

[Version provisoire]

Communication Comité français de DIP - 6 Octobre 2023 -

La protection internationale des adultes au confluent des sources

Anne CARON-DEGLISE et Isabelle BARRIERE BROUSSE

La protection juridique des adultes est définie, en droit interne français, comme le dispositif destiné à assurer la protection de la personne et de ses intérêts patrimoniaux lorsqu'elle se trouve dans l'impossibilité d'y pourvoir seule en raison d'une altération médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté¹. Notre dispositif interne a connu une évolution significative en 2007², ajustée par plusieurs textes en 2015³, 2019⁴ et 2020⁵. Sous l'influence européenne d'abord puis onusienne, le modèle adopté repose sur les principes de nécessité, de subsidiarité et de proportionnalité et son texte socle - l'article 415 du code civil - intègre les droits fondamentaux et le respect de la dignité de la personne dans sa protection, quel qu'en soit le niveau. Si son architecture globale demeure inchangée depuis 1968 autour des figures de la représentation et de l'assistance, des mesures nouvelles telle l'habilitation familiale sont apparues donnant davantage de place à la famille et, surtout, ont permis une anticipation volontaire conventionnelle avec le mandat de protection future. L'autorité judiciaire, et en particulier le juge, demeure le pivot du modèle dont elle arbitre et contrôle les entrées, le suivi et la surveillance générale, en sa qualité de garant constitutionnel des libertés individuelles, avec des nuances de plus en plus marquées pour les mandats conventionnels et l'habilitation familiale.

La multiplication des sources de droit supranationales conduit cependant, depuis plusieurs années, à s'interroger sur leur effet en droit français, sur la conformité de notre droit interne au droit international et européen et sur les difficultés à identifier les règles de droit applicables à la protection à chaque fois qu'un adulte vulnérable réside ou se déplace dans un Etat dont il n'est pas ressortissant. La disparité des législations et la mobilité croissante des adultes génèrent en tout état de cause d'importantes questions sur les droits et les procédures mobilisables, au-delà même des règles du droit international privé et dans la sphère des droits fondamentaux.

Le phénomène est difficile à quantifier en l'absence de statistiques fiables dans l'espace européen et interne. Dans l'espace de l'Union européenne, le nombre de mesures de protection mises en place par une autorité judiciaire ou administrative à l'égard d'adultes est estimé dans une fourchette se situant entre 145.000 et 780.000. Sur le territoire national, plus d'un million de mesures de protection sont actuellement en cours, pour près de la moitié exercées par les familles, sans qu'il soit possible de déterminer précisément la part des éléments d'extranéité pouvant entrer en ligne de compte. Or, nombre des personnes juridiquement protégées, ou en situation de l'être, détiennent des avoirs ou des biens immobiliers hors de leur pays de résidence habituelle. Certaines d'entre elles peuvent recevoir des soins ou être hébergées dans des structures d'accueil situées à l'étranger.

Les projections démographiques, le développement des maladies chroniques pour partie liées à l'avancée en âge, le nombre croissant de personnes en situation de handicap, laissent envisager une augmentation sensible du nombre d'adultes qui, en raison d'une altération de leurs facultés

¹ C. civ., art. 425

² Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007

³ Ord. n° 2015-1288 du 15 octobre 2015

⁴ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019

⁵ Ord. n° 2020-232 du 11 mars 2020

personnelles, ne pourront plus pourvoir seuls à leurs intérêts. En France comme, à des degrés divers, dans de nombreux Etats européens et occidentaux.

Si en droit interne, le code civil dispose, en son article 443, alinéa 2, que, sans préjudice des articles 3 et 15, le juge peut mettre fin à une mesure lorsque la personne protégée réside hors du territoire national, si cet éloignement empêche la suivi et le contrôle de la mesure, la pratique judiciaire actuelle conserve la compétence du juge des tutelles français à l'égard des personnes protégées même hors du territoire national, notamment pour les personnes hébergées en Belgique faute de solution à proximité de leur domicile initial.

En tout état de cause, dans la plupart des situations transfrontières, les adultes, leurs familles, et souvent les autorités, sont confrontés à des règles complexes, parfois contradictoires des Etats. La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes fournit un ensemble relativement complet de règles sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection, ainsi que des dispositions sur la loi applicable aux pouvoirs de représentation qui donnent en principe effet à ces pouvoirs dans contexte transfrontières. Elle établit également des mécanismes de coopération entre les autorités compétentes des Etats contractants et entre les autorités centrales des Etats contractants.

Toutefois, malgré ses qualités, le rayonnement géographique de la convention est faible dans le monde en en Europe même. Seulement 15 pays l'ont ratifiée, dont 12 Etats membres de l'Union européenne alors que nombre de situations concernent des ressortissants européens. Le rythme des ratifications de la convention est encore lent malgré le soutien appuyé du Conseil et du Parlement de l'Union et de la Commission européenne. Il n'existe par ailleurs, jusqu'à présent, aucune législation de l'Union sur la protection transfrontière des adultes alors que des déplacements peuvent être réalisés par exemple pour des questions d'hébergement, de soins, voire de fin de vie. Or, l'une des premières difficultés constatées provient en particulier du fait que les pays frontaliers de la France n'ont pas tous ratifié la convention : la Belgique vient de le faire (2017) mais l'Espagne notamment n'en est pas membre. De nombreux Etats occidentaux avec lesquels les ressortissants français ont de contacts réguliers parce qu'ils y résident ou y ont des biens ou des avoirs financiers non plus (par ex. les Etats-Unis et le Canada).

Dans ce contexte, la publication par la Commission européenne, le 31 mai 2023, d'un paquet législatif sur la protection des adultes est une excellente nouvelle. Ce paquet comprend d'abord une proposition de décision du Conseil⁶ autorisant 14 Etats membres qui ne sont pas parties contractantes à la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection des adultes à le devenir, ce qui laisse espérer une augmentation du périmètre d'application. Il comprend ensuite, et surtout, une proposition de règlement relatif à la compétence, à la loi applicable, à la reconnaissance et à l'exécution des mesures et à la coopération en matière de protection des adultes⁷, qui cherche à simplifier et à renforcer la coopération au sein de l'Union, en particulier entre les autorités des Etats et les autorités centrales mais aussi par une amélioration sensible des outils, dont la numérisation accrue des procédures, la création de registres nationaux interconnectés et l'introduction d'un

⁶ Proposition de décision du Conseil autorisant des Etats membres à devenir ou rester parties, dans l'intérêt de l'Union européenne, à la convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, 2023/0170 (NLE)

⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, 2023/0169 (COD). V. Depuis la présente communication, C. Chidaine, Un nouveau pas vers un droit international privé européen de la protection des adultes, D. 2023 p.1755 ; F. Jault-Seseke, Vers un règlement européen pour assurer la protection des adultes dans les situations transfrontières, D. 2023 p.1917

certificat européen permettant de prouver plus facilement les pouvoirs de représentation dans un autre Etat membre de l'Union.

C'est dire si la préparation de cette communication à deux voix a été passionnante et stimulante, d'autant que le thème de la protection internationale des adultes n'a pas été évoqué depuis fort longtemps devant votre comité.

En effet, sauf erreur, le thème de la protection internationale des adultes, d'une grande actualité, n'a pas été évoqué devant le Comité depuis la communication de Louis-Lucas en 1947 ; encore portait-elle sur un sujet plus vaste : « le problème de la loi applicable à l'état et à la capacité des personnes »⁸. C'est sous l'angle de la capacité ou de l'incapacité que la question était le plus souvent abordée à l'époque, comme l'avait fait Batiffol dans sa thèse de doctorat⁹. L'attention se portait alors sur le règlement des conflits de lois et -schématiquement- sur les mérites respectifs de la loi nationale et de la loi du domicile ou du for¹⁰. Plus tard - après 1968- l'accent a été mis sur la protection des incapables, sans pour autant que la situation des majeurs ne soit totalement distinguée de celle des mineurs, à l'image de la conception du droit interne. En témoigne la thèse du Pr Yves Lequette, « Protection familiale et protection étatique des incapables » publiée en 1976.

La protection des adultes a pu longtemps paraître comme un sujet très discret du droit international privé, peu propice à l'internationalisation. Les individus placés sous un régime de protection semblaient moins mobiles que les autres, à moins que l'importance de leur patrimoine n'inscrivît leur situation dans l'orbite de l'internationalité. L'adoption de la Convention de la Haye sur la protection internationale des adultes, il y a une vingtaine d'années, a revitalisé le sujet qui est ensuite monté en puissance, par l'intérêt suscité auprès des organisations internationales : le Conseil de l'Europe¹¹, l'Union européenne, et les Nations-Unies qui se sont saisies de la question sous l'angle un peu différent de la protection des personnes handicapées. L'actualité de la protection internationale des adultes est aujourd'hui pressante, mobilisant toutes les énergies de La Haye à Bruxelles, en passant par New-York...

Au développement des normes supranationales s'ajoute, en France, le projet de code de droit international privé, qui consacre quelques articles intéressants à la question.

C'est cette ébullition des sources en la matière qui nous a suggéré de placer notre communication sous le prisme du *confluent des sources* concernant la protection internationale des adultes. L'importance de la publication des deux propositions du 31 mai dernier nous a conduites à réorienter le projet initial pour placer ce futur droit de l'Union européenne au cœur de notre propos, mais toujours en liaison avec les autres sources, internationales notamment. Au vrai, l'euphorisation de la protection internationale des adultes « couvait » depuis plusieurs années ; elle a fait l'objet de plusieurs incitations du Parlement européen (2008 et 2017)¹² et a été encouragée par les milieux professionnels,

⁸ Trav. Comité fr. DIP 1946-1948 p.95

⁹ La capacité civile des étrangers en France, Sirey 1929

¹⁰ Cf F. Capotorti, La capacité en droit international privé, RCADI T.110, 1963 ; B. Dutoit, La protection des incapables majeurs en droit international privé, RCDIP 1967 p.466

¹¹ Recommandation n°R(99)4 sur les principes concernant la protection juridique des majeurs incapables, adoptée par le Comité des ministres le 23 février 1999 : <https://rm.coe.int/16805e3038> et Recommandation CM/Rec(2009)11 du Comité des ministres sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité, adoptée le 9 décembre 2009 : <https://rm.coe.int/09000016805cff5b>

¹² Résolution du 18 décembre 2008 contenant des recommandations à la Commission sur la protection juridique des adultes: implications transfrontalières (P6_TA(2008)0638) ; Résolution du 1^{er} juin 2017 contenant des recommandations à la Commission sur la protection des adultes vulnérables (P8_TA(2017)0235)

notamment le CNUE, et par des travaux universitaires¹³. Elle n'était cependant pas fermement arrêtée car l'existence de la Convention de La Haye, traitant de tous les aspects de DIP, questionnait sur l'intérêt réel d'une initiative de l'UE.

