le registre**

57 En fonction de l'objectif de l'enregistrement, le greffe peut seulement enregistrer l'existence des pouvoirs de représentation, la date et le lieu où l'acte est conservé.

58 Dans d'autres cas, les données personnelles de l'adulte et du représentant peuvent être également consignées. Dans certains États, le contenu tout entier de l'acte établissant les pouvoirs de représentation peut être enregistré.

59 Notons que la réglementation interne relative à la protection des données personnelles peut imposer de limiter toute divulgation de données qui ne serait pas indispensable pour la finalité recherchée.

### **5. Effet juridique de l'enregistrement : l'enregistrement comme condition de validité ou l'enregistrement impliquant un contrôle formel de validité**

60 Dans certains États, la validité des pouvoirs de représentation peut être conditionnée à leur enregistrement. Dans ces États, tout mandat qui a pris effet avant l'altération des facultés personnelles de l'adulte et qui a été établi dans l'intention qu'il reste en vigueur après cette altération mais n'a pas été enregistré comme tel peut cesser de produire des effets.

61 Notons que dans certains États, l'enregistrement peut être une condition de validité des pouvoirs de représentation mais qu'il ne fournit aucune garantie relative à leur validité si l'officier public qui reçoit l'acte à enregistrer n'est pas compétent pour vérifier la conformité des pouvoirs au droit interne.

62 Certains systèmes juridiques peuvent prévoir une procédure impliquant la vérification formelle de l'acte établissant les pouvoirs de représentation par l'autorité auprès de laquelle les pouvoirs sont enregistrés. D'autres systèmes peuvent imposer de recourir à un professionnel (par ex. un notaire de droit civil, un notaire public ou un avocat) qui contrôlera les pouvoirs de représentation avant de procéder à leur enregistrement.

63 En fonction du droit interne, l'effet juridique de l'enregistrement des pouvoirs de représentation au moment de leur établissement peut différer de l'effet juridique de l'enregistrement après leur prise d'effet (voir partie F, section 5).

### **6. Notifications à effectuer par le greffe, délivrance d'un certificat d'enregistrement**

64 Lorsque des pouvoirs de représentation sont présentés pour être enregistrés, il est possible que le droit interne impose au greffe d'en notifier l'adulte et le représentant ou des tiers.

65 L'enregistrement 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'article 38

de la Convention de 2000, qui est délivré lorsqu'une mesure de protection a été prise ou qu'un pouvoir de représentation a été confirmé par une autorité compétente, et qui atteste la capacité et les pouvoirs de la personne à laquelle la protection de la personne ou des biens de l'adulte est confiée (voir partie G).

- 66 Certains États peuvent mettre l'obligation de notification aux tiers à la charge de l'adulte (s'il en a la capacité au moment considéré) ou de son représentant. Cette obligation peut être indépendante de l'enregistrement et peut concerner des personnes désignées par la loi, comme un époux, certains parents, etc.

#### **7. Enregistrement de l'évolution des pouvoirs de représentation: prise d'effet, modification, extinction**

- 67 Les pouvoirs de représentation peuvent évoluer après avoir été établis. Ils peuvent, par exemple, être modifiés ou révoqués par l'adulte tant que celui-ci est capable de prendre des décisions. Ils peuvent être également modifiés ou retirés par une autorité compétente après leur prise d'effet, ou le représentant peut y renoncer<sup>18</sup>.

- 68 Le droit interne peut imposer l'enregistrement de toute modification ou extinction des pouvoirs même si aucune autorité compétente n'est intervenue dans la modification ou l'extinction (voir chapitre IV, section 4, et chapitre V, section 5).

- 69 Il peut être également utile d'enregistrer la prise d'effet d'un pouvoir de représentation lorsqu'un certain aspect du pouvoir fait l'objet d'un litige ou qu'une mesure de protection est prise par une autorité compétente.

- 70 Si une autorité compétente prend une mesure relative à un pouvoir de représentation en vertu de l'article 3 de la Convention (par ex. concernant l'altération des facultés personnelles de l'adulte ou la désignation ou le remplacement d'un représentant), cette mesure pourrait constituer une confirmation des pouvoirs et à ce titre, elle serait soumise aux règles internes applicables à l'enregistrement de ces mesures.

#### **8. Enregistrement des instructions données et des souhaits émis par un adulte**

- 71 Dans certains États, les instructions et les souhaits de l'adulte en cas d'altération de ses facultés personnelles peuvent être consignés dans le même registre que les pouvoirs de représentation, tandis que d'autres États peuvent prévoir un enregistrement séparé (voir partie A, section 4).

- 72 Dans d'autres États, l'enregistrement peut être limité aux instructions et aux souhaits concernant le choix d'un administrateur, d'un tuteur ou d'une personne de confiance à désigner par une autorité compétente pour aider, assister ou représenter l'adulte (chapitre III, section 8, point c).

- 73 Dans certains États, le droit interne prévoit uniquement l'enregistrement des instructions et des souhaits concernant des questions médicales ou la fin de vie.

- 74 Il peut arriver que des instructions et des souhaits consignés dans un registre public ou figurant dans une police d'assurance maladie doivent être exercés dans un système juridique où aucune loi n'oblige les professionnels de santé à consulter le registre ou la police d'assurance avant d'administrer un traitement. À cet égard, un profil d'État serait extrêmement utile pour expliquer aux professionnels de santé étrangers comment accéder à ces registres dans les situations non urgentes.

---

<sup>18</sup> Manuel pratique, **chapitre 9**, para. 9.22 à 9.24.

## **9. Protection des données : droit d'accès et durée de conservation des données**

- 75 Toute conservation de données suppose l'existence d'un responsable du traitement et de règles de protection concernant :
- le droit d'accès et de rectification de l'adulte concerné et de son représentant,
  - les personnes autorisées à accéder aux données,
  - la durée de conservation des données,
  - la limitation du traitement des données à ce qui est strictement nécessaire pour les finalités déterminées et
  - les modalités d'accès.
- 76 En fonction de la loi applicable, l'accès au registre des pouvoirs de représentation et au registre des mesures de protection (s'il est différent) peut être accordé, entre autres, aux notaires de droit civil, aux notaires publics, aux autorités compétentes, aux procureurs, aux greffiers, aux administrateurs, aux tuteurs, aux avocats, aux huissiers, aux Autorités centrales, aux officiers de l'état civil, outre la personne qui a déposé les pouvoirs aux fins de leur enregistrement.
- 77 Dans certains États, le droit interne dispose également que la consultation est ouverte à toute personne qui démontre un intérêt légitime.

## **10. Possibilité de consultation par des acteurs étrangers**

- 78 La pratique démontrera si, et dans quelle mesure, des acteurs étrangers qui ont un intérêt légitime pourront accéder aisément aux renseignements relatifs à l'existence d'un pouvoir de représentation consigné dans le registre d'une Partie contractante.
- 79 Pour un bon fonctionnement de la Convention de 2000, il est important qu'une autorité compétente saisie pour prendre une mesure de protection sache, par exemple, si un pouvoir de représentation a été établi par l'adulte dans l'État de sa précédente résidence habituelle ou dans l'État de sa nationalité.

## **11. Enregistrement de pouvoirs de représentation régis par la loi d'un autre État**

- 80 Pour promouvoir le bon fonctionnement de la Convention de 2000, il peut être utile d'enregistrer les pouvoirs de représentation établis à l'étranger dans l'État de résidence habituelle de l'adulte.
- 81 Il peut donc s'avérer nécessaire de vérifier si les procédures nationales d'enregistrement des pouvoirs de représentation permettent d'enregistrer des pouvoirs étrangers et quelles seraient les exigences de validité de l'enregistrement dans cet État.

## **F. Prise d'effet des pouvoirs de représentation**

- 82 Les droits internes prévoient différentes règles concernant la prise d'effet des pouvoirs de représentation, qui cherchent à concilier le respect de l'autonomie de l'adulte et la protection dont il a besoin.

### **1. Prise d'effet sans intervention d'une autorité compétente**

- 83 Le droit interne peut prévoir les options suivantes afin de promouvoir l'autonomie de l'adulte :
- l'adulte détermine, dans les pouvoirs de représentation, les conditions de leur prise d'effet ;
  - le représentant détermine le moment auquel les pouvoirs de représentation prennent effet en évaluant la survenue d'une altération des facultés de l'adulte.

## 2. Prise d'effet des pouvoirs de représentation déterminée par l'autorité compétente

- 84 Certains droits internes peuvent soumettre la prise d'effet des pouvoirs de représentation à la décision d'une autorité compétente, qui aura notamment pour tâche d'évaluer la capacité de l'adulte, de contrôler la validité des pouvoirs de représentation et de vérifier si la prise d'effet de ces pouvoirs est conforme à l'intérêt de l'adulte.
- 85 Cette décision de l'autorité compétente est à distinguer des situations dans lesquelles l'intervention de l'autorité compétente est requise pour désigner un représentant conformément à une instruction donnée ou à un souhait exprimé par l'adulte dans un acte de volonté anticipée tel qu'une directive anticipée (voir chapitre III, section 8, point c).
- 86 Cette intervention doit être également distinguée de toute vérification formelle qui peut être effectuée par un officier public pour enregistrer les pouvoirs de représentation en vue de délivrer un document validant leur prise d'effet. Dans ce cas, l'intervention d'une autorité compétente ne serait nécessaire qu'en cas de doute ou de conflit.
- 87 L'intervention d'une autorité compétente peut aller de pair avec une notification de la prise d'effet des pouvoirs de représentation aux personnes ou autorités concernées<sup>19</sup>.
- 88 L'intervention obligatoire d'une autorité compétente pour la prise d'effet des pouvoirs de représentation peut être prévue par la loi, à laquelle les pouvoirs de représentation ne peuvent déroger, mais elle peut aussi résulter de la volonté et des préférences de l'adulte lui-même, exprimées dans l'acte établissant les pouvoirs de représentation.
- 89 Enfin, le droit interne peut envisager cette intervention comme une faculté, laissée alors à l'appréciation du représentant, qui peut avoir intérêt à obtenir confirmation de la prise d'effet de ses pouvoirs auprès de l'autorité compétente.

## 3. Prise d'effet immédiate des pouvoirs de représentation

- 90 Certains droits internes peuvent prévoir la possibilité d'une prise d'effet des pouvoirs de représentation dès leur établissement, lorsque l'adulte est encore capable de prendre des décisions (voir partie B, section 1). Dans certains États, cette possibilité est réservée aux pouvoirs de représentation concernant les affaires patrimoniales ; ceux qui concernent des décisions médicales ou liées au bien-être sont exclus.
- 91 Lorsque le droit interne permet la prise d'effet immédiate des pouvoirs de représentation, il faut en conclure en premier lieu que ces pouvoirs n'entrent pas dans le champ d'application de la Convention de 2000 (voir partie A, section 3) car les facultés personnelles de l'adulte ne sont pas altérées à ce moment-là. Pour la période durant laquelle les pouvoirs produisent des effets avant l'altération des facultés personnelles de l'adulte, les règles générales de conflit de lois sur la représentation juridique ou la *Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation* peuvent être applicables en situation transfrontière.
- 92 À la survenue d'une altération ou d'une insuffisance des facultés personnelles de l'adulte, ces pouvoirs de représentation entreront dans le champ d'application de la Convention de 2000. Afin d'opérer une distinction claire entre le pouvoir de représentation avant l'altération des facultés personnelles de l'adulte et après, il peut être opportun que le représentant ou la famille obtienne des preuves de la date à laquelle les facultés personnelles de l'adulte ont été altérées. Après l'altération des facultés personnelles de l'adulte, le représentant doit connaître et respecter les limites prévues par le droit interne ainsi que celles que prévoient les pouvoirs eux-mêmes (par ex. mécanismes de supervision et de contrôle, exclusion de certains types de représentants).

---

<sup>19</sup> Comme un registre public ou le journal officiel.

- 93 Dans ce contexte, l'insuffisance ou l'altération des facultés personnelles de l'adulte n'aura d'effet que sur sa relation avec son représentant (et non vis-à-vis des tiers ou d'une quelconque autorité).
- 94 Lors de l'établissement de pouvoirs de représentation qui prendront effet immédiatement, il est souhaitable que les notaires et les praticiens du droit gardent à l'esprit la clause de choix de loi de la Convention de 2000 (art. 15(2)).

#### **4. Évaluation de la capacité**

- 95 Pour que les pouvoirs de représentation prennent effet aux fins de la Convention de 2000, l'altération ou l'insuffisance des facultés personnelles de l'adulte doit être évaluée. Dans certains États, l'adulte peut avoir la possibilité de stipuler, dans l'acte qui établit les pouvoirs de représentation, comment son incapacité doit être déterminée et par qui, tandis que dans d'autres, cette évaluation ne peut être effectuée que par une autorité compétente. Dans d'autres États encore, le représentant peut évaluer lui-même la capacité de l'adulte. Lorsqu'il conclut que les facultés personnelles de l'adulte sont altérées ou insuffisantes, le représentant doit prendre des dispositions aux fins de l'assistance et de l'aide exigées par la situation et par l'adulte lui-même dans les pouvoirs de représentation.
- 96 Indépendamment des circonstances dans lesquelles la capacité de l'adulte doit être évaluée, il est courant dans certains États, pour que les pouvoirs de représentation prennent effet, que le représentant doive être en possession d'un certificat délivré par un ou deux médecins (l'agrément du médecin est parfois obligatoire) qui peuvent attester que l'adulte ne peut plus pourvoir à ses intérêts.

#### **5. Effet juridique de l'enregistrement : l'enregistrement comme condition de la prise d'effet des pouvoirs de représentation**

- 97 Dans certains cas, l'enregistrement des pouvoirs de représentation peut être une condition préalable de leur prise d'effet. À titre d'exemple, pour que les pouvoirs de représentation prennent effet, certains États peuvent exiger que des documents et certificats médicaux soient produits, vérifiés et enregistrés. Dans certains États, cet enregistrement des documents et certificats peut être précédé d'une notification aux personnes intéressées, qui peut être également une condition essentielle de la prise d'effet des pouvoirs.
- 98 Notons que ce processus diffère de l'enregistrement exigé dans certains États avant la prise d'effet des pouvoirs de représentation, c'est-à-dire à un moment où l'adulte est encore en capacité de décider. Dans ce cas, l'enregistrement peut être considéré comme une condition de validité de ces pouvoirs (voir partie E, section 5).

#### **6. Incidences de la prise d'effet des pouvoirs sur la capacité juridique de l'adulte**

- 99 En principe, ni l'établissement de pouvoirs de représentation, ni leur prise d'effet (qui dépend d'une incapacité de fait) n'ont d'incidence sur la capacité juridique de l'adulte, comme le prévoit la CNUDPH (voir partie B, section 1). Cependant, en fonction des circonstances de l'affaire et du droit interne, la prise d'effet des pouvoirs peut avoir une incidence sur la capacité de l'adulte à continuer à décider pour lui-même dans les domaines où il est encore capable.
- 100 Le droit interne de certains États dispose que seule une mesure de protection prise par une autorité compétente peut priver un adulte de sa capacité juridique. Dans d'autres États, même une mesure de protection ne peut avoir cet effet.

## G. Délivrance d'un certificat pour les pouvoirs de représentation confirmés (art. 38)<sup>20</sup>

### 1. Confirmation des pouvoirs de représentation

101 L'article 38 prévoit la délivrance d'un certificat à toute personne à laquelle est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte qui agit en vertu d'un pouvoir de représentation **confirmé** indiquant la qualité de la personne et les pouvoirs conférés<sup>21</sup>. Sachant que la Convention de 2000 ne prescrit pas de procédure de confirmation, il appartient aux Parties contractantes de la définir au niveau interne<sup>22</sup>. Bien que la confirmation puisse différer d'un État à l'autre, le Rapport explicatif précise qu'elle « doit donner toutes garanties de sérieux »<sup>23</sup>, cela afin que les personnes chargées d'exercer ces pouvoirs de représentation bénéficient du plus haut degré possible de sécurité juridique et de prévisibilité<sup>24</sup>.

102 Le certificat visé à l'article 38 est un instrument important pour la libre circulation des pouvoirs de représentation confirmés, car c'est un gage de sécurité et de fiabilité pour les praticiens. En outre, un certificat ayant force probante dans toutes les Parties contractantes pourrait réduire les coûts et les contestations<sup>25</sup>.

103 Le certificat mentionne la qualité et les pouvoirs de la ou des personnes auxquelles est confiée la protection de l'adulte ou de ses biens, que la désignation ait été effectuée par une mesure de protection ou par l'adulte lui-même<sup>26</sup>.

104 Le cas échéant, le certificat peut également indiquer les pouvoirs que le ou les représentants désignés n'ont pas. Un certificat pourra mentionner, par exemple, que le représentant légal d'un adulte ayant sa résidence habituelle dans une Partie contractante n'est pas habilité à administrer les biens que possède cet adulte dans une autre Partie contractante<sup>27</sup>.

### 2. À la demande de la personne à laquelle est confiée la protection de la personne ou des biens de l'adulte ou d'office par l'autorité compétente

105 Une fois que les pouvoirs de représentation sont confirmés, les Parties contractantes qui souhaitent délivrer un certificat visé à l'article 38 attestant cette confirmation doivent désigner l'autorité publique qui serait compétente pour établir et délivrer ces certificats et indiquer si cette délivrance peut intervenir d'office ou à la demande de la personne chargée de la protection de la personne ou des biens de l'adulte ou de toute autre personne intéressée<sup>28</sup>.

---

<sup>20</sup> D'autres informations sur ce certificat figurent au **chapitre 11** du Manuel pratique et dans « Confirmation des pouvoirs de représentation aux fins du certificat délivré en vertu de l'article 8 », Doc. pré. No 11 d'octobre 2022 (*op. cit.* note 4).

<sup>21</sup> Art. 38(1).

<sup>22</sup> Le Rapport explicatif indique au para. 146 que certains systèmes juridiques prévoient la « confirmation » des pouvoirs de représentation. Voir aussi *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](http://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 attribue ce pouvoir à une autorité judiciaire. Dans d'autres États, l'autorité peut être administrative. L'objectif était de ne pas poser de limite à ce que pourrait être 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 réglée par le droit interne. » (traduction du Bureau Permanent).

<sup>23</sup> 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](http://www.hcch.net), sous les rubriques « Publications » et « Rapports explicatifs ») (ci-après, le « Rapport explicatif »), para. 146.

<sup>24</sup> *Ibid.*, para. 144.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Voir « Projet de Profil d'État – Convention Protection des adultes de 2000 », Doc. Pré. No 7 de juin 2022 à l'attention de la Première réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention Protection des adultes de 2000 (voir chemin indiqué en note 2).