Un processus de collaboration avec la Conférence de La Haye a été entrepris avec une conférence conjointe CE-HCCE en décembre 2018 sur la protection transfrontière des adultes vulnérables, dont les conclusions tendaient à promouvoir la Convention de 2000, tout en envisageant des améliorations pratiques comme les formulaires modèles, les communications judiciaires directes, mais aussi des normes juridiques complémentaires, spécialement en matière d'autonomie des parties¹⁴. Les travaux se sont poursuivis à La Haye avec la réunion d'une Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention en novembre 2022 débouchant sur diverses conclusions et recommandations à l'adresse des parties contractantes¹⁵.

Parallèlement, une accélération s'est produite du côté de l'UE (consultation publique, rapport de l'Institut de droit européen (ELI)¹⁶, publication d'une importante étude commandée par la Commission européenne¹⁷, analyse d'impact de la Commission). La première idée était centrée sur la ratification par tous les Etats membres (EM) de la Convention de la Haye. L'UE elle-même ne peut adhérer à celle-ci en l'absence de clause ORIE¹⁸. Mais un rôle plus large de l'UE a été envisagé pour que la protection internationale des adultes bénéficie des avantages de l'espace judiciaire européen, auquel elle apporterait en retour une nouvelle pierre. D'où la publication « surprise » de la double proposition le 31 mai 2023. L'exposé des motifs de la proposition de règlement¹⁹ la justifie par « la valeur ajoutée » que représente « la simplification et la modernisation des règles figurant dans la convention en fonction de la situation de l'UE et dans le renforcement de la coopération entre les EM dans le domaine de la protection des adultes ». La proposition reprend pour l'essentiel les propositions faites dans le rapport final du groupe de travail et dans celui de l'Institut de droit européen.

On peut s'interroger, ici, sur la base légale des propositions du 31 mai 2023, et en particulier de la proposition de décision du conseil au regard de la compétence externe de l'Union. L'exposé des motifs vise « l'article 218, paragraphe 6, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), en liaison avec la base juridique matérielle de l'article 81, paragraphe 2, du même traité »²⁰ (la référence à l'article 81 TFUE sera examinée plus loin, car elle concerne la conception même de la protection des adultes). Comme cela a été le cas pour l'adhésion à la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la responsabilité parentale, le Conseil autorise (en réalité oblige²¹) les Etats membres à adhérer à une Convention internationale par l'effet d'une interprétation extensive de l'article 218 TFUE (ex 300) : peu

¹³ Notamment, C. Chidaine, La protection des adultes vulnérables dans l'Espace judiciaire civil européen, Aix-Marseille, 2022. T. Une étude de droit belge est très éclairante sur l'évolution, en droit interne, de la conception de la protection : T. van Halteren, La protection des personnes majeures vulnérables et mineures, Redéfinition du concept de capacité juridique au regard de celui de discernement, ULB, Wolters Kluwer 2018

¹⁴ Disponible sur le site de la Conférence : <https://assets.hcch.net/docs/0b1bde28-95eb-420d-9592-7d531b55d784.pdf>

¹⁵ <https://assets.hcch.net/docs/9867bae6-9b2a-4dba-87a2-9cc7ae9830cc.pdf>

¹⁶ The Protection of Adults in international Situations. Report of the European Law Institute, 2020

¹⁷ L. Adriaenssens, C. Borrett, S. Fialon, P. Franzina, N. Rass-Masson et I. Sumner, Study on the cross-border legal protection of vulnerable adults in the EU, Final Report, novembre 2021: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fac667c-99d6-11ec-83e1-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-253031377>

¹⁸ Art. 53 et 54 de la Convention. On sait que la présence d'une telle clause a en revanche permis à l'Union d'adhérer à d'autres instruments de La Haye, comme ceux sur l'élection de for et les obligations alimentaires

¹⁹ Exposé des motifs, p. 2

²⁰ Exposé des motifs, p. 6

²¹ Study on the cross-border legal protection of vulnerable adults in the EU, Final Report, préc. p.146

importe que l'UE ne puisse elle-même adhérer à l'accord, dès lors que cette compétence peut être exercée par l'intermédiaire des Etats membres agissant dans l'intérêt de l'Union²².

Quant à l'existence d'une compétence externe exclusive, les raisons en sont plus obscures. Il faut admettre qu'un instant de raison s'écoule entre les deux instruments – le règlement et la décision, en ce sens que ce n'est qu'en raison de l'adoption du règlement que l'Union disposera d'une compétence externe exclusive, du fait qu'existeront alors des « règles communes » qui pourraient être « affectées » par la conclusion d'un accord international, conformément à l'article 3§2 TFUE²³.

Dans ce contexte la protection internationale des adultes fait l'objet de nombreux questionnements. Il s'agit d'abord de repenser cette protection, à la lumière des sources internationales (Convention de La Haye et Convention internationale sur les droits des personnes handicapées, ci-après CIDPH) qui posent pour le futur droit de l'UE de véritables défis (I). *De lege ferenda*, la coexistence d'un règlement européen et de la Convention de La Haye sur le même sujet (le DIP relatif à la protection des adultes) soulève des difficultés méthodologiques qu'il conviendra d'examiner (II).

I- LES DEFIS DE LA PROTECTION INTERNATIONALE ET EUROPÉENNE DES ADULTES

Depuis le 18^{ème} siècle, le droit international vise à régir une société internationale plurielle, non homogène, dans laquelle les ressources sont inégalement réparties entre les Etats et dans laquelle les personnes sont inégalement dotées en richesse, en libertés et en bien-être. Si le « droit des gens », pour reprendre la dénomination initiale, a d'abord eu pour objet de définir les droits et devoirs juridiques des Etats, considérés comme étant les seuls sujets du droit international, ce droit ne s'est appliqué pendant près de deux siècles qu'à un quart de la planète.

Et le droit international privé, dont la fonction est de gérer les conséquences de la pluralité des systèmes juridiques potentiellement applicables à une même situation de fait, n'est pas seulement une technique complexe et une méthode de résolution de conflit de juridictions ou de lois. Il va plus loin et se doit sans doute, dans la régulation de la réception des normes juridiques étrangères qui ont vocation à pénétrer un ordre juridique d'accueil, d'interroger les droits fondamentaux des personnes ainsi que le font notamment les praticiens et en particulier les avocats et les juges du fait de la judiciarisation et de la constitutionnalisation du droit privé.

C'est particulièrement vrai sur le sujet très sensible des droits, des libertés et de la protection internationale des adultes vulnérables dont la conception même est aujourd'hui largement remise en question, tout comme son périmètre.

A. Une conception de la protection des adultes largement remise en question

²² CJUE 14 octobre 2014, Avis 1/13 relatif à l'acceptation de l'adhésion d'un Etat tiers à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, spéc. pt 44. Prise de position de l'avocat général M. Jääskinen présentée le 13 mai 2014. Sur cette évolution en particulier, P. Franzina (Dir), *The external dimension of EU Private International Law after Opinion 1/13*, Intersentia, 2017

²³ L'exposé des motifs de la proposition de décision, p. 7 l'explique ainsi : « La proposition de règlement complétera la convention de la HCCH sur la protection internationale des adultes de 2000 et intégrera certaines règles de la convention, en particulier celles relatives à la compétence internationale et à la loi applicable, ce qui les rendra directement applicables dans les Etats membres. Par conséquent, conformément à la jurisprudence établie de la CJUE, il existe un risque que la convention de la HCCH sur la protection internationale des adultes de 2000 affecte ou altère la portée de la proposition de règlement. »

Pourquoi protéger des adultes, contre quels risques et avec quels outils ? Dit autrement, sur quels fondements le modèle français, et plus largement occidental, de la protection des adultes et des règles européennes et internationales visant à assurer un continuum d'assistance et de représentation des personnes considérées comme particulièrement vulnérables repose-t-il ?

Relève-t-il toujours et partout de la protection attendue des solidarités familiales ou relève-t-il aussi, et plus fondamentalement, des solidarités collectives, du respect des droits fondamentaux des personnes et des garanties à développer concrètement dans toutes les situations et dans tous les pays. L'hétérogénéité persistante des législations et des organisations nationales démontre, s'il en était besoin, les difficultés rencontrées pour stabiliser une conception cohérente et partagée de la protection des adultes.

1. Droit des personnes ou droit de la famille ?

Le droit des personnes et le droit de la famille occupent **une place particulière dans le droit civil international et européen**, qui ne définit d'ailleurs pas ce qu'est un adulte vulnérable. Plusieurs expressions sont ainsi utilisées pour désigner un adulte se trouvant dans un état ou une situation de vulnérabilité du fait de l'altération de ses facultés mentales ou physiques ou de ses « insuffisances »²⁴ Ce domaine est révélateur de l'existence de contradictions, y compris au sein même de l'Union européenne en matière de répartition des compétences entre elle et les États membres. Sans doute parce que la protection des plus vulnérables apparaît relever en premier lieu des familles et parce que le droit de la famille est particulièrement ancré dans l'histoire et la culture de chaque État qui le considère comme un domaine relevant de la souveraineté nationale.

Rien d'étonnant donc à ce que **les instruments communautaires** qui se sont peu à peu développés, sous l'angle du droit de la famille, à compter de la Convention de Bruxelles de 1968 aient donc préservé une certaine « *permanence des spécificités nationales* » et, en tout état de cause, **aient quasi-systématiquement exclu l'état et la capacité des personnes de leur champ d'application** dès lors qu'ils étaient susceptibles de se répercuter sur ces questions²⁵.

L'explication se trouve, en partie, dans les développements concernant un éventuel code civil européen dont la doctrine relève combien il est difficile d'intégrer ces thèmes car ce sont des « *domaines trop fortement imprégnés de considérations culturelles, religieuses propres à chaque État membre* » de sorte que « *toute idée d'harmonisation ou d'unification (apparaît) saugrenue et des plus mal venues* ».

²⁴ L'article 1er de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 définit son domaine de mise en oeuvre à l'égard des situations à caractère international d'adultes dits « *vulnérables* » « *en raison d'une altération ou d'une insuffisance de leurs facultés personnelles, ne sont pas en état de pourvoir à leurs intérêts* ». Le terme « *adulte* » est défini à l'article 2 comme une personne ayant atteint l'âge de 18 ans et l'article 3 précise le périmètre de la protection par l'énumération des mesures relevant de la protection des adultes et en exclut certains domaines à l'article 4. La convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006 énumère en son article 1^{er} les obligations générales des États Parties qui s'engagent à garantir et à promouvoir le plein exercice de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales pour toutes les personnes handicapées sans discrimination d'aucune sorte fondée sur le handicap.