### 3. Délivrance d'un certificat (art. 38) ou de toute autre forme de preuve

106 Le certificat visé à l'article 38 est à distinguer du certificat ou du reçu attestant l'enregistrement des pouvoirs de représentation qui peut être délivré par une autorité (voir partie E, section 6).

### 4. Confirmation de pouvoirs de représentation régis par la loi d'un autre État

107 À la date de confirmation et de certification, lorsque les pouvoirs de représentation sont soumis à une autre loi que celle de l'État ayant la compétence primaire, il peut être nécessaire de vérifier si l'autorité compétente est en mesure de procéder à cette confirmation, même si cette procédure n'est pas connue dans son droit interne et si, de ce fait, il y a lieu d'appliquer un droit étranger à la confirmation (voir chapitre 4 du Manuel pratique).

## H. Mécanismes de supervision ou de contrôle des pouvoirs de représentation

108 Cette section concerne les mécanismes de supervision et de contrôle pouvant exister **après** la prise d'effet des pouvoirs de représentation. La loi applicable peut exiger que les avoies de l'adulte et ceux du représentant soient séparés. Le représentant peut voir sa responsabilité engagée pour des fautes de gestion ou le dol en droit commun.

109 Les mécanismes de supervision et de contrôle qui encadrent l'exercice des pouvoirs de représentation visent à concilier le respect de l'autonomie de l'adulte et la nécessité de protéger celui-ci lorsque ses facultés personnelles sont altérées. D'un côté, l'adulte peut avoir désigné un représentant en qui il a confiance et, de l'autre, le droit interne peut exiger la mise en place d'un mécanisme de supervision afin de prévenir des abus et négligences du représentant, qui pourraient nuire aux intérêts de l'adulte à un moment où il n'est plus capable d'y veiller par lui-même (art. 12(4) de la CNUDPH).

110 En outre, étant donné la spécificité des pouvoirs de représentation conférés, les mécanismes de supervision et de contrôle prévus par la loi ou dans l'acte établissant les pouvoirs sont un élément essentiel de leur existence. Ils relèvent dès lors des règles relatives à la loi applicable énoncées aux articles 15 et 16 de la Convention.

### 1. Supervision prévue par la loi ou par les pouvoirs de représentation eux-mêmes

111 L'adulte peut désigner, dans les pouvoirs eux-mêmes, un tiers ou un groupe de confiance pour superviser l'exercice des pouvoirs de représentation. Si, par exemple, l'adulte a désigné un membre de la famille pour le représenter, il peut stipuler que la supervision peut être opérée par un ou plusieurs autres membres de la famille. Dans certains systèmes juridiques, l'adulte peut aussi confier la supervision à une personne morale (par ex. une société). Il peut également avoir la possibilité de confier cette tâche à un organisme public tel qu'un tuteur public ou une autorité compétente.

112 La supervision exercée par la ou les personnes physiques ou la personne morale de confiance désignées dans les pouvoirs de représentation peut impliquer de vérifier que le représentant exerce les pouvoirs correctement et conformément à la volonté, aux préférences, aux instructions, aux souhaits et aux intérêts de l'adulte.

113 Dans certains droits internes, lorsque le représentant n'agit pas de bonne foi et n'exerce pas ses pouvoirs dans l'intérêt de l'adulte, la ou les personnes physiques ou la personne morale qui exercent la supervision peuvent être habilitées par une autorité compétente à révoquer ces pouvoirs.

114 Dans certains États, la mise en place de ces mécanismes de supervision et de contrôle par l'adulte peut être une condition de validité des pouvoirs de représentation. Ces derniers doivent alors suivre

une forme prescrite par le droit interne de l'État concerné, qui sera vérifiée au moment de leur prise d'effet.

115 Outre le mécanisme de supervision et de contrôle prévu par les pouvoirs eux-mêmes, la loi prévoit généralement un mécanisme de supervision et de contrôle, mais il n'est pas toujours automatique ni systématique. Ce mécanisme, qui est assuré par les autorités compétentes, vient plutôt s'ajouter au mécanisme interne décrit dans les pouvoirs de représentation et le compléter.

116 Dans certains États, le droit interne ne prévoit aucun mécanisme de supervision et de contrôle spécifique aux pouvoirs de représentation. Dans ce cas, les autorités compétentes peuvent exercer leur compétence générale pour prendre des mesure de protection concernant les pouvoirs de représentation qui sont régis par leur loi, dans l'intérêt de l'adulte.

## **2. Priorité donnée aux pouvoirs de représentation sur les mesures de protection**

117 Si le mécanisme de supervision et de contrôle mis en place par un pouvoir de représentation suffit à garantir que le représentant exerce correctement ses pouvoirs, l'intervention et la supervision d'une autorité compétente ne seront probablement pas nécessaires.

118 Cependant, dans certains droits internes, la supervision et le contrôle des autorités compétentes peuvent être automatiques. D'autre part, l'adulte ne pourra peut-être pas en exonérer un représentant dans les pouvoirs de représentation.

119 Dans la pratique, l'intervention d'une autorité compétente pour superviser l'exercice des pouvoirs de représentation tiendra très probablement compte des principes de proportionnalité et de subsidiarité. Par conséquent, priorité sera donnée à la préservation de ce que l'adulte a lui-même prévu dans les pouvoirs de représentation. Lorsque ces dispositions sont jugées insuffisantes, l'autorité compétente concernée peut prendre une mesure de protection, en ne modifiant que ce qui est strictement nécessaire, dans l'intérêt de l'adulte.

## **3. Conséquences de l'application des exigences de forme**

120 Dans la plupart des systèmes juridiques consultés lors de la rédaction de cette Boîte à outils, la forme du pouvoir de représentation n'a pas d'incidence sur les mécanismes de supervision et de contrôle.

121 Dans un État au moins, dont le droit interne offre la possibilité d'établir ou d'enregistrer le pouvoir de représentation sous forme d'acte authentique, le représentant peut avoir à rendre compte au notaire qui a instrumenté l'acte. Le notaire peut avoir un devoir de supervision et le devoir d'alerter les autorités compétentes de tout mouvement de fonds injustifié ou de tout acte qui ne semble pas conforme aux pouvoirs de représentation. Dans les États où les pouvoirs de représentation peuvent être conférés par un acte sous seing privé, un représentant peut être simplement tenu de conserver pendant quelques années un inventaire de tous ses actes accompagné des justificatifs, sans préjudice de la supervision et du contrôle exercés par un ou des tiers de confiance désignés dans les pouvoirs et de la capacité générale de supervision de l'autorité compétente, le cas échéant.

## **4. Intervention possible d'une autorité compétente**

122 Dans tous les États qui ont légiféré en matière de pouvoirs de représentation, lorsqu'une question se pose concernant l'exercice des pouvoirs par un représentant, les autorités compétentes peuvent intervenir par le biais d'un mécanisme de supervision et de contrôle en place. En fonction du droit interne applicable, ces interventions peuvent consister, par exemple, à :

- interpréter les pouvoirs de représentation,

- modifier ou compléter les pouvoirs de représentation (par ex. l'étendue des pouvoirs du représentant, les modalités d'exercice des pouvoirs),
- autoriser le représentant à effectuer une intervention spécifique non prévue par les pouvoirs de représentation ou une intervention spécifique prévue dans les pouvoirs mais qui requiert une autorisation,
- donner des instructions au représentant, par exemple, ordonner la production de rapports périodiques,
- remplacer le représentant si des représentants subsidiaires sont indiqués dans les pouvoirs,
- désigner une personne physique ou morale pour superviser le représentant,
- désigner un représentant *ad hoc* en cas de conflit d'intérêts,
- régler un conflit entre deux ou plusieurs représentants désignés,
- prendre une décision en cas de désaccord entre l'adulte et le représentant ou entre le représentant et un professionnel de santé (par ex. au sujet d'un traitement médical proposé),
- prendre une mesure de protection s'ajoutant aux pouvoirs de représentation,
- révoquer les pouvoirs de représentation et, s'il y a lieu, les remplacer par une mesure de protection en vertu de l'article 3 et désigner un nouveau représentant pour l'adulte.

123 Dans le cadre des interventions ci-dessus, l'autorité compétente peut procéder à toutes investigations nécessaires.

#### 5. Obligation de rapport du représentant

124 Les pouvoirs de représentation peuvent contenir des détails concernant l'obligation pour le représentant de tenir un registre des décisions prises et des actes accomplis dans l'exercice de ses pouvoirs et d'en faire rapport. Ils peuvent préciser par exemple la fréquence et les modalités des rapports à présenter par le représentant.

125 Si les pouvoirs de représentation ne donnent aucun détail concernant l'obligation pour le représentant de tenir un registre de ses actes et d'en faire rapport, cette obligation peut être prévue par la loi applicable.

126 Cette responsabilité du représentant peut impliquer de tenir un registre des recettes et des dépenses de l'adulte et d'en faire rapport, d'établir un inventaire des avoirs de l'adulte au moment de la prise d'effet des pouvoirs et de fournir un inventaire mis à jour à la cessation des pouvoirs. Il est possible que ces inventaires doivent respecter des exigences légales ou contractuelles ainsi que des exigences relatives à la forme ou à la présence de témoins.

127 Certains États peuvent fixer la durée de conservation obligatoire des rapports et des inventaires.

128 Dans d'autres États, le droit interne ne prévoit pas d'obligation de tenir un registre et de produire des rapports, excepté lorsqu'une autorité compétente l'ordonne expressément dans certaines circonstances.

129 La ou les personnes physiques ou la personne morale auxquelles il convient d'adresser ces registres et rapports (par ex. un comptable, un expert, un membre de la famille) peuvent être désignées dans les pouvoirs de représentation. Les pouvoirs peuvent stipuler que les registres et les rapports doivent être adressés à une autorité compétente ou au notaire qui a instrumenté l'acte.

## 6. Supervision d'office, continue ou sur demande

- 130 En général, le mécanisme de supervision et de contrôle prévu par l'adulte doit être mis en œuvre sans l'intervention d'une autorité compétente et régulièrement.
- 131 Par ailleurs, en fonction du droit interne applicable, la supervision exercée par une autorité compétente peut prendre l'une des formes suivantes :
- Supervision d'office, hors de toute demande, soit de façon régulière et automatique, soit uniquement lorsque l'autorité compétente elle-même a connaissance d'une situation problématique ;
  - Seulement sur demande de l'adulte, d'un représentant, d'un tiers ou d'une personne morale de confiance chargée de la supervision, du notaire de droit civil qui a instrumenté ou certifié l'acte authentique ou de toute personne intéressée. Un procureur peut aussi faire part de ses préoccupations concernant l'exercice des pouvoirs de représentation à l'autorité compétente. Dans ce contexte, la supervision exercée par l'autorité compétente ne serait ni régulière ni automatique.

## 7. Régulation des conflits d'intérêts

- 132 Il pourrait être opportun d'insérer dans les pouvoirs de représentation des dispositions concernant le règlement d'un conflit d'intérêts pouvant survenir entre l'adulte et le représentant. Les pouvoirs de représentation peuvent, par exemple, prévoir la désignation d'un représentant *ad hoc*, nommé ou non dans l'acte, qui interviendra en cas de conflit d'intérêts. À titre d'exemple, un conflit d'intérêt peut survenir lorsque le représentant de l'adulte représente simultanément un autre adulte dans la même transaction (par ex. un enfant qui représente ses parents).
- 133 Lorsque le pouvoir de représentation ne désigne pas de représentant *ad hoc*, une autorité compétente peut être saisie pour en désigner un, dans l'intérêt de l'adulte.
- 134 Certains États peuvent aussi prévoir qu'en cas de conflit d'intérêts entre l'adulte et le représentant, les pouvoirs de ce dernier cessent de plein droit.

## III. Étendue des pouvoirs de représentation

- 135 Les pouvoirs de représentation conférés par un adulte peuvent être « généraux » (pour tous les actes sauf ceux qui sont expressément exclus dans l'acte ou par la loi) ou « spécifiques » (ils énumèrent et définissent précisément les actes et décisions qui sont ou non autorisés).
- 136 L'étendue des pouvoirs de représentation peut être régie par la loi applicable, par renvoi aux dispositions internes relatives aux mesures de protection. La loi applicable peut aussi prévoir que l'étendue des pouvoirs de représentation diffère selon que le représentant est désigné par une autorité compétente ou par l'adulte lui-même (voir, *infra*, section 7). Il est possible, d'autre part, que les pouvoirs de représentation contiennent des éléments qui doivent être régis par la loi applicable et d'autres qui ne le sont pas. Lorsque le droit interne ne prévoit pas de règle spécifique applicable aux pouvoirs de représentation établis par un adulte, une autorité compétente peut avoir à déterminer l'étendue de ces pouvoirs au cas par cas, sans se référer nécessairement aux règles relatives aux pouvoirs lorsqu'un représentant a été désigné en vertu d'une mesure de protection.

### 1. Limites légales des pouvoirs de représentation généraux

- 137 La loi applicable déterminera probablement les domaines dans lesquels un adulte peut établir des pouvoirs de représentation et les limites éventuelles des pouvoirs d'un représentant.

**a. Affaires personnelles**

- 138 Les pouvoirs de représentation en matière personnelle peuvent concerner, entre autres, le choix de résidence de l'adulte, ses relations sociales, son alimentation et ses préférences personnelles concernant son apparence physique (vêtements, coupe de cheveux, etc.), son hygiène personnelle et ses loisirs. Ils peuvent aussi concerner les décisions médicales et thérapeutiques qui requièrent le consentement éclairé de l'adulte.
- 139 Certains États ne prévoient pas de pouvoirs de représentation relatifs aux affaires personnelles et ne connaissent que les pouvoirs de représentation concernant des affaires patrimoniales. Dans ces États, seule une mesure de protection prise par une autorité compétente ou une disposition légale de représentation *ex lege* peut conférer des pouvoirs de représentation pour les décisions concernant les affaires personnelles.
- 140 Parfois, les pouvoirs de représentation en matière médicale peuvent être réglementés dans le cadre de la législation interne applicable aux actes de volonté anticipée comme les directives anticipées.

**b. Affaires patrimoniales**

- 141 Les pouvoirs généraux de représentation peuvent couvrir toutes les décisions en matière patrimoniale prises dans l'intérêt de l'adulte.
- 142 Cependant, il peut être nécessaire de distinguer les actes de simple gestion courante des affaires de l'adulte, qui ne requièrent pas nécessairement de représentation (par ex., payer des factures, acheter des biens de consommation quotidiens, relever le courrier) des actes qui peuvent nécessiter une représentation. Parmi ces derniers, une distinction peut être opérée entre les actes d'administration (acheter des produits de consommation de valeur, signer un bail, ouvrir un compte bancaire, remplir une déclaration d'impôts, faire une demande de pension ou d'aide sociale, percevoir des revenus, effectuer des placements...) et les actes de disposition (vente, aliénation, hypothèque, donation de biens meubles ou immeubles...). Enfin, les actes de disposition peuvent être à leur tour divisés entre les actes à titre gratuit (par ex. don, libéralité) et les actes à titre onéreux.
- 143 Dans certains États, les pouvoirs généraux de représentation peuvent uniquement concerner la gestion courante des affaires de l'adulte et les actes d'administration. Pour que les actes de disposition soient inclus, ils doivent être expressément prévus dans l'acte établissant les pouvoirs de représentation.
- 144 Au moment de la rédaction de ce document, certains États ne prévoient pas la possibilité de conférer un pouvoir de représentation concernant les affaires patrimoniales.
- 145 En matière patrimoniale, certains États peuvent réglementer l'étendue des pouvoirs de représentation de manière similaire aux mandats généraux tels que les procurations.

**c. Les différentes exigences de forme et leurs effets sur l'étendue des pouvoirs de représentation**

- 146 Pour que le représentant puisse accomplir certains actes juridiques nécessitant des formalités particulières (par ex. acte authentique, certification), certains États peuvent exiger que l'acte établissant les pouvoirs de représentation revête une forme particulière.
- 147 Ainsi, par exemple, des pouvoirs de représentation conférés par un acte sous-seing privé ne permettront pas au représentant d'accomplir des actes relatifs à un bien immobilier si, en vertu de la loi applicable, ceux-ci requièrent l'intervention d'un notaire.

148 Par ailleurs, les actes qui requièrent l'autorisation d'une autorité compétente peuvent différer selon que le pouvoir de représentation est un acte authentique ou un acte sous seing privé.

## 2. Limites légales des pouvoirs spécifiques de représentation

149 Contrairement aux pouvoirs généraux de représentation, les pouvoirs spécifiques de représentation stipulent expressément les domaines dans lesquels le représentant peut et ne peut pas agir.

### a. Affaires personnelles

150 Les pouvoirs de représentation relatifs aux affaires personnelles peuvent concerner, par exemple, le choix du lieu de résidence de l'adulte, le choix des soins et traitements médicaux qui lui seront dispensés, l'inspection des papiers personnels (correspondance, notes personnelles, etc.), le droit d'accès aux données personnelles et confidentielles et le droit de les rectifier, la réception du courrier.

151 Il peut être nécessaire de vérifier si la loi applicable autorise les pouvoirs spécifiques de représentation à couvrir les décisions médicales graves, comme une décision relative à une procédure invasive à pratiquer ou non sur l'adulte (par ex. une opération).

### b. Affaires patrimoniales

152 Les pouvoirs spécifiques de représentation relatifs aux affaires patrimoniales peuvent concerner, notamment, la vente d'un certain bien immobilier, la gestion d'une entreprise appartenant à l'adulte ou dont il est administrateur ou la gestion d'une succession dont il est l'héritier.

## 3. Actes nécessitant l'autorisation spécifique d'une autorité compétente prévue par la loi ou par les pouvoirs de représentation

153 Les pouvoirs eux-mêmes ou la loi applicable peuvent exiger que pour être exécutés, certains actes prévus dans les pouvoirs de représentation (par ex. des transactions concernant des immeubles) doivent être autorisés par une autorité compétente, afin de vérifier que les actes en question sont conformes à l'intérêt de l'adulte.

154 Dans certains États, cette autorisation spécifique serait exigée aussi bien lorsque le représentant a été nommé par l'adulte que lorsqu'il a été nommé par une autorité compétente. Dans d'autres États, les représentants désignés par une autorité compétente peuvent avoir l'obligation de demander cette autorisation spécifique plus souvent que les représentants désignés par un adulte.

155 L'obligation d'obtenir l'autorisation d'une autorité compétente pour accomplir certains actes en vertu d'un pouvoir de représentation est une restriction de l'étendue des pouvoirs. Cette obligation peut émaner des pouvoirs de représentation eux-mêmes ou de la loi applicable. Une autorité compétente peut être également en mesure d'autoriser le représentant à accomplir des actes non prévus dans les pouvoirs de représentation.