²⁵ Les deux premières grandes conventions de Bruxelles et de Rome, excluaient déjà la capacité et l'état des personnes dès leur premier article. Sur les treize principaux règlements actuellement applicables en matière de coopération judiciaire civile, neuf excluent explicitement de leur champ d'application les questions de capacité, voire d'état des personnes, potentiellement concernées par l'application du texte

Pour autant, la libre circulation des adultes les plus vulnérables et le respect effectif des droits fondamentaux des personnes concernées et de leurs proches est devenu un sujet dans la réalité des situations et en jurisprudence, que l'exercice de la capacité juridique soit ou non encadré par une décision de protection judiciaire, administrative ou volontaire. Les décisions prises, ou à prendre, à l'égard des personnes les plus vulnérables occupent en effet une place telle dans la vie courante des citoyens européens que garantir leur circulation, leur exécution, mais aussi les conditions d'accès à une réelle protection, constituent des enjeux essentiels dépassant largement les familles. L'organisation de garanties, tout particulièrement dans l'espace judiciaire civil européen, est la condition incontournable pour avoir la certitude d'être protégé de manière optimale, quels que soient ses déplacements au sein de l'Union²⁶. Cela implique non seulement la mise en place d'une mesure adaptée et respectueuse des droits fondamentaux de l'adulte mais aussi la garantie que la mesure revêtira un caractère de permanence transfrontière. Le professeur Lequette relève lui-même à ce titre que protection et permanence sont « *deux notions consubstantielles* »²⁷.

L'intervention de l'Union européenne en la matière faisait donc nécessairement partie des hypothèses possibles depuis quelques années, au moins sous la forme d'un rapprochement - à défaut d'une harmonisation des droits matériels nationaux- et d'une évolution du droit international privé.

Certains auteurs sont allés jusqu'à envisager une portabilité du statut personnel des adultes dans l'espace européen, intégrant l'état et la capacité des personnes et ouvrant la porte d'une approche qui, nécessairement, dépasse la conception familiale de la protection des adultes. Ces réflexions n'ont pas abouti en l'état et, pour l'instant, la portabilité concerne essentiellement les questions de statut matrimonial, de filiation ou encore des éléments d'identification tels que le nom et le sexe des individus.

Et, en effet, ***la question la plus essentielle est celle des droits fondamentaux des personnes elles-mêmes***, d'autant que toutes n'ont pas de famille et que, même présente, celle-ci peut être divisée, agir ou s'abstenir d'agir contre l'intérêt de l'adulte. La protection interne ou internationale des adultes est donc incontestablement une question de droit des personnes.

C'est dans cette voie que s'engage la proposition de règlement, dont il convient ici de relever qu'en se fondant sur l'article 81, §2, du TFUE et non sur l'article 81, §3, elle tranche la contradiction de la nature du droit de la protection des adultes en considérant d'une part, que « *l'implication de la famille n'est pas un élément nécessaire ou un élément régi par le droit international privé* » et d'autre part, que « *la préoccupation centrale de la protection des adultes est le soutien apporté et la préservation des droits de l'adulte à la dignité, l'autonomie individuelle, la non-discrimination, l'inclusion sociale, indépendamment des liens familiaux* ». Même s'il ne peut être exclu que des motivations plus pragmatiques aient été prises en compte, le droit des personnes ne justifiant pas une adoption de la proposition de règlement par l'unanimité des membres mais seulement par une majorité qualifiée des 27 (ou des 26 si le Danemark ne prend pas part au vote).

2. Valeurs communes et droits fondamentaux des adultes.

La protection des adultes considérés comme vulnérables du fait de leur état ou de leur situation s'inscrit dans le mouvement moderne des droits de l'homme qui trouve lui-même son inspiration dans de multiples textes, notamment philosophiques, dans la Déclaration des droits de l'homme et du

²⁶ V. dans ce sens, C. Chidaine, La protection des adultes vulnérables dans l'espace judiciaire civil européen, thèse préc.

²⁷ Y. Lequette, Protection familiale et protection étatique des incapables, Dalloz, 1976

citoyen du 26 août 1789, et, depuis la deuxième guerre mondiale, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme approuvée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948.

Le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme s'attache à la notion fondamentale de dignité « *inhérente à tous les membres de la famille humaine* » qui, avec la reconnaissance de droits égaux et inaliénables, « *constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde* ». Cette conception des droits humains, à laquelle il pourrait être ajouté, les valeurs intangibles de l'éthique médicale figurant dans ce qui a été appelé le « code de Nuremberg », pose une exigence de conscience et de responsabilité en particulier à l'égard des personnes les plus fragiles.

Les instruments internationaux et l'organisation des coopérations les prennent en compte.

Ainsi, ***dans l'espace européen***, le droit de l'Union européenne s'appuie sur les valeurs indivisibles et universelles de respect de la dignité humaine, de liberté, d'égalité et de respect des droits fondamentaux, reposant sur les principes de démocratie et d'Etat de droit. L'Union entend placer la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice respectant les droits de l'homme, y compris pour les minorités²⁸, tout en préservant l'identité nationale des Etats et leur organisation.

L'Union réaffirme régulièrement son objectif de préservation et de développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe, ainsi que de l'identité nationale des Etats membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics au niveau national, régional et local.

La convention européenne des droits de l'homme – instrument de base de la protection des droits fondamentaux - et la Charte sociale européenne – qui constitue le rappel des droits indivisibles de tous les habitants de l'Union européenne, droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels -, bénéficient d'un effet direct en droit français de sorte que le juge national est tenu d'écarter la règle de droit interne chaque fois qu'elle est contraire à l'une de ces conventions et que cette contrariété peut entraîner une condamnation de l'Etat français par les instances européennes chargées du contrôle de l'application de ces textes.

Sont ainsi reconnus, en particulier, les droits, les libertés et les principes suivants, tout comme les responsabilités et devoirs qui en découlent pour les Etats :

- * la dignité humaine (qui contient le droit à la vie et le droit à l'intégrité de la personne).
- * les libertés (dont le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la protection des données et le droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique).
- * l'égalité. Spécifiquement pour les personnes âgées: « *L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle.* » (art. 25) et pour elles le droit à une protection sociale (art. 23), ainsi que les droits des personnes handicapées (Charte, art. 26).
- * la citoyenneté
- * la justice : droit à un recours effectif devant un tribunal impartial (art. 47).

S'agissant des adultes considérés comme particulièrement vulnérables, la Cour EDH pose des principes stricts, notamment au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

²⁸ TFUE, art. 2

pour préserver la capacité maximale de l'adulte et respecter les principes de nécessité et de proportionnalité des mesures²⁹. Elle considère en outre que la convention européenne des droits de l'homme doit être lue à la lumière des exigences du droit international, et en particulier de la CIDPH s'agissant notamment du principe général de non-discrimination à l'égard des personnes handicapées³⁰.

Les conventions internationales, et la CIDPH en particulier, reprennent largement ces valeurs. Même si elle ne le fait que brièvement dans son Préambule, la convention de La Haye du 13 janvier 2000 insiste sur l'importance de la coopération internationale et sur la primauté à accorder à l'intérêt de l'adulte ainsi qu'au respect de sa dignité et de sa volonté. Ainsi que le relève Paul Lagarde dans son rapport explicatif, « *la commission ne s'est pas dissimulée que l'intérêt pouvait parfois être en contradiction avec sa volonté, mais en mentionnant l'un et l'autre, elle suggère la recherche d'un équilibre entre ces deux préoccupations* ».

La Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées³¹ est plus ambitieuse et se donne pour objectif de promouvoir, protéger et assurer le respect et la dignité inhérents des personnes handicapées par leur pleine et égale jouissance de tous les droits humains et de toutes les libertés fondamentales. Le texte adopte une définition large du handicap, les personnes handicapées étant celles qui présentent des incapacités physiques, mentales, intellectuelles ou sensorielles durables dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à leur pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres³².

Le sens et la portée des dispositions de la CIDPH ont été précisées par le Comité des droits de l'ONU dans ses observations générales du 19 mai 2014, en particulier relativement à l'article 12³³, et plus récemment dans ses observations du 14 septembre 2021 en disant clairement que l'article 12 impliquait « *le passage d'un système de décision substitutive à un système de prise de décision assistée* ». De nombreuses observations ont été formulées à l'égard de la France qui n'aurait pas encore intégré l'approche du handicap fondée sur les droits de l'homme, notamment en maintenant des niveaux de discrimination structurelle élevés du fait du recours important à l'institutionnalisation de personnes handicapées, y compris des enfants, et des dispositifs d'hospitalisation et de traitement sous contrainte basés sur la pathologisation du comportement.

L'effet direct de cette convention en droit français, et en particulier de ses articles 12 et 19³⁴, est controversé. Pourtant, ainsi que l'a jugé la CJUE en 2013³⁵, la CIDPH fait partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union européenne. Elle pourrait donc être invoquée devant la CJUE et l'interprétation que celle-ci en retiendrait s'imposerait au juge national.

²⁹ V. not. CEDH, 16 novembre 2021, n° 38048/18, N. C/ Roumanie, n° 2

³⁰ V. not. CEDH, 23 février 2016, CAM c/ Turquie, n° 51500/08

³¹ Au 5 mai 2022, la CIDPH a été signée par 100 pays et ratifiée par 94. Elle est entrée en vigueur en France le 20 mars 2010. L'UE y a adhéré en 2009 et la CIDPH est entrée en vigueur dans l'Union le 22 janvier 2011.

³² art. 1er

³³ L'article 12 de la CIDPH dispose qu'il appartient aux Etats de prendre « *les mesures appropriées pour donner aux personnes handicapées accès à l'accompagnement dont elles peuvent avoir besoin pour exercer leur capacité juridique* » et « *de faire en sorte que ces mesures soient assorties de garanties appropriées effectives pour prévenir les abus* ».

³⁴ Art. 19 relatif à l'autonomie

³⁵ CJUE, 11 avril 2013, HK c/ Danemark, aff. C-335.11

3. Des droits nationaux peu homogènes et des difficultés récurrentes dans les situations transfrontières.

Ainsi que l'a relevé le rapport européen des services d'inspection³⁶, les dispositifs nationaux de l'espace européen sont globalement peu homogènes en dépit d'évolutions significatives. Dans la plupart des États des réformes importantes sont intervenues au cours des quinze dernières années, entraînant dans certains cas des changements significatifs dans le champ d'application et les procédures applicables aux mesures de protection³⁷. Au-delà de l'espace européen le droit de la protection des adultes est en évolution constante avec pour objectif d'affecter le moins possible l'autonomie de la personne, de moduler la mesure aux besoins réels afin de réduire la protection au degré strictement nécessaire, en tenant compte d'une part des besoins et des souhaits de la personne et, d'autre part, de ses perspectives de développement. Dans de nombreux cas, les évolutions ont été déclenchées par la ratification d'instruments internationaux, en particulier la CIDPH, permettant de stabiliser le niveau de protection.

Cependant, malgré des rapprochements de législations, des différences substantielles demeurent entre les États, y compris dans l'espace européen, en particulier dans l'approche de la protection des adultes et dans la manière dont ils favorisent, ou non, un degré plus ou moins élevé d'autonomie des personnes dont la capacité est réduite par rapport à leurs droits, souhaits et préférences. Ces différences peuvent créer des difficultés dans les affaires transfrontalières.

D'autant que la distribution des rôles confiés aux autorités judiciaires ou administratives, ou encore aux familles, aux organismes sociaux ou à d'autres acteurs intervenant dans la protection des adultes est extrêmement variable. S'il n'existe pas de véritables données comparatives permettant de documenter sérieusement les différents dispositifs, le rapport des inspections montre que, dans l'Union, le ministère public se voit partout confier une mission de protection des adultes en matière civile. Ce rôle est inscrit dans la Constitution en Espagne et, selon les pays, dans le code civil et dans le code pénal, pour ce qui est de l'adaptation de la procédure pénale aux adultes protégés et la lutte contre les maltraitances qui les concernent (en particulier les abus de faiblesse ou d'influence).

L'office du juge judiciaire et la nécessité même de son intervention dans le déclenchement, l'organisation et le suivi des mesures de protection, sont de plus en plus discutés à la faveur de la promotion de l'autodétermination et du respect de l'autonomie défendus par le Comité des droits des Nations unies et nombre d'associations de personnes handicapées. Ce mouvement se traduit par une évolution des législations, tant dans l'espace européen qu'en dehors, pour favoriser les mesures substitutives de tous ordres limitant l'intervention du juge.

Ainsi, par exemple, en Italie, si le code civil prévoit toujours les régimes stricts de l'interdiction et de l'incapacité, ils sont de plus en plus appliqués de manière résiduelle au profit d'une mesure plus souple d'« administration de soutien ». De même, l'Espagne a modifié son dispositif juridique en 2021 pour tenir compte des mesures d'anticipation mais aussi des « tutelles de fait » assurées par une plusieurs personnes de l'entourage familial ou social. Lorsque ces dernières sont jugées suffisantes, des mesures de protection ne sont pas prononcées par application des principes de nécessité et de proportionnalité. Dans le cas contraire, ce sont des mesures de soutien judiciaire qui sont prononcées dans un système original.

³⁶ Réseau européen des services d'inspection, Mission d'évaluation de la coopération judiciaire civile européenne pour la protection des adultes, 2022

³⁷ V. en particulier l'Espagne 2021

La France a fait évoluer son dispositif général en intégrant les principes de subsidiarité, de nécessité et de proportionnalité et la reconnaissance des droits fondamentaux et des libertés des adultes, tout particulièrement à l'article 415 du code civil et par la création d'un statut de la personne dans le régime de protection. Les conditions de la saisine et de l'intervention du juge des tutelles ont également été modifiées en favorisant de plus en plus la déjudiciarisation³⁸.

Le notaire et l'avocat ont eux-mêmes une place variable dans les régimes de protection de l'Union, la spécialisation de l'avocat en matière de protection internationale des adultes ou de protection en général étant réduite. L'intervention du notaire est plus fréquente et, lorsqu'elle est sollicitée, c'est dans la plupart des cas pour s'assurer de la capacité juridique de la personne concernée. En Italie cependant, il n'existe aucune disposition prévoyant expressément l'obligation pour le notaire de vérifier et/ou de certifier l'existence de la capacité d'une personne qui s'adresse à lui, même si ses fonctions impliquent pour lui le devoir de rechercher la volonté des parties. Le notaire est par ailleurs susceptible d'intervenir pour établir un mandat de protection future, puis pour en assurer le contrôle comme c'est le cas dans le dispositif français pour les mandats authentiques. Le rôle des protections administratives est lui-même assez peu renseigné.

Si actuellement, dans la pratique, les professionnels (juges, organes représentatifs des notaires et des avocats, administrations centrales), les questions transfrontalières sont peu posées et peu significatives, il existe à l'évidence des affaires qui ont de telles implications. Sans d'ailleurs que la sphère judiciaire soit nécessairement mobilisée. Le plus souvent, les difficultés rencontrées sont liées à l'absence de reconnaissance transfrontalière des mesures de protection et des pouvoirs des représentants - y compris lorsqu'ils ont organisé par anticipation - mais aussi à des déplacements d'adultes particulièrement vulnérables sans respect de leurs libertés et de leurs droits fondamentaux.

Parmi les difficultés rencontrées et déjà documentées, nous pouvons citer notamment l'absence de prise en compte de l'évolution de la situation de l'adulte et du caractère provisoire des mesures prononcées, soit au sens procédural car elles ont été prononcées au cours d'une instance en cours, soit parce qu'une urgence les a justifiées, soit encore en raison de leur limitation dans le temps)³⁹.

Que ce soit par l'absence de prise en compte de la vulnérabilité en présence d'un conflit négatif de compétence, ou la prise en compte différente de cette vulnérabilité par deux États distincts en cas de conflit positif, ou encore la difficulté d'assurer la continuité de la protection lors des déplacements, les obstacles à une libre circulation de l'adulte et surtout à sa protection effective sont multiples. En particulier parce que l'accès et la réception des données concernant la protection par les États d'accueil - que ces données soient des dispositions anticipées - notamment du fait de l'absence de publicité de ces dispositions ou une décision rendue par une autorité judiciaire – sont insuffisants. Mais aussi parce que les autorités de l'État d'origine, et souvent les familles, ne peuvent assurer le suivi et le contrôle de la réalité de la protection en cas de déplacement de l'adulte.

³⁸ le cadre juridique actuel applicable est celui établi par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 et plusieurs modifications ultérieures, dont la plus récente est la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 et son décret d'application n° 2019-756 du 22 juillet 2019, qui ont simplifié les procédures judiciaires mais posent encore de nombreuses questions sur sa conformité au regard des règles européennes et internationales.

³⁹ V. aussi le risque de défaut de protection : en l'absence de règles harmonisées au sein de l'Union concernant les conflits de compétence, plusieurs risques sont envisageables, en particulier lorsque la personne réside alternativement sur le territoire de deux États membre (volontairement ou non, par exemple en cas de difficulté à trouver une structure d'accueil). Surgit un conflit négatif qui peut aboutir à une absence de protection, notamment en raison de l'appréciation variable de la notion de résidence habituelle.

B. Le périmètre de la protection.

La proposition de règlement de la Commission européenne du 31 mai 2023 semble réaliser une clarification des règles dans l'Union et à l'égard des pays membres de la convention de La Haye à laquelle elle renvoie très largement, même si son champ d'application tant matériel que spatial ne coïncide pas totalement avec elle ainsi que nous le verrons.

La proposition annonce vouloir disposer d'un ensemble efficace et harmonisé des règles de droit international privé, applicables à tous les Etats membres, dans les affaires transfrontières de protection des adultes afin, tout à la fois, de favoriser le droit à l'autonomie et la liberté de faire ses propres choix en facilitant la circulation des pouvoirs de représentation établis par les adultes, d'améliorer l'efficacité et la rapidité des procédures transfrontières et de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité dans les transactions transfrontières.

Pour parvenir à ces objectifs, elle organise la coexistence de plusieurs instruments à partir du corpus de règles constitué par la convention de La Haye de 2000 à laquelle elle renvoie expressément. Le droit de l'Union apparaît, quant à lui, devoir se développer en organisant des règles matérielles, notamment pour favoriser la circulation des décisions et des actes, et des outils pratiques tels le registre et le certificat européen.

Les champs d'application de la proposition et les outils de coopération méritent d'être analysés en l'état de la proposition dont nous savons qu'elle fera l'objet de discussions nombreuses lors d'un processus nécessairement long.

1. Le champ matériel.

La proposition de règlement cherche à s'aligner sur la convention de La Haye. Les deux textes s'appliquent aux adultes définis comme les personnes ayant atteint l'âge de 18 ans mais aussi aux personnes n'ayant pas atteint cet âge lorsque des mesures ont été prises. L'objectif de la convention, ici repris, est d'assurer l'articulation des mesures prises du temps de la minorité avec le nouvel état de majorité de la personne concernée afin d' « éviter une rupture de continuité » comme l'avait mentionné le rapport explicatif du professeur Lagarde. Relevons que la même précaution est prise en droit de l'Union par rapport au règlement Bruxelles IIbis/ter.

Cette proposition de règlement a vocation à s'appliquer aux matières civiles relatives à la protection des adultes en prévoyant **une liste non exhaustive des matières couvertes par le règlement** (par exemple : la détermination de l'incapacité et l'instauration d'un régime de protection ; la mise sous protection de l'adulte ; la désignation et les fonctions d'un organe de protection qui le représente ou l'assiste ; le placement dans un établissement ou un tout autre lieu pour assurer la protection de l'adulte ; la gestion des biens ; l'intervention spécifique pour la protection de la personne ou des biens), et **une liste exhaustive des matières exclues du règlement** (par exemple : le mariage, les obligations alimentaires, les régimes matrimoniaux, les fiducies ou successions, la sécurité sociale, les mesures publiques de nature générale en matière de santé).

La proposition de règlement précise utilement un certain nombre de **définitions**, et en particulier, ce qu'il faut entendre par « mesures », « pouvoirs de représentation confirmés » et « autorités » :

- « Mesures » : elles sont entendues très largement comme « toute mesure prise par une autorité d'un Etat membre, quelle que soit sa dénomination, tendant à la protection d'un adulte »

Cependant, la proposition comme la convention exclut les pouvoirs de représentation *ex lege* alors même que ce dispositif est connu de plusieurs Etats membres. Il est intéressant de relever que la commission spéciale de La Haye a estimé que, en dépit de l'absence de règles à cet égard, la représentation *ex lege* entre dans le champ d'application de la convention en vertu de l'article 1^{er} et peut être dès lors soumise à la coopération des autorités.

- « *Pouvoirs de représentation confirmés* » : La proposition les inclut, étant rappelé que la « *confirmation de pouvoirs* » avait donné lieu à une modification du rapport explicatif de la convention pour les intégrer.

Les pouvoirs de représentation sont définis avec les mêmes éléments que l'article 15 de la convention. Il s'agit de « *pouvoirs conférés par un adulte, soit par un accord, soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts* ».