156 Les pouvoirs ou la loi applicable peuvent exiger que le représentant demande l'autorisation d'une autorité compétente pour les décisions extrêmement personnelles ou importantes, par exemple concernant un traitement médical à haut risque, un traitement médical forcé ou le placement involontaire d'un adulte (voir, *infra*, section 5, point b). Il est également possible que les pouvoirs ou la loi applicable exigent seulement que le représentant obtienne l'autorisation d'une autorité compétente pour les actes de disposition de biens meubles ou immeubles effectués à titre gratuit (par ex. dons, libéralités). Un État au moins parmi ceux qui ont été consultés dans le cadre de la rédaction de ce document autorise un représentant à modifier le bénéficiaire, d'une police d'assurance-vie par exemple, avec l'autorisation d'une autorité compétente.

#### 4. Actes nécessitant une consultation, prévus par les pouvoirs de représentation

157 Le pouvoir de représentation peut obliger un représentant à consulter une ou plusieurs personnes désignées (par ex. un professionnel, des parents ou des proches de l'adulte) avant de prendre certaines décisions afin d'échanger sur l'interprétation de la volonté, des préférences, des instructions ou des souhaits de l'adulte.

#### 5. Actes ou catégories d'actes exclus par la loi

##### a. Actes extrêmement personnels ou importants

158 Certains États peuvent interdire ou limiter<sup>29</sup> l'inclusion de certains actes dans un pouvoir de représentation car ils peuvent être considérés comme trop personnels ou importants pour être décidés pour le compte de l'adulte. Exemples :

- consentement au mariage ou au divorce,
- reconnaissance d'un enfant de l'adulte,
- consentement de l'adulte à l'adoption,
- exercice des droits parentaux de l'adulte,
- choix du nom d'un enfant,
- consentement à la stérilisation ou à la procréation médicalement assistée,
- demande d'euthanasie ou consentement à l'euthanasie,
- interruption volontaire de grossesse,
- consentement à des procédures médicales invasives (par ex. chirurgie).

159 Dans certains États, le droit de vote peut aussi entrer dans cette catégorie d'actes trop personnels ou importants pour être décidés pour le compte de l'adulte dans le cadre d'un pouvoir de représentation. Pour d'autres États, le choix de la résidence et celui des relations sont des décisions qui appartiennent exclusivement à l'adulte. C'est seulement lorsqu'il lui est impossible de prendre ces décisions qu'elles doivent être soumises à une autorité compétente.

160 Dans le domaine médical, les lois relatives aux droits des patients sont souvent considérées comme des lois de police et d'ordre public qui, à ce titre, peuvent affecter la mesure dans laquelle des pouvoirs de représentation valablement établis dans un autre État peuvent être exercés. À titre d'exemple, des directives de fin de vie, valables dans un État, pourraient être sans effet dans l'État requis car contraires à l'ordre public.

161 Dans certains États, un représentant ne peut prendre des décisions médicales pour le compte de l'adulte que si un médecin ou un professionnel de santé a diagnostiqué ou confirmé l'altération des facultés personnelles de l'adulte. Lorsque l'adulte a donné des instructions ou exprimé des souhaits et des préférences concernant l'administration d'un traitement de maintien en vie, le droit interne peut déterminer si le représentant peut ou non exécuter ces instructions, souhaits ou préférences.

162 En matière patrimoniale, l'établissement ou la révocation de dispositions testamentaires sont généralement considérés comme des actes extrêmement personnels qui, de ce fait, ne peuvent être décidés par le représentant dans l'exercice de ses pouvoirs de représentation.

---

<sup>29</sup> Voir, *supra*, para. 153 à 156.

**b. Privation de liberté**

163 La situation dans laquelle l'adulte doit être privé de sa liberté de mouvement ou de sa capacité de décision lorsque l'altération ou l'insuffisance de ses facultés personnelles le met lui-même ou d'autres personnes en danger constitue un cas particulier. Cette question peut également concerner l'administration de médicaments visant à modifier ou contrôler le comportement de l'adulte et à l'empêcher de résister aux mesures prises pour le protéger ou pour protéger son entourage.

164 Certains États ont instauré des règles qui délimitent précisément les pouvoirs d'un représentant lorsqu'une urgence caractérisée impose de prendre une décision qui restreint la liberté d'un adulte ou requiert l'usage de la force sur l'adulte afin de prévenir un risque imminent. D'autres États peuvent expressément exclure ce type de décisions des pouvoirs de représentation. Certains droits internes peuvent interdire à un représentant de s'opposer au placement forcé de l'adulte dans un établissement psychiatrique ou à l'administration d'un traitement psychiatrique.

**c. Donations**

165 Certains États peuvent expressément exclure la donation entre vifs effectuée par un représentant (c.-à-d. un don au nom de l'adulte lorsqu'il est encore en vie). Toutefois, cette exclusion peut être nuancée par l'existence d'instructions données et de souhaits émis par l'adulte, pour des donations qui concernent ses biens.

166 Certains droits internes peuvent n'autoriser les donations que lorsque le montant est raisonnable et disposer que les bénéficiaires doivent être des personnes ayant un lien de sang ou d'alliance avec l'adulte ou des causes que l'adulte aurait probablement soutenues avant l'insuffisance ou l'altération de ses facultés personnelles.

**d. Actes pouvant impliquer un conflit d'intérêts**

167 De manière générale, la plupart des États règlent le conflit d'intérêts pouvant survenir à l'égard du représentant en excluant des pouvoirs de représentation tous les actes dont le représentant peut être bénéficiaire, soit personnellement, soit indirectement à travers ses proches. Certains États limitent ou excluent aussi la possibilité pour les représentants de prendre une décision pour le compte de l'adulte qu'ils représentent lorsqu'ils agissent aussi en qualité de représentant pour un autre adulte dans la même transaction (par ex. un enfant représentant ses deux parents). La loi applicable aux pouvoirs de représentation régira aussi le conflit d'intérêts (art. 15). Une autre solution pour l'adulte est de régler lui-même les conflits d'intérêt en désignant, dans les pouvoirs de représentation, un représentant *ad hoc* qui se substituera au représentant principal pour les décisions et les actes qui présentent un conflit d'intérêts (voir chapitre II, partie H, section 7).

**6. Cas particulier : prise de décision assistée, codécision et dispositions analogues**

168 L'étendue des pouvoirs de représentation et, par extension, celle des pouvoirs du représentant peuvent dépendre du type et du niveau d'aide dont l'adulte a besoin. Il est possible que l'altération des facultés personnelles de l'adulte soit intermittente ou légère, ce qui nécessite une aide ou une assistance occasionnelle seulement dans certains domaines de la vie. Dans ce cas, des dispositifs de décision assistée ou de codécision seront peut-être les plus adaptés aux besoins de l'adulte. Ces dispositifs permettent à l'adulte de continuer à exercer sa capacité juridique dans une certaine mesure tout en lui apportant l'aide et l'assistance dont il a besoin pour prendre ses décisions personnelles ou patrimoniales. Cependant, lorsque les pouvoirs prévoient uniquement un dispositif de décision assistée ou de codécision et qu'une nouvelle altération des facultés de l'adulte survient, qui nécessite un degré de représentation plus élevé, la personne qui l'assiste ou le soutient peut avoir besoin de saisir une autorité compétente et d'obtenir l'autorisation de

représenter l'adulte dans un plus grand nombre de domaines de sa vie, ou de prendre davantage de décisions pour son compte et dans son intérêt (décision substituée).

#### **8. Différences entre l'étendue des pouvoirs de représentation conférés par l'adulte lui-même et celle des pouvoirs de représentation conférés par une autorité compétente**

169 En fonction du système juridique, il peut y avoir ou non une différence importante entre l'étendue des pouvoirs qui ont été conférés par l'adulte lui-même, par un acte unilatéral ou par un accord, et l'étendue des pouvoirs qui ont été conférés à un représentant par une autorité compétente dans le cadre d'une mesure de protection. En tout état de cause, le contexte dans lequel les pouvoirs de représentation sont conférés peut être différent. Lorsqu'un adulte établit lui-même des pouvoirs de représentation, il le fait en toute autonomie et en toute connaissance de cause, ce qui confère une certaine souplesse.

170 Des différences ou des nuances peuvent donc être observées en ce qui concerne :

- les actes qui seront soumis à l'autorisation d'une autorité compétente (par ex. actes de disposition),
- et les actes qui seront exclus des pouvoirs de représentation, même avec une autorisation.

#### **8. Instructions données et souhaits émis par l'adulte**

171 S'ils sont tenus à jour, les instructions données et les souhaits émis par un adulte reflètent fidèlement ses souhaits et ses préférences. Afin de s'assurer de la prise en considération de ces instructions et de ces souhaits au cas où un représentant ou un mandataire ne serait pas en mesure d'agir, un adulte peut avoir établi un acte unilatéral séparé indiquant les instructions et les souhaits qui resteront valables même après l'extinction des pouvoirs du représentant.

172 Certains États connaissent les actes de volonté anticipée contenant les instructions et les souhaits de l'adulte, tels que les directives anticipées, et leur donnent effet. Les règles internes qui régissent ces actes de volonté anticipée peuvent différer de celles qui concernent les pouvoirs de représentation, notamment au plan de la forme, de la validité et du contenu.

173 Les actes de volonté anticipée tels que les directives anticipées peuvent être soumis à des exigences de forme, telles qu'un écrit daté et signé. De nombreux États proposent des formulaires types non obligatoires pour établir ces actes de volonté anticipée.

174 Les actes de volonté anticipée tels que les directives anticipées peuvent être également soumis à des obligations de notification (voir, *supra*, partie E, section 6).