Les « *pouvoirs de représentation confirmés* » sont « *les pouvoirs de représentation pour lesquels une autorité compétente a confirmé que le représentant investi de ces pouvoirs peut les exercer* »

Relevons ici une difficulté en droit français puisque le mandat de protection future est mis en œuvre par apposition d'un visa par le greffier du tribunal judiciaire après un contrôle purement formel. Le greffier n'a pas de rôle juridictionnel et peut-on considérer qu'il est une autorité compétente au regard de la définition donnée par la proposition de règlement ?

- « *Autorités compétentes* » : La proposition donne une définition souple de l'autorité qui est « *toute autorité judiciaire ou administrative d'un Etat membre compétente pour prendre des mesures tendant à la protection de la personne ou des biens d'un adulte* ».

L'« *autorité compétente* » est « *une autorité publique d'un Etat membre ayant des responsabilités en matière de protection des adultes* ».

Le greffier entre-t-il dans cette définition ? Le préambule, en son considérant 18, semble le dire : « *Il s'agit notamment des autorités qui prennent des mesures, des autorités qui établissent des actes authentiques et des autorités qui délivrent des attestations, des formulaires ou le certificat européen de représentation. Cela comprend également d'autres autorités ou entités agissant à titre officiel dans des domaines liés à la protection des adultes, telles que celles qui sont responsables de la surveillance ou de la mise en œuvre des mesures* ».

Si tel est le cas, les règles de compétence lui seraient applicables.

Mais le débat semble ouvert.

La proposition reprend en outre les articles 3 (objet des mesures) et 4 de la CLH (exclusions), mentionnant dans son article 4 que « *Lorsque le présent règlement le prévoit, la convention HCCH du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (...), jointe au présent règlement, s'applique mutatis mutandis* ».

Elle va plus loin et réalise plusieurs extensions au champ matériel des futures règles européennes :

- Elle intègre les actes authentiques qu'elle définit comme « un document relatif à la protection d'un adulte qui a été formellement établi ou enregistré en tant qu'acte authentique dans un Etat membre » et dont l'authenticité (qui se rapporte à la signature et au contenu de l'acte) a été établie par une autorité publique ou habilitée par l'Etat membre d'origine.
- Elle perfectionne la coopération entre les autorités centrales, en particulier pour localiser un adulte qui apparaît avoir besoin de protection sur le territoire de l'Etat membre requis et, le cas échéant, la personne susceptible de lui venir en aide sur ce territoire (art. 20), pour désigner un représentant à l'étranger (art. 22) ou encore pour réaliser le « placement » de l'adulte dans un autre Etat membre, sauf si le placement doit être effectué chez un particulier (art. 21) ou en cas de danger grave (art. 26).

Elle interroge aussi :

- Le placement de l'adulte (voir art. 33 de la CLH), si la coopération entre les autorités centrales est indispensable dans de nombreuses situations concrètes, notamment en raison du manque de places en établissements pour adultes en situation de handicap en France (de type ESAT ou EHPAD), il est néanmoins possible de s'interroger sur les procédures qu'il conviendra d'organiser afin que cette mesure soit compatible avec l'article 19 de la CIDPH en particulier. Ce texte de la proposition de règlement est calqué sur l'article 33 de la CLH.
- La situation de danger grave, il conviendra sans doute aussi d'organiser des procédures de coopération respectueuse des droits fondamentaux des adultes, par exemple en cas de transfert de la résidence sans recueil préalable de la volonté ou des préférences de l'adulte. Il conviendra aussi d'adapter notre droit interne qui, en l'état, ne contient aucune disposition permettant l'exécution forcée des décisions de fixation de la résidence d'un adulte des juges des tutelles ni aucune procédure comparable au déplacement illicite d'enfants.
- Des élargissements sont-ils souhaitables ? La question doit être posée au regard, en particulier, des enjeux des traitements médicaux engagés à l'étranger, parfois par nécessité et parfois par suite d'une influence abusive, notamment dans les périodes de fin de vie ; notamment parce que la liste des matières couvertes par le projet de règlement est non exhaustive et que la liste des matières non couvertes ne comporte que les mesures publiques de nature générale en matière de santé.
- La prise en compte des directives anticipées rédigées par l'adulte est également un sujet. Nous savons qu'à elles seules, et sans désignation concomitante d'un représentant (personne de confiance ou mandataire dans le cadre d'un mandat de protection future), elles ne peuvent l'être (art. 15 CLH). Nous savons aussi que tous les Etats n'ont pas prévu ce dispositif. Pour autant, le sujet est essentiel et les enjeux fondamentaux.
- Enfin, le sujet des soins sans consentement et de la coopération entre Etats, notamment en cas de fugue de l'adulte dans un autre Etat, mérite qu'on s'y arrête.

2. Le champ d'application dans l'espace

Avec l'adoption d'un règlement européen, la protection internationale des adultes relèvera de deux d'instruments différents, au moins d'un point de vue formel ; c'est une situation connue (par ex. en matière de responsabilité parentale) mais plus complexe en raison du large domaine des règles conventionnelles auxquelles il est fait renvoi. L'applicabilité de la Convention et celle du Règlement doivent donc être clarifiées.

a) Pour la Convention de La Haye, il existe des incertitudes, le point d'accord étant qu'il faut distinguer selon la nature des règles de droit international privé.

Les **règles de conflit de lois** ne posent pas en soi de problème. Elles ont un caractère universel (Conv. art. 18), mais demeurent tributaires de la compétence des autorités. Le projet de code de droit international privé français reprend cette règle à l'article 39 al.2 : lorsque les juridictions françaises sont compétentes en vertu de la Convention, celle-ci détermine la loi applicable .

Les règles de reconnaissance et d'exécution de la Convention sont, très classiquement, applicables dans les rapports entre Etats contractants, de même que les règles de coopération des autorités.

Pour les **règles de compétence**, la résidence habituelle de l'adulte dans un Etat contractant (EC) est déterminante sauf quelques exceptions (réfugiés, art. 6; urgence, art. 10, protection temporaire, art. 11). Mais les autres attributions de compétence ne nous semblent admises que dans la mesure où *la résidence habituelle de l'adulte se trouve dans un Etat contractant*. C'est évident pour le for alternatif de l'article 8 visant expressément les autorités d'Etats contractants. Pour le for de la nationalité et le for de situation des biens, ce point est-il est vrai discuté et la jurisprudence quelque peu erratique⁴⁰, mais les règles de compétence fondées sur la nationalité et sur la situation des biens ne semblent devoir jouer que dans un cadre coopératif, impliquant la résidence habituelle de l'adulte dans un Etat contractant. Il en va ainsi, sans difficulté, pour la compétence fondée sur la nationalité où transparait l'idée de compétence inféodée, mais même celle fondée sur le lieu de situation des biens est limitée par la compatibilité des mesures « avec celles prises par les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 9 »⁴¹, ce qui semble bien impliquer la résidence habituelle dans un Etat contractant⁴². C'est d'ailleurs le parti retenu par le projet de code de droit international privé français, qui conditionne l'application des règles de compétence de la Convention de La Haye à la résidence habituelle de l'adulte dans un Etat contractant⁴³. Si cette résidence habituelle se trouve dans un Etat tiers, les juridictions françaises sont compétentes en application de l'art. 17, *ie* à raison de la nationalité française de l'une des parties⁴⁴. Cette condition d'applicabilité semble fondée dans un système de droit international privé qui fait globalement de la résidence habituelle le principal critère d'intégration à un pays ou à un espace harmonisé, et elle est en outre simple à mettre en œuvre.

b) L'applicabilité des futures règles de l'UE⁴⁵ est réglée par l'article 59 de la proposition de règlement, relatif aux relations avec la Convention de La Haye où l'on retrouve un dispositif inspiré de celui institué en matière de responsabilité parentale, dans les relations avec la Convention de La Haye du 19 octobre

⁴⁰ Ex : CA Douai, 26 novembre 2015 RG n° 14/06652, appliquant l'art. 7 de la Convention à l'égard d'une française hébergée depuis plusieurs années dans un établissement en Belgique, Etat non contractant à l'époque. CA Lyon, 22 juin 2016 RG n°16/00685 (même solution) ; CA Paris, 25 Septembre 2018, 18/04286 : saisie d'une demande d'autorisation de passer un acte de donation-partage de biens situés en France par un mandataire de protection future, la Cour écarte l'application de la Convention de La Haye en raison du changement de résidence habituelle de l'adulte vers un Etat non contractant. Contra, CA Rennes 15 octobre 2013 RG n°13/02113 admet la compétence des autorités françaises au titre des articles 7 et 9 de la Convention pour débloquer des fonds provenant d'une assurance-vie, appartenant à un majeur protégé résidant en Australie, pays tiers à la Convention.

⁴¹ Conv. de La Haye, art. 9

⁴² En ce sens, implicitement au moins, le rapport explicatif du Pr Lagarde, n°75 et 89 ; M. Farge, Dalloz Action Droit de la famille, n°541-142 ; E. Fongaro et H. Péroz, Droit international privé patrimonial de la famille, LexisNexis 3è éd. n°180-182 ; contra P. de Vareilles-Sommières et S. Laval, Droit international privé, Dalloz 2022 n°992 et E. Gallant Rép. int. Dalloz V° Majeur protégé n°18 ; plus ambigu, A. Bucher, La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, Revue suisse de droit international et de droit européen, 2000 p..37, estime que les art. 9 à 11 peuvent s'appliquer quand la résidence de l'adulte ne se trouve pas dans un EC, « sous réserve des mesures déjà prises, le cas échéant, dans l'EC d'une précédente résidence habituelle » (note 12). L'auteur écrit plus loin que le for des biens est subsidiaire en raison de la nécessaire compatibilité des mesures avec celles prises par les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 8, « ce qui revient à subordonner l'exercice de cette compétence à l'approbation par l'autorité de l'Etat de la résidence habituelle » (p. 48).

⁴³ Projet de Code de DIP, art. 37 al.1. L'al. 2 reprend l'attribution de compétence fondée sur la présence de l'adulte dans les mêmes hypothèses que l'article 6 de la Convention (adultes réfugiés, déplacés, ou dont la résidence habituelle ne peut être établie).

⁴⁴ Projet de Code de DIP, art. 37 al. 3

⁴⁵ Il est rappelé aux Considérants 66 et 67 que conformément au Protocole n°22 sur la position du Danemark annexé aux traités, cet Etat ne participe pas à l'adoption du règlement ; quant à l'Irlande, elle bénéficie d'une option en vertu du Protocole n°21.