175 Dans certains États, un proche de l'adulte peut avoir la possibilité de demander à une autorité compétente une déclaration de la validité et de la force contraignante des instructions données et des souhaits émis par l'adulte. Cette personne peut également saisir l'autorité compétente pour vérifier si le représentant agit conformément à ces instructions et à ces souhaits.

##### **a. Affaires personnelles : instructions et souhaits relatifs au bien-être et aux soins**

176 L'adulte peut exprimer des souhaits et donner des instructions concernant son quotidien (par ex., hygiène, alimentation, vêtements, activités, loisirs et vacances, relations amicales, sociales et familiales, animaux domestiques, dispositions pratiques relatives au lieu de vie et aux visites éventuelles d'une aide-ménagère ou de soignants). Ces instructions et ces souhaits peuvent également concerner le choix d'un établissement pour personnes âgées dépendantes ou du maintien à domicile. Ce seront souvent des dispositions « de fin de vie ».

**b. Affaires personnelles : instructions et souhaits dans le domaine médical et en matière de santé**

177 En fonction de la loi applicable, les instructions et les souhaits dans le domaine médical et en matière de santé peuvent concerner, par exemple :

- la poursuite, la limitation, l'arrêt ou le refus de traitements médicaux et de procédures, y compris les soins palliatifs,
- le souhait ou le refus de traitements de maintien en vie<sup>30</sup>,
- les préférences pour certains types de soins et de traitements médicaux,
- le choix des professionnels de la santé.

178 Ces instructions ou souhaits peuvent faire partie des dispositions de « fin de vie ». Dans certains États, ils peuvent être régis par le droit interne relatif à la protection des patients. Celui-ci peut comprendre des règles relatives à l'obtention d'un consentement éclairé (de l'adulte, du représentant ou des deux, selon le cas), au devoir du professionnel de santé d'informer le représentant ainsi que d'éventuelles restrictions des pouvoirs de décision du représentant dans ce domaine (voir, *infra*, section 9, point a).

**c. Affaires personnelles : choix/préférence/exclusion d'une personne à désigner comme représentant, tuteur ou assistant de l'adulte**

179 Un acte de volonté anticipée tel qu'une directive anticipée peut contenir les instructions ou les souhaits de l'adulte quant à la personne qui pourrait, en cas de besoin, être désignée représentant, tuteur ou assistant par une autorité compétente. Dans ce cas, les instructions et les souhaits sont adressés à l'autorité compétente qui, lorsqu'elle prend une mesure de protection, est vivement encouragée à en tenir compte. Les instructions et les souhaits peuvent également indiquer une ou des personnes que l'adulte ne souhaite pas voir désigner. La loi applicable peut prévoir d'autres exclusions concernant le choix du représentant (voir chapitre II, partie D, section 2).

180 Afin de garantir que les instructions et les souhaits seront portés à l'attention de l'autorité compétente, il peut être souhaitable d'enregistrer l'acte qui les contient conformément à la loi applicable.

**d. Affaires personnelles : instructions et souhaits concernant le choix d'un État**

181 Les instructions et les souhaits peuvent également indiquer l'État qui pourrait avoir une compétence internationale pour prendre des mesures de protection lorsque l'adulte sera incapable de pourvoir lui-même à ses intérêts en raison de l'altération ou de l'insuffisance de ses facultés personnelles. Cette disposition peut être prise en compte par une autorité ayant la compétence primaire en vertu de l'article 5 ou 6 de la Convention de 2000 pour un éventuel transfert de compétence en application de son article 8.

**e. Instructions et souhaits en matière patrimoniale**

182 L'adulte peut exprimer des souhaits ou donner des instructions concernant la gestion de ses biens. Il peut également indiquer, par exemple, comment il souhaite disposer d'un certain meuble ou immeuble lorsqu'il sera admis dans un établissement pour personnes âgées dépendantes. Ces souhaits et instructions peuvent ressembler à un testament si ce n'est qu'ils concernent la période

---

<sup>30</sup> Le terme de « traitements de maintien en vie » couvre le large éventail d'actes médicaux qui peuvent être proposés à un adulte, allant des seuls soins de confort à l'hospitalisation et à la réanimation.

au cours de laquelle l'adulte est temporairement ou définitivement incapable de veiller sur ses biens tandis qu'un testament ne prend effet qu'au décès du testateur.

#### **f. Directives post-mortem**

183 Les souhaits exprimés quant à ce qui doit advenir de la personne ou des biens de l'adulte après le décès peuvent être inclus dans le même type d'acte, mais ils ne constituent pas des pouvoirs de représentation au sens de la Convention de 2000. Les directives *post-mortem* concernant la personne de l'adulte peuvent indiquer le refus du don d'organe *post mortem*.

184 Les instructions données ou les souhaits exprimés par l'adulte quant à la gestion ou à la disposition de ses biens après son décès sont exclus de la notion de directives anticipées et de pouvoirs de représentation au sens large. Ils entreront dans le champ d'application des dispositions relatives aux successions et ne relèvent pas de la Convention de 2000.

### **9. Les instructions données ou les souhaits émis par l'adulte sont-ils juridiquement contraignants ?**

185 Certains actes de volonté anticipée contiennent des instructions contraignantes, d'autres de simples souhaits pour l'avenir<sup>31</sup>. Le caractère contraignant des instructions et des souhaits sera sans doute réglé par le droit interne ou par les autorités compétentes au cas par cas. Le droit interne régissant les actes de volonté anticipée tels que les directives anticipées peut aussi prévoir l'évaluation (ou la réévaluation) du caractère contraignant des instructions et des souhaits qu'ils contiennent en cas de changement de situation important (par ex. l'amélioration d'une procédure médicale que l'adulte avait déclaré ne pas souhaiter subir). Le caractère contraignant des instructions données et des souhaits émis par l'adulte peut aussi changer si des circonstances que l'adulte n'aurait pas pu anticiper au moment où il les a établis les rendent inapplicables, voire contraires à ses intérêts.

186 Lorsque l'adulte désigne un représentant dans un acte de volonté anticipée tel qu'une directive anticipée, ce dernier n'est pas tenu d'accepter. Toutefois, s'il accepte, il est lié par les instructions données par l'adulte et doit tenir compte de ses souhaits dans la mesure prévue par la loi applicable.

187 Dans le contexte du mécanisme de supervision et de contrôle relatif aux pouvoirs de représentation, une autorité compétente ou la personne physique ou morale désignée pour superviser l'exercice des pouvoirs devrait tenir compte de la volonté, des préférences, des instructions ou des souhaits de l'adulte et vérifier si le représentant les respecte (voir chapitre II, partie H). Si ce n'est pas le cas, l'autorité compétente ou la personne physique ou morale chargée de la supervision pourra envisager de prendre les mesures nécessaires. En situation transfrontière, l'article 16 de la Convention de 2000 peut s'appliquer.

#### **a. Affaires personnelles**

188 Le représentant d'un adulte peut être légalement tenu de consulter celui-ci ou de l'associer autant que possible aux décisions qui le concernent. S'il est impossible de déterminer la volonté, les préférences, les instructions ou les souhaits actuels de l'adulte ou s'il est raisonnablement impossible de s'y conformer, le représentant peut se référer au contenu des actes de volonté anticipée établis par l'adulte avant l'altération de ses facultés.

189 Bien que le caractère contraignant des instructions données et des souhaits émis par l'adulte dépende du droit interne ou des autorités compétentes, certains États opèrent une distinction

---

<sup>31</sup> 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](#), voir Exposé des motifs, para. 178 à 181.

entre les questions médicales et non médicales. Dans certains États, les instructions et les souhaits qui ne concernent pas des questions médicales doivent être respectés autant que possible et si c'est impossible, le représentant peut y déroger. En revanche, les instructions et les souhaits en matière médicale peuvent avoir plus de poids et doivent être respectés. Cependant, certains droits internes peuvent autoriser les professionnels de santé à les reconsidérer dans certaines circonstances et à donner les raisons pour lesquels ils dérogent aux instructions ou souhaits initiaux. La loi applicable peut disposer qu'il peut être dérogé à des instructions ou des souhaits en matière médicale si, entre autres :

- ils sont contraires à la loi,
- des doutes sérieux laissent supposer qu'ils ne sont pas l'expression de la libre volonté de l'adulte,
- ils ne correspondent pas à la volonté présumée de l'adulte dans la situation donnée,
- les progrès de la médecine enregistrés après leur établissement pourraient avoir un impact sur la volonté de l'adulte,
- il y a une urgence vitale,
- leur exécution est manifestement contraire à l'intérêt de l'adulte, spécifiquement en cas de changement de situation.

190 Les instructions et les souhaits concernant les traitements médicaux sont souvent soumis à des lois particulières relatives à la protection des patients, qui contiennent des dispositions considérées d'ordre public (voir, *supra*, section 5, point a). Par conséquent, des actes de volonté anticipée tels que des directives anticipées qui sont valables dans l'État où ils ont été établis peuvent être considérés comme non valables ou sans effet dans l'État requis car contraires à l'ordre public. Ce peut être le cas, par exemple, des directives concernant la pratique de l'assistance à la fin de vie (c.-à-d. euthanasie).

191 Dans certains États, le représentant ne peut refuser un traitement pour le maintien en vie de l'adulte, même si ce dernier a exprimé son opposition à ces soins dans l'acte de volonté anticipée contenant ses instructions et ses souhaits.

#### **b. Affaires patrimoniales**

192 Le caractère contraignant des instructions ou des souhaits concernant la gestion des affaires patrimoniales de l'adulte dépendra du droit interne ou de l'autorité compétente saisie de la question.