1996⁴⁶ mais passablement complexe. Si l'on veut tenter une présentation simple, en reprenant les précédentes distinctions :

-Pour les dispositions relatives à la **reconnaissance et l'exécution** des mesures et à l'« acceptation » des actes authentiques⁴⁷ ainsi qu'à la **coopération** des autorités⁴⁸, le futur règlement s'appliquera dans les rapports entre Etats membres, ce qui est parfaitement logique dans la perspective de l'espace judiciaire européen. Comme en matière de responsabilité parentale⁴⁹, il est précisé que le régime européen de circulation est indifférent à la résidence habituelle de l'adulte, tant qu'elle se trouve dans un Etat contractant à la Convention de La Haye. Tel serait par exemple le cas de la reconnaissance en Italie d'une mesure prise en France à l'égard d'un adulte ayant sa résidence habituelle dans la principauté de Monaco.

-Pour les autres dispositions, le renvoi à la Convention devrait impliquer la référence à ses propres critères d'applicabilité, sauf pour la règle du choix de for, qui constitue la seule disposition proprement européenne. Selon les termes de l'article 6, cette règle s'applique si l'adulte réside habituellement dans un Etat membre et désigne une juridiction d'un autre Etat membre. Néanmoins l'article 59§1 a) de la proposition pose un principe : le règlement s'applique lorsque l'adulte a sa résidence habituelle sur le territoire d'un EM, principe assorti d'une double exception destinée, d'après le préambule⁵⁰, à préserver l'application de la Convention. L'une se comprend assez bien : le transfert de compétence prévu à l'article 8 de la Convention s'applique dans les rapports entre une autorité d'un EM et une autorité d'un Etat contractant non membre de l'UE⁵¹. L'autre est plus obscure : « nonobstant le §1 » *ie* même si l'adulte réside habituellement dans un EM, l'article 7 de la Convention (for de la nationalité) s'applique pour les ressortissants des Etats contractants dans lesquels le règlement ne s'applique pas. L'utilité de cette disposition intrigue : si un ressortissant suisse réside en France, une mesure de protection ne pourrait être demandée aux autorités suisses qu'en vertu de la seule Convention et spécialement de son article 7.

Il semble bien que la rédaction de l'article 59 de la proposition mériterait d'être clarifiée.

Quoiqu'il en soit, la lecture de la proposition de règlement fait apparaître immédiatement l'importance des règles matérielles, les règles de conflit étant laissées à la Convention. C'est un des aspects méthodologiques du nouvel assemblage des sources sur lequel il faut maintenant se pencher.

II – L'ASSEMBLAGE DES SOURCES

A. La matérialisation

1. La reconnaissance des décisions

La proposition de règlement pose un principe de reconnaissance mutuelle par les Etats membres sans procédure particulière (art. 9), sans exequatur (art. 11) et sans réexamen au fond (art. 13) des

⁴⁶ Règl Bruxelles II ter, art. 97

⁴⁷ Prop., art. 59§1 b)

⁴⁸ Prop., art. 59§2 c) *lu a contrario*

⁴⁹ Règl Bruxelles II bis, art. 61 b); Règl Bruxelles II ter, art. 97 b)

⁵⁰ Considérant 64

⁵¹ Prop., art. 59§2 b)

décisions prises par les autorités (au sens de l'art. 3 du règlement : judiciaires ou administratives) d'un Etat membre.

Toute personne, y compris l'adulte concerné, peut ainsi demander aux autorités d'un Etat membre de décider de la reconnaissance ou de la non-reconnaissance d'une mesure prise dans un autre Etat membre. L'autorité saisie peut statuer sur les questions accessoires.

Une procédure de refus de reconnaissance est toutefois maintenue pour des motifs classiques et, en particulier lorsque la mesure a été prise dans le cadre d'une procédure sans que l'adulte ait eu la possibilité d'être entendu (exception du cas d'urgence), si la mesure est incompatible avec une mesure ultérieure prise dans un pays tiers qui aurait été compétent en vertu des articles 5 (renvoi aux règles de la CLH : résidence habituelle) ou 6 (notamment du fait du choix des autorités d'un Etat membre par l'adulte lorsqu'il était encore en mesure de protéger ses intérêts), ou encore lorsque la reconnaissance de la mesure prise dans un autre pays membre est « *manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre dans lequel la reconnaissance est demandée* ». Sur ce dernier point, ressurgit la question de l'ordre public.

2. La création d'un certificat européen de représentation (ch. VII, art. 34 à 44).

La convention de La Haye comportait déjà la possibilité de délivrance d'un certificat. Le proposition de règlement le reprend, sans toutefois en faire une obligation, à l'usage des représentants pour pouvoir représenter l'adulte dans un autre Etat membre, en particulier dans la gestion des biens immobiliers, l'acquisition de biens immobiliers ou mobiliers (« *autres biens* » dit le texte) au nom de l'adulte, l'exercice pour le compte de l'adulte d'un commerce ou d'une entreprise, les décisions médicales (y compris l'octroi et le refus du consentement à l'exécution du traitement médical, les décisions concernant le bien-être personnel et le lieu de résidence de l'adulte

Ces derniers points, en particulier, poseront difficulté au regard du droit interne (art. 458, 459, 459-1 et 459-2 du code civil).

Le certificat est délivré sur demande du représentant autorisé dans l'Etat membre dans lequel la mesure a été prise ou les pouvoirs de représentation ont été confirmés. L'autorité qui le délivre est, soit l'autorité compétente qui a pris la mesure ou confirmé les pouvoirs de représentation, soit une autorité désignée par l'Etat membre.

Le certificat contient les pouvoirs dont dispose le représentant ou, de manière négative, ce qui n'est pas en son pouvoir. Il produit ses effets dans tous les Etats membres sans procédure particulière.

Des procédures de recours sont prévues devant l'autorité judiciaire de l'Etat membre de l'autorité d'émission, conformément à la loi de cet Etat membre et la suspension des effets du certificat est également envisagée

3. L'établissement et l'interconnexion de registres de protection.

La proposition de règlement prévoit que les Etats membres devront, dans un délai qui sera fixé, établir ou tenir sur leur territoire un ou plusieurs registres dans lesquels « *des informations sont enregistrées concernant les mesures de protection et, lorsque leur droit national prévoit la confirmation des pouvoirs de représentation par une autorité compétente, ces pouvoirs de représentation* ». En conséquence, en droit interne, nous pourrions enfin disposer d'un registre, prévu dans la loi d'adaptation de la société au vieillissement du 28 décembre 2015 mais dont le décret d'application n'avait jamais été publié en dépit de très nombreuses demandes des acteurs de la protection juridique des majeurs.

Le texte prévoit des informations *obligatoires* (par exemple : indication que la mesure a été prise ou les pouvoirs de représentation confirmés ; la date de la première mesure et les dates des mesures ultérieures, le nom, le lieu et la date de naissance de l'adulte et, le cas échéant, son numéro d'identification national).

L'interopérabilité et l'interconnexion des registres sont expressément prévus, ainsi que les conditions d'accès dans le respect annoncé des règles de protection des données à caractère personnel. Par un avis n° 32/2023 du 18 juillet 2023, le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD), déclare soutenir la proposition mais rappelle que l'instrument devra fournir des « *garanties appropriées et faire en sorte que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de recours effectives* » conformément à l'article 24 §1 du RGPD. S'il note que certaines garanties sont bien prévues, en particulier la limitation de leur finalité (art. 39) et la confidentialité (art. 40) ou encore l'interdiction faite aux autorités de demander ou de transmettre des informations pouvant mettre en danger la personne ou les biens de l'adulte ou constituer une menace grave pour la liberté ou la vie d'un membre de sa famille (art. 35), le Contrôleur européen considère que la proposition ne remplit pas, en l'état, toutes les conditions requises pour être considérée, au sens du RGPD, comme un instrument juridiquement contraignant et exécutoire entre les autorités ou organismes publics.

B. L'agencement des règles de droit international privé

La protection internationale des adultes s'ajoute à la liste assez longue des sujets sur lesquels se croisent ou se superposent des normes internationales issues de Conventions de La Haye et des règles régionales, issues de règlements européens. Les relations entre ces deux ordres juridiques sont complexes ; plusieurs combinaisons coexistent⁵². Elles évoluent entre l'indifférence, la prévalence de l'un sur l'autre (pas nécessairement le même)⁵³, et la complémentarité des normes. C'est dans ce dernier type de rapports que la protection des adultes s'inscrit, à la suite de la responsabilité parentale et des obligations alimentaires : le droit de l'Union opère un renvoi au droit conventionnel, exclusif (dans le cas du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires), ou non exclusif, lorsque les règles conventionnelles sont complétées par des règles de l'Union (cas de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les enlèvements internationaux d'enfants). La particularité ici est que la Convention de La Haye préexistante, du 13 janvier 2000, couvre tout le domaine du droit international privé, et que le renvoi fait par la proposition de règlement est très large⁵⁴.

Hormis les règles de reconnaissance et d'exécution, qui représentent avec les mécanismes de coopération la principale plus-value du droit de l'UE, la Convention de La Haye reste la norme de référence, d'autant plus que la décision à venir du Conseil (COM (2023) 281 final) conduira l'ensemble des Etats membres à y demeurer ou devenir parties. Vu de plus près, le futur règlement procède à l'agencement par intégration des règles conventionnelles, mais différemment en matière de compétence et de loi applicable (1). Cette méthode a une incidence importante : *annexées*⁵⁵ au droit

⁵² L. Perreau-Saussine, Droit international privé de l'Union européenne et Etats tiers (Bilan et perspectives dans le champ de la compétence juridictionnelle), Trav. Com. fr. DIP, Années 2020-2022, Pedone 2023 p.227

⁵³ C. Brière, La place des conventions de La Haye dans un système de droit international privé de l'Union, in Un système de droit international privé de l'Union? dir. L. Pailler et C. Nourissat, Bruylant 2023 p.197

⁵⁴ Ainsi en matière alimentaire, seules les règles de conflit de lois font l'objet d'un renvoi au droit conventionnel (art. 15 du le règlement n°4/2009); en matière de responsabilité parentale, seules les règles de conflit de juridictions donnent lieu à un assemblage du droit de l'UE et des conventions de La Haye

⁵⁵ Le considérant 19 montre qu'il s'agit d'une annexion au sens propre : il s'agit de tenir compte du fait que certains EM peuvent ne pas être parties à la Convention lorsque le règlement sera applicable.

de l'UE, leur devenir est assujéti à l'interprétation de la Cour de justice avec le risque d'une régionalisation qui pourrait compromettre la vocation mondiale des règles conventionnelles⁵⁶ (2).

1. L'intégration différenciée des règles conventionnelles

L'intégration des règles de DIP de la Convention n'est pas du même degré selon leur nature. Le législateur européen s'est réservé le droit d'améliorer la protection des adultes « dans les situations transfrontières au sein de l'Union » et de promouvoir leur droit à l'autonomie⁵⁷. Il en résulte une adjonction aux règles de compétence, alors que les règles de conflit de lois font l'objet d'un renvoi pur et simple à la Convention.

a) Le perfectionnement des règles de compétence

L'article 5 de la proposition prévoit que « sous réserve de l'article 6 du présent règlement, la compétence est déterminée conformément au chapitre II de la Convention de la Haye... ».

On fera un rappel sommaire du système supposé connu:

Le principe posé à l'article 5 est celui de la compétence des autorités de la résidence habituelle de l'adulte; en cas de changement de résidence habituelle dans un autre Etat contractant, les autorités de ce dernier sont compétentes⁵⁸. Le principe est assorti de compétences concurrentes : for de la nationalité (article 7), for limité de la situation des biens (article 9) ; mécanisme du transfert de compétence (article 8) ; compétences exceptionnelles fondées sur la présence de l'adulte (urgence : article 10 ; mesures de protection temporaire de la personne : article 11).

Aucune modification ni précision n'est apportée à ce corpus, la proposition se limite à ajouter une règle certes importante et attendue⁵⁹, la **faculté de choix de la juridiction**, qu'offre l'article 6 selon une tendance marquée du droit européen en matière extrapatrimoniale⁶⁰.

Une première observation à faire à cet égard est que l'ajout de cette règle ne semble nullement incompatible avec la Convention de La Haye⁶¹ : d'abord parce que son article 49 §2 et 3⁶² contient une

⁵⁶ Sur les effets dommageables que peut produire l'incursion de l'UE dans les organisations internationales, A. Zanobetti, UE Cooperation in Civil Matter and Multilevel Unification of Private International Law : Some Remarks, in *The external dimension of EU Private International Law after opinion 1/13*, op. cit. p. 117, spéc. p. 122. G. Cerqueira, La Conférence de La Haye de DIP. Une nouvelle voie pour le développement du DIP des ORIE, *Rev. dr. unif.* 2007 p.761, spéc. n°25

⁵⁷ Considérant 8

⁵⁸ Art. 5 §2. A l'égard des personnes réfugiées ou déplacées, ou dont la résidence habituelle ne peut être établie, la présence de l'adulte est facteur substitutif de rattachement juridictionnel (art. 6).

⁵⁹ L'introduction d'un choix de for a été encouragée notamment par le CNUE et l'ELI.

⁶⁰ cf en matière de responsabilité parentale, art. 10 du Règlement Bruxelles II ter ; en matière alimentaire, art. 4 du Règlement n° 4/2009. Des techniques de choix de for se retrouvent aussi dans les règlements Successions (art. 5), Régimes matrimoniaux et effets patrimoniaux des partenariats enregistrés (art. 7)

⁶¹ Le Considérant 21 l'affirme de façon brute: l'établissement d'un critère supplémentaire fondé sur le choix n'est pas contraire à la Convention.

⁶² Art. 49§2 : « La Convention n'affecte pas la possibilité pour un ou plusieurs Etats contractants de conclure des accords qui contiennent, en ce qui concerne les adultes résidant habituellement dans l'un des Etats Parties à de tels accords, des dispositions sur les matières réglées par la présente Convention ».

§3: « Les accords à conclure par un ou plusieurs Etats contractants sur des matières réglées par la présente Convention n'affectent pas, dans les rapports de ces Etats avec les autres Etats contractants, l'application des dispositions de la présente Convention ».

§4 : « Les paragraphes précédents s'appliquent également aux lois uniformes reposant sur l'existence entre les Etats concernés de liens spéciaux, notamment de nature régionale ».

clause de compatibilité libérale sur laquelle s'appuie la proposition de règlement⁶³ ; ensuite parce que l'article 8§2 d) de la Convention évoque la possibilité d'un tel choix « par écrit », mais seulement à propos du transfert de compétence, ce qui veut dire que les autorités choisies ne peuvent être qu'*indirectement compétentes*, lorsque les autorités de la résidence habituelle les requièrent de prendre des mesures de protection. Toujours est-il que cette faculté de choix émerge, de façon il est vrai discrète⁶⁴.

Dans la proposition de règlement ce choix de la juridiction (ou autorité) est consacré mais fait l'objet d'un régime particulier, qui nous paraît à la fois très laxiste et très sévère.

C'est au nom du **droit à l'autonomie** de l'adulte⁶⁵ (*ex ante*), que l'article 6 autorise ce choix, mais au prix de plusieurs conditions cumulatives. J'évoquerai rapidement la question de la forme, qui doit être écrite, selon une formulation devenue courante : « §3. *Le choix de la juridiction visé au paragraphe 1 est exprimé sous forme écrite, daté et signé par l'adulte. Toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement le choix est considérée comme revêtant une forme écrite.* »

On peut s'interroger au passage sur l'opportunité d'étendre une telle règle à la désignation de la loi applicable au mandat d'inaptitude, car la Convention de La Haye exige seulement qu'elle soit faite « expressément par écrit »⁶⁶.

Les conditions de fond prêtent beaucoup plus à discussion.

« §1. *Nonobstant l'article 5, les autorités d'un État membre autre que celui dans lequel l'adulte a sa résidence habituelle sont compétentes lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies:*

a) l'adulte a choisi les autorités de cet État membre lorsqu'il était encore en état de pourvoir à ses intérêts;

b) l'exercice de la compétence est dans l'intérêt de l'adulte;

c) les autorités d'un État membre compétentes en vertu des articles 5 à 8 de la convention de La Haye de 2000 sur la protection des adultes n'ont pas exercé leur compétence »

S'agissant de la première condition, elle s'avère très libérale : il n'y a pas de liens prédéfinis pour encadrer le choix de for, contrairement par exemple à l'article 10 du règlement Bruxelles II ter pour le for de la responsabilité parentale ou à l'article 4 du règlement Aliments, et contrairement aussi au choix de loi dans le cas d'un mandat d'inaptitude⁶⁷. Ce laxisme est surprenant, même si l'adulte est le

⁶³ Considérant 7 : « La convention de La Haye de 2000 sur la protection des adultes n'empêche pas ses parties contractantes de renforcer leur coopération dans le domaine de la protection des adultes au-delà des dispositions de cette convention elle-même ou même de s'écarter de ses règles dans leurs relations mutuelles. Conformément à l'article 49, paragraphes 2 et 3, de la convention de La Haye de 2000 sur la protection des adultes, le présent règlement établit des règles dans les matières couvertes par cette convention en ce qui concerne les adultes ayant leur résidence habituelle dans un État membre. Les règles établies par le présent règlement ne devraient pas affecter l'application de la convention de La Haye de 2000 sur la protection des adultes dans les relations entre les États membres et les États tiers qui sont parties contractantes à ladite convention. »

⁶⁴ Les conclusions et recommandations de la Commission spéciale de la Conférence de La Haye (nov. 2022, préc.) n'hésitent pas à tirer du texte que la Convention « promeut l'autonomie de la volonté » (III, 4).

⁶⁵ Considérant 20

⁶⁶ Conv., art. 15 §1

⁶⁷ Conv., art. 15 §2

seul, ou du moins le principal intéressé. Deux pistes peuvent être proposées. La première⁶⁸ relie le choix de for au mandat d'incapacité et à la jonction du *forum* et du *jus*. Autrement dit, dans l'acte d'anticipation qu'est le mandat, serait seulement permis le choix des autorités dont la loi est applicable en vertu de l'article 15 de la Convention. Cette voie semble très étroite, doublement conditionnée à l'existence d'un mandat et au principe de la coïncidence du forum et du jus. Une solution plus libérale serait de conditionner le choix des autorités, indépendamment de la conclusion d'un mandat d'incapacité, à l'existence d'un lien étroit, concrétisé par les critères cités à l'article 15 de la Convention: pourraient être désignées les autorités de l'Etat dont l'adulte a la nationalité, ou de l'Etat d'une résidence habituelle précédente, ou d'un Etat où sont situés ses biens⁶⁹. On peut d'ailleurs se demander pourquoi les autorités de la résidence de l'adulte ne pourraient pas être choisies car ce serait un moyen de consolider leur compétence, face à la pluralité de critères retenus à défaut de choix.

Il est surtout frappant que seule la première condition posée à l'article 6§1 doive être remplie au moment où le choix est exercé, puisque les deux autres ne peuvent être vérifiées qu'après coup, lors de la survenance de l'incapacité, ce qui porte une grave atteinte à la prévisibilité et à la sécurité juridiques. C'est ici que le système retenu par la Commission nous paraît très sévère, au point de rendre la faculté de choix symbolique, ce qui interroge sur la philosophie affichée de la proposition.

L'attribution de compétence, en effet, peut faire l'objet d'un contrôle *a posteriori* qui peut surprendre au regard des références appuyées à la CIDPH. Dès lors que le choix a été effectué alors que l'adulte était en possession de ses facultés et pouvait pourvoir à ses intérêts, la remise en cause de ce choix quand se produit l'évènement redouté ne va pas de soi. La condition que « l'exercice de la compétence soit dans l'intérêt de l'adulte » évoque de manière malencontreuse le régime du choix en matière de responsabilité parentale⁷⁰. Elle permet d'exercer un contrôle d'opportunité discutable, ce que considérant 20 justifie par l'idée que la situation personnelle ou financière de l'adulte a pu évoluer⁷¹. A partir de quand une évolution dans la situation de l'adulte, tant patrimoniale que personnelle, permet-elle au juge de mettre à l'écart la juridiction choisie ? Le pouvoir du juge à cet égard semble assez discrétionnaire, et plutôt malvenu dans le contexte d'un espace judiciaire européen caractérisé par le principe de confiance mutuelle !

De plus, la troisième condition, à savoir que les autorités compétentes en vertu des articles 5 à 8 n'aient pas exercé leur compétence, place le for élu dans une position de dépendance⁷², à l'égard non seulement des autorités de la résidence habituelle, mais aussi de celles de la nationalité, du lieu de

⁶⁸ Solution proposée in L. Adriaenssens, C. Borrett, S. Fialon, P. Franzina, N. Rass-Masson et I. Sumner, Study on the cross-border legal protection of vulnerable adults in the EU, Final Report, op. cit. p. 143-144 et dans l'étude de l'ELI, op. cit. p.33-36

⁶⁹ En ce sens, C. Chidaine, op. cit. n°323-324

⁷⁰ Règl Bruxelles II ter, art. 10 §1 c)

⁷¹ « Compte tenu du fait que la situation personnelle ou financière d'un adulte peut évoluer entre le moment où le choix de juridiction est effectué et le moment où l'adulte a besoin d'une protection, les juridictions choisies devraient avoir la possibilité d'apprécier si le choix opéré par l'adulte est toujours dans son intérêt au moment où elles sont saisies. Cette appréciation devrait se fonder principalement sur l'avis de cet adulte et sur l'ampleur de l'évolution de ses conditions de vie et de ses biens depuis le moment où le choix de juridiction a été effectué. » Ces considérations laissent dubitatif : l'avis de l'adulte au moment où une mesure de protection est nécessaire l'emporterait sur sa décision alors qu'il disposait de ses facultés ?