#### **c. Effet d'une exigence de forme sur le caractère contraignant des instructions données ou des souhaits émis par l'adulte**

193 Lorsque la loi applicable prévoit des dispositions portant sur la validité formelle (par ex. enregistrement, acte authentique, certification) des actes de volonté anticipée, les instructions ou souhaits peuvent être plus contraignants que ceux pour lesquels il n'existe pas de cadre juridique.

### **IV. Modification des pouvoirs de représentation**

194 Les règles relatives à la loi applicable énoncées à l'article 15 de la Convention de 2000 s'appliquent aussi à la modification des pouvoirs de représentation.

195 L'article 16 de la Convention autorise une autorité compétente d'une Partie contractante compétente en vertu de la Convention à modifier des pouvoirs de représentation qui ont été établis dans une autre Partie contractante si ces pouvoirs ne sont pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte. L'article 16 impose aussi que

la loi applicable aux pouvoirs de représentation, déterminée conformément à l'article 15, soit prise en considération dans la mesure du possible.

196 Sauf indication contraire, les pouvoirs de représentation qui sont examinés dans cette Boîte à outils comprennent ceux qui peuvent être conférés, par un accord ou par un acte unilatéral, à une personne désignée pour agir en qualité de représentant, ainsi que l'ensemble des instructions et des souhaits exprimés, séparément ou avec cette désignation.

197 Lorsqu'on vérifie la validité d'un pouvoir de représentation modifié en vertu de la loi d'un autre État ou qu'on envisage d'appliquer la loi d'un autre État pour modifier des pouvoirs de représentation, il convient de prêter attention aux aspects ci-après.

## 1. Qui peut modifier les pouvoirs de représentation et à quel moment ?

198 La volonté d'assurer l'autonomie de l'adulte en cas d'altération ou d'insuffisance de ses facultés personnelles est au cœur de l'établissement des pouvoirs de représentation. C'est pourquoi, en règle générale, seul un adulte capable peut modifier ses pouvoirs de représentation et il peut le faire à tout moment sans justification.

199 De même, dans de nombreux systèmes juridiques, un adulte capable peut modifier les instructions qu'il a données ou les souhaits qu'il a exprimés.

200 La modification des pouvoirs de représentation par l'adulte lui-même, sans l'intervention d'aucune autorité, peut être opérée avant ou après leur prise d'effet<sup>32</sup> mais elle peut dépendre de l'évaluation de la capacité de l'adulte.

201 Dès lors que ses facultés personnelles sont altérées, l'adulte risque de ne pas avoir la capacité pour modifier les pouvoirs de représentation. De ce fait, dans certains États, les pouvoirs ne peuvent être modifiés que par une autorité compétente, en tenant compte de la volonté, des préférences, des instructions et des souhaits de l'adulte.

## 2. Quelles dispositions peuvent être modifiées ?

### a. Modification par l'adulte lui-même avant l'altération de ses facultés

202 La modification des pouvoirs de représentation par l'adulte peut concerner notamment les éléments suivants :

- la désignation du représentant (voir chapitre II, partie D),
- les modalités de prise de décision dans le cas de nominations conjointes, plurielles ou de remplacement en cas de pluralité de représentants (voir chapitre II, partie D, section 3),
- les conditions de prise d'effet des pouvoirs de représentation (voir chapitre II, partie F),
- les modalités de supervision (voir chapitre II, partie H),
- l'étendue des pouvoirs de représentation conférés, à savoir les actes exclus ou inclus (voir chapitre III),
- les instructions données ou les souhaits exprimés (voir chapitre III, section 8),
- la personne à désigner par préférence en qualité de tuteur, d'assistant ou de personne de confiance par une autorité compétente en cas de besoin (voir chapitre III, section 8, point c),

---

<sup>32</sup> Les pouvoirs de représentation peuvent prendre effet immédiatement ou après un certain délai, après une évaluation de la capacité de l'adulte. Dans certains États, les pouvoirs de représentation ne peuvent prendre effet qu'avec l'intervention d'une autorité compétente, le cas échéant conformément aux conditions fixées par l'adulte dans ses pouvoirs de représentation. Voir chapitre II, partie F.

- la ou les personnes à consulter par le représentant.

203 Aux termes de l'article 15(2) de la Convention, l'adulte peut désigner expressément par écrit la loi applicable aux pouvoirs de représentation. On peut donc concevoir que ce choix pourrait être lui aussi modifié par l'adulte avant l'altération ou l'insuffisance de ses facultés personnelles. La loi applicable nouvellement choisie doit être conforme à l'article 15(2) de la Convention de 2000 et, en fonction de l'affaire considérée, les pouvoirs de représentation précédemment établis devraient conserver leur validité en vertu de la loi applicable nouvellement choisie.

***b. Modification par une autorité compétente après l'altération des facultés personnelles de l'adulte***

204 La mesure dans laquelle l'étendue des pouvoirs de représentation peut être modifiée par une autorité compétente dépendra de la loi applicable. Par conséquent, cet aspect peut être très différent d'un État à l'autre.

205 Dans certains systèmes juridiques, il est impossible de diviser les pouvoirs de représentation en éléments individuellement modifiables. Par conséquent, si un élément d'un acte établissant des pouvoirs de représentation doit être modifié par une autorité compétente, il peut en résulter le retrait total des pouvoirs de représentation et, le cas échéant, leur remplacement par une mesure de protection. D'autres systèmes juridiques peuvent autoriser les autorités compétentes à modifier certains éléments des pouvoirs de représentation tout en laissant d'autres éléments inchangés. Il est possible également qu'une autorité compétente qui ne peut pas modifier les pouvoirs puisse malgré tout nommer un superviseur du représentant.

206 La mesure dans laquelle une autorité compétente peut modifier les pouvoirs de représentation peut aussi dépendre du type de disposition à modifier et du caractère essentiel ou non de cette disposition dans l'établissement et l'exercice des pouvoirs de représentation. Une autorité compétente peut être autorisée, par exemple, à modifier les exigences de supervision, à ajouter des instructions à l'intention du représentant ou à limiter certains des pouvoirs qui lui ont été conférés sans modifier l'effet des pouvoirs.

207 Dans certains systèmes juridiques, il est impossible de modifier l'aspect le plus essentiel des pouvoirs de représentation, à savoir la disposition qui désigne le représentant de l'adulte. En effet, certains systèmes juridiques peuvent considérer que changer le représentant désigné met fin aux pouvoirs de représentation et exige, s'il y a lieu, qu'une autorité compétente prenne une mesure de protection en vertu de l'article 3 (par ex. désignation d'un tuteur ou d'un représentant analogue). Cependant, si l'adulte a désigné lui-même un représentant remplaçant ou alternatif dans l'acte établissant les pouvoirs de représentation, une autorité compétente peut donner effet à cette modification sans modifier la nature des pouvoirs eux-mêmes.

208 Dans certains systèmes juridiques, lorsque les pouvoirs de représentation sont insuffisamment clairs sur certains points ou créent une insécurité pour le représentant, une autorité compétente peut interpréter les pouvoirs ou rectifier l'acte tout en respectant la volonté, les préférences, les instructions et les souhaits de l'adulte<sup>33</sup>.

209 Il peut arriver qu'en raison d'un changement important de situation, des instructions données ou des souhaits émis précédemment par l'adulte deviennent incompatibles avec ses intérêts. Dans certains systèmes juridiques, l'autorité compétente peut être habilitée à modifier ou révoquer ces instructions ou ces souhaits ou à les déclarer inapplicables dans une situation particulière, tout en laissant les pouvoirs de représentation inchangés (voir chapitre III, section 9). Avant de prendre

---

<sup>33</sup> Cela peut dépendre des dispositions générales internes applicables à la rectification des actes plutôt que de dispositions concernant certains types d'actes.

une telle décision, l'autorité compétente peut être tenue de s'efforcer de recueillir l'avis de l'adulte, si c'est possible.

### **3. Exigences de forme et protections associées, enregistrement compris**

210 Il faut souligner que la procédure de modification par un adulte capable peut également différer d'un État à l'autre.

211 Dans certains États, les exigences de forme prévues par la loi applicable pour l'établissement des pouvoirs de représentation peuvent également s'appliquer à leur modification par l'adulte (voir chapitre II, partie C). À titre d'exemple, la modification peut nécessiter un acte authentique ou une certification similaire à ce qui est requis lors de l'établissement initial des pouvoirs de représentation. Un adulte capable qui souhaite modifier des pouvoirs de représentation peut être également tenu de le faire par écrit et en présence de témoins.

212 Une protection possible pour la modification des pouvoirs de représentation peut être qu'il doit exister une décision définitive rendue par une autorité compétente sur la question, surtout lorsque les pouvoirs précédemment établis ont été enregistrés.

### **4. L'enregistrement de la modification des pouvoirs de représentation en tant qu'exigence de publicité**

213 Dans les systèmes juridiques où l'enregistrement des pouvoirs de représentation est possible ou obligatoire, il peut être utile de vérifier si une modification ultérieure des pouvoirs enregistrés doit être obligatoirement enregistrée pour être valable.

214 Afin d'éviter toute incertitude entourant l'existence et la modification des pouvoirs de représentation, il peut être utile de prévoir un système d'enregistrement permettant aux autorités compétentes ou à une personne intéressée de vérifier si des pouvoirs de représentation valablement délivrés dans un autre État ont été modifiés ou même éteints, conformément au droit interne de cet État (voir chapitre II, partie E, section 7).

## **V. Extinction (art. 15) et retrait (art. 16) des pouvoirs de représentation**

215 L'article 15 de la Convention de 2000 s'applique aussi à l'extinction des pouvoirs de représentation.

216 L'article 16 de la Convention de 2000 permet à une autorité compétente d'une Partie contractante ayant la compétence en vertu de la Convention de retirer des pouvoirs de représentation qui ont été établis dans une autre Partie contractante si ces pouvoirs ne sont pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte. Cet article impose aussi que la loi applicable aux pouvoirs de représentation, déterminée conformément à l'article 15, soit prise en considération dans la mesure du possible.

217 Lorsqu'on vérifie la validité de l'extinction de pouvoirs de représentation en vertu du droit étranger ou lorsqu'on envisage leur retrait conformément à la loi d'un autre État, les aspects suivants doivent être examinés.

### **1. Possibles conditions d'extinction du fait de circonstances concernant l'adulte ou le représentant ou de l'intervention d'une autorité compétente**

218 En fonction de la loi applicable et des dispositions des pouvoirs de représentation eux-mêmes, l'extinction des pouvoirs de représentation peut survenir, entre autres, dans les circonstances suivantes :

**a. Circonstances concernant l'adulte**

- l'adulte a recouvré sa capacité ;
- l'adulte est décédé ;
- l'adulte a révoqué les pouvoirs de représentation avant l'altération de ses facultés personnelles ;
- l'adulte a révoqué les pouvoirs de représentation après l'altération de ses facultés personnelles, un acte qui peut nécessiter l'autorisation ou la confirmation d'une autorité compétente ;
- l'adulte a désigné un autre représentant, ce qui peut impliquer l'extinction des pouvoirs de représentation antérieurs, à moins que cette désignation s'ajoute à la précédente ;
- l'adulte a été déclaré failli ou insolvable (pour les pouvoirs de représentation concernant des affaires patrimoniales).

**b. Circonstances concernant le représentant**

- le représentant est décédé ;
- le représentant a démissionné ;
- le représentant refuse d'assumer ses fonctions au moment de l'altération des facultés personnelles de l'adulte ;
- les facultés personnelles du représentant sont altérées ou une autorité compétente a pris une mesure de protection pour son compte ;
- le représentant a été déclaré failli ou insolvable ;
- le représentant de l'adulte est son époux ou son partenaire civil et les pouvoirs de représentation prévoient l'extinction de ces pouvoirs en cas de séparation, de divorce ou de nullité de leur mariage ou de leur partenariat civil ;
- le représentant et l'adulte ont un conflit d'intérêts (voir chapitre II, partie H, section 7).

**c. Intervention d'une autorité compétente**

- lorsqu'une autorité compétente prend la décision de retirer des pouvoirs de représentation parce que le représentant n'accomplit pas ses devoirs de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte (voir chapitre II, partie H) ;
- lorsqu'une autorité compétente nomme un tuteur et lui confère des pouvoirs identiques à ceux qui ont été établis dans les pouvoirs de représentation.

219 Outre les cas indiqués aux points a, b et c ci-dessus, les pouvoirs de représentation eux-mêmes peuvent décrire toute autre circonstance entraînant leur extinction.

220 Dans plusieurs systèmes juridiques, l'adulte peut décider lui-même de révoquer les pouvoirs de représentation, tant qu'il a la capacité de le faire, en dépit de leur prise d'effet. Dans ce cas, certains systèmes juridiques imposeraient que l'adulte justifie sa décision afin que l'autorité compétente détermine s'il y a lieu de prendre une mesure de protection. Dans d'autres systèmes juridiques, l'adulte peut décider de révoquer les pouvoirs de représentation même lorsqu'il n'est pas capable. Il peut, par exemple, exprimer, verbalement ou par son comportement, une mécontentement sérieuse avec son représentant. Cette situation impliquerait généralement qu'une autorité compétente doit intervenir et prendre une mesure de protection. Dans d'autres systèmes juridiques, si l'adulte décide de révoquer des pouvoirs de représentation conférés antérieurement qui ont été confirmés par une autorité compétente, ont été enregistrés ou ont pris effet, il pourra

être nécessaire qu'une autorité compétente confirme leur extinction en évaluant la capacité de l'adulte au moment où il décide de révoquer ces pouvoirs.

221 Dans certains États, un représentant ne peut démissionner qu'en donnant un préavis à l'adulte ou avec l'autorisation d'une autorité compétente.

222 Dans certains systèmes juridiques, l'acte établissant les pouvoirs de représentation peut stipuler que les pouvoirs sont irrévocables ou tout au moins qu'ils ne cessent pas lorsque l'adulte fait l'objet d'une mesure de protection ou à son décès.

## **2. Extinction automatique ou sur décision d'une autorité compétente**

223 Plusieurs des circonstances énumérées plus haut à la section 1, point a peuvent, en fonction de la loi applicable, entraîner l'extinction automatique (c.-à-d. de plein droit) des pouvoirs de représentation sans qu'il soit nécessaire qu'une autorité compétente évalue, valide ou confirme cette extinction.

224 Certains systèmes juridiques prévoyant l'extinction automatique des pouvoirs de représentation dans certaines circonstances (par ex. si l'adulte recouvre sa capacité) peuvent tout de même reconnaître les actes accomplis par le représentant pour le compte de l'adulte jusqu'à ce que les facultés personnelles de celui-ci lui permettent de pourvoir à nouveau à ses intérêts ou jusqu'à ce que le représentant soit informé de l'extinction.

225 S'agissant de l'extinction de plein droit des pouvoirs de représentation, il est possible que certaines conditions de forme prévues par la loi applicable doivent être réunies pour que l'extinction prenne effet. Ainsi, il peut être nécessaire de notifier l'événement qui a conduit à l'extinction des pouvoirs à une autorité ou de déposer une documentation médicale certifiant que l'adulte ne présente plus le problème de santé qui a altéré ses facultés personnelles.

226 Inversement, dans les États qui ne prévoient pas l'extinction automatique des pouvoirs de représentation dans certaines circonstances, l'intervention d'une autorité compétente peut être requise pour apprécier toute situation pouvant conduire à l'extinction des pouvoirs (par ex. faillite, perte de capacité juridique du représentant, divorce).

227 En outre, l'extinction des pouvoirs de représentation peut intervenir en vertu d'une décision de retrait prise par une autorité compétente dans l'exercice de sa fonction de supervision. Ce retrait peut survenir lorsque le représentant abuse de ses pouvoirs ou néglige ses devoirs (voir chapitre II, partie H).

## **3. Conséquences de l'application des exigences de forme aux pouvoirs de représentation**

228 Pour que l'adulte lui-même révoque valablement les pouvoirs de représentation, les exigences de forme prévues pour leur établissement peuvent s'appliquer (voir chapitre II, partie C). Ainsi, par exemple, l'extinction de pouvoirs de représentation établis par acte authentique peut requérir la même formalité. Dans d'autres États, un écrit de l'adulte lui-même peut suffire à révoquer les pouvoirs de représentation.

229 Dans les cas d'urgence qui empêchent l'adulte de suivre les mêmes exigences de forme, certains systèmes juridiques peuvent accepter que les pouvoirs de représentation soient révoqués par d'autres moyens tels qu'une déclaration orale ou un enregistrement vidéo (effectué par un médecin ou un autre professionnel de santé) éventuellement devant témoins ou encore par le comportement de l'adulte impliquant la révocation.

## **4. Après le décès de l'adulte**

230 En fonction de la loi applicable mais aussi des pouvoirs de représentation eux-mêmes, les pouvoirs ne cessent pas nécessairement de plein droit au décès de l'adulte. Ainsi, il peut être nécessaire

que le représentant ou le plus proche parent de l'adulte remette le certificat de décès à une autorité compétente. Dans certains États, dans certaines circonstances et sauf disposition contraire des pouvoirs de représentation, le représentant peut demeurer habilité à prendre certaines mesures concernant la personne ou les biens de l'adulte après le décès (par ex. dispositions funéraires, mesures urgentes pour protéger les avoirs de l'adulte).

#### **5. Enregistrement de l'extinction des pouvoirs de représentation**

- 231 En fonction de la loi applicable, l'extinction des pouvoirs de représentation peut être enregistrée auprès de l'organisme qui a enregistré ces pouvoirs. L'acte établissant les pouvoirs de représentation peut alors être rayé du registre, ou l'enregistrement de l'acte conférant les pouvoirs de représentation peut être annulé.
- 232 Comme il est indiqué plus haut dans la section analysant la modification des pouvoirs de représentation, un système de publicité de l'extinction ou du retrait des pouvoirs de représentation peut être utile afin d'éviter la circulation de pouvoirs éteints et tout abus potentiel d'un ancien représentant.

#### **6. Conséquences pour les tiers de l'extinction ou du retrait des pouvoirs de représentation**

- 233 Après l'extinction des pouvoirs de représentation, des questions peuvent se poser quant à l'effet de cette extinction sur les tiers éventuels. Ainsi, le représentant peut avoir contracté des obligations contractuelles pour le compte de l'adulte, dont la validité ou la longévité peut être mise en question à l'extinction des pouvoirs de représentation.
- 234 En fonction de la loi applicable, les contrats conclus entre le représentant et des tiers de bonne foi peuvent perdurer après l'extinction des pouvoirs de représentation. Si, par exemple, un représentant a signé un bail avec des locataires concernant un bien appartenant à l'adulte, ce bail peut rester valable pour protéger les locataires tant qu'ils ne savaient pas ou n'auraient pas pu savoir que les pouvoirs étaient éteints.

## **ANNEXES**

**Annexe I**