⁷² L'article 8 §2 de la Convention prévoyant le transfert de compétence place aussi, il est vrai, l'Etat dont les autorités ont été choisies au rang des autorités secondaires qui peuvent être requises par celles de la résidence habituelle de l'adulte, si ces dernières estiment que tel est l'intérêt de l'adulte. Les conclusions et recommandations de la Commission spéciale soulignent aussi que le transfert peut se faire en sens inverse, des autorités énumérées à l'article 8§2 vers les autorités ayant une compétence primaire en vertu des art. 5 ou 6.

situation des biens, et du for alternatif de l'article 8. L'article 7 confirme encore la faible efficacité du choix en précisant qu'il s'agit d'un for non exclusif et « en particulier » que le choix n'empêche pas les autorités de la résidence habituelle (ou de la présence quand elle y est substituée) d'exercer leur compétence si les autorités choisies n'ont pas exercé la leur ou y ont renoncé. Les autorités de la résidence habituelle et même les autres autorités compétentes peuvent ainsi devancer celles que l'adulte avait désignées⁷³ et l'on peut craindre une course au tribunal si les parties intéressées ont intérêt à saisir les autorités de tel ou tel Etat. Un échange d'informations est mis en place avec les autorités de l'Etat membre de la résidence habituelle de l'adulte (§2), et le for élu est intégré à divers mécanismes coopératifs (§4)⁷⁴ ; on espère par là pouvoir compter sur un système préventif et un dialogue harmonieux entre les autorités. Il est cependant regrettable que ni la Convention de La Haye, ni la proposition de règlement ne contiennent de règles pour les conflits de procédures susceptibles de naître⁷⁵, d'autant plus qu'il n'y a pas de motif de refus de reconnaissance tiré de l'inconciliabilité avec une mesure prise dans un autre Etat membre, l'idée étant que la mesure doit être adaptable et que les mécanismes d'information fonctionnent⁷⁶.

Il nous semble pour conclure qu'un choix de for exercé du temps où l'adulte avait toutes ses facultés devrait s'imposer avec plus de force, au risque que cette faculté soit purement illusoire. Le texte actuel pourrait donc être doublement amendé – ceci justifiant cela : en fixant les bornes de la faculté de choix de l'autorité d'une part, et en limitant le pouvoir du juge d'autre part, de sorte qu'il n'ait pas à contrôler si « l'exercice de la compétence est dans l'intérêt de l'adulte »; enfin le for élu devrait s'imposer, au regard des autres chefs de compétence, afin de ne pas discréditer les affirmations répétées selon lesquelles la proposition favorise l'autonomie de l'adulte et respecte la CIDPH.

b) L'intégration des règles de conflit de lois

Les règles de conflit de lois font l'objet d'un renvoi pur et simple à la Convention de La Haye de 2000, à l'image du règlement relatif aux obligations alimentaires⁷⁷. L'article 8 de la proposition dispose que « La loi applicable à la protection transfrontière des adultes est déterminée conformément au chapitre III de la convention de La Haye de 2000 sur la protection des adultes ». Intégration intégrale, y compris, insiste le Considérant 23, l'article 16 relatif à la modification ou à la cessation des pouvoirs de représentation de l'adulte. Rappelons brièvement que la Convention de La Haye pose le principe de la **liaison du forum et du jus**, tempéré par le mécanisme de la clause d'exception fondé ici sur l'intérêt de l'adulte (article 13). Le projet de code de droit international privé renvoie également aux règles de conflit conventionnelles lorsque le juge français est compétent sur le fondement de la Convention⁷⁸; en revanche, lorsque l'établissement de sa compétence échappe à la Convention de La Haye, seul

⁷³ Considérant 22

⁷⁴ Outre l'intégration du for élu dans une « boucle » d'informations, la relation mise en place avec les autorités de la nationalité, des biens, et de la présence pour les cas d'urgence et de protection temporaire place le for élu dans une position prééminente, par l'effet de son assimilation au for de la résidence habituelle (art. 6§4 et consid. 21)

⁷⁵ Un mécanisme de litispendance fondé sur la chronologie aurait été jugé « inadéquat dans une matière dans laquelle les intérêts de l'adulte et sa volonté constituent des considérations primordiales » : A. Bucher, préc. p.45. Il n'en demeure pas moins qu'un risque de conflits positifs de compétence existe, ne serait-ce qu'en raison d'appréciations divergentes de la résidence habituelle de l'adulte.

⁷⁶ Considérant 26

⁷⁷ Règlement n°4/2009, art. 15

⁷⁸ Projet de Code de DIP, art. 39 §2

s'applique le droit français⁷⁹ ; aucune clause d'exception ne vient ici tempérer le principe de la jonction du *forum* et du *jus*⁸⁰.

La Convention opère en outre une scission, en cas de mise en œuvre d'une mesure de protection à l'étranger, en posant dans son article 14 que la loi de ce pays régit les conditions de son application. Le rapport explicatif du Pr Lagarde donne pour exemple le cas où le tuteur doit exercer ses pouvoirs dans un Etat où l'adulte possède un immeuble à vendre. Si la loi de ce pays exige une autorisation judiciaire, il faut y voir une condition d'application relevant du droit local⁸¹.

Elle contient par ailleurs à l'article 15 des règles propres au mandat d'inaptitude en permettant notamment, ainsi qu'il a déjà été évoqué, que le mandant exerce une *optio juris*. Rappelons simplement que la loi objectivement applicable est celle de la résidence habituelle de l'adulte au moment de l'accord ou de l'acte unilatéral donnant un pouvoir de représentation, mais que le choix de l'adulte peut se porter sur l'une des lois énoncées : celle de l'Etat dont il possède la nationalité ; celle d'une précédente résidence habituelle ; celle d'un Etat dans lequel sont situés des biens, pour ce qui concerne ces biens. Le domaine de la loi applicable est dans ce dernier cas expressément limité, mais dans tous les autres elle couvre « l'existence, l'étendue, la modification et l'extinction des pouvoirs de représentation ». Toutefois, deux limites y sont apportées. La première provient, comme pour le rattachement général de l'article 13, d'une scission résultant ici de l'applicabilité aux « modalités d'exercice » des pouvoirs de la loi de l'Etat où ils sont exercés⁸². La seconde procède d'une clause de sauvegarde en vertu de laquelle les pouvoirs de représentation s'ils « ne sont pas exercés de manière à assurer suffisamment la protection de la personne ou des biens de l'adulte, peuvent être retirés ou modifiés par des mesures prises par une autorité ayant compétence selon la Convention », celle-ci devant prendre en considération dans la mesure du possible la loi déterminée à l'article 15. L'impératif de protection justifie l'atteinte à la volonté exprime *ex ante* par le majeur, à l'image de ce que prévoit en droit interne l'article 483 4° du code civil, réservant la faculté pour le juge d'ordonner la révocation du mandat lorsque son exécution est de nature à porter atteinte aux intérêts du mandant.

On sait que l'interprétation de l'article 15§3 a soulevé une difficulté à laquelle la Cour de cassation a répondu par un important arrêt du 27 janvier 2021⁸³. Il s'agissait, pour l'essentiel, de l'applicabilité, lors de la mise en œuvre en France d'un mandat de protection future soumis à la loi suisse, des dispositions de l'article 1258-2 CPC, qui subordonne le visa du greffier à la condition que les modalités de contrôle de l'activité du mandataire soient formellement prévues dans le mandat. Une telle exigence relève-t-elle des « modalités d'exercice » des pouvoirs de représentation ? La Cour d'appel avait répondu positivement au motif qu'il appartenait au greffier de vérifier si l'acte qui lui était

⁷⁹ Projet de Code, art. 39 §3

⁸⁰ Le dispositif est le même en matière de responsabilité parentale, au regard de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 (ibid.)

⁸¹ Rapport explicatif, n°94

⁸² Article 15 § 3. La différence des termes employés à l'article 14 (« conditions d'application » de la mesure) et 15§ 3 (« modalités d'exercice » des pouvoirs de représentation) n'est pas anodine. Selon le rapport explicatif, en limitant l'application de la loi du lieu d'exercice des pouvoirs à leurs « modalités », la Commission a expressément refusé de l'étendre à l'exercice de ces pouvoirs (n°106), de sorte que cette expression ne devrait comprendre que des points de détail, comme « la vérification par une procédure locale de l'existence ou de l'étendue des pouvoirs, le dépôt de l'acte les conférant ou encore la procédure de l'autorisation lorsque le mandat d'inaptitude prescrit une autorisation » (n°107). L'interprétation n'en reste pas moins délicate, notamment en matière de santé (A. Bucher, préc. p.53-54).

⁸³ Civ. 1 27 janvier 2021, n°19-15059, Avis A. Caron-Dégliose, n° M 19-15059, D. Act. 17 février 2021 obs. F. Mélin, Defrénois 15 avril 2021, 171f3, p.19 n. M. Minois, JCP 2021, 350, n. G. Raoul-Cormeil et A. Gosselin-Gorand, Dr. famille 2021 Comm. 65, M. Farge, Rev. crit. DIP 2021 p.693 n. M. Revillard.

présenté répondait à toutes les conditions énumérées aux articles 1258-1 et 1258-2 du code de procédure civile, et notamment la mention dans la procuration des modalités de contrôle du mandataire. La première chambre civile a cassé cet arrêt : au visa des articles 15 et 16 de la Convention et des dispositions pertinentes du CPC, elle précise que « si la mise en œuvre en France d'un mandat qui désigne une loi étrangère, ou qui a été fait dans un Etat étranger où le mandant avait précédemment sa résidence habituelle, peut être soumise, au titre des modalités d'exercice des pouvoirs de représentation mentionnées au paragraphe 3, à une procédure de visa destinée à vérifier que l'altération des facultés du mandant a été médicalement constatée et à fixer la date de prise d'effet du mandat, elle ne saurait être subordonnée à des conditions propres au droit français, telles que l'exigence d'une prévision expresse, dans le mandat, de modalités de contrôle du mandataire que n'impose pas la loi applicable à cet acte. » En dépit d'un glissement de la notion de « modalités d'exercice » vers les conditions de mise en œuvre du mandat, la distinction faite paraît satisfaisante. La loi du lieu d'exercice des pouvoirs ne saurait prétendre pénétrer dans la sphère de la validité du mandat.

On observera pour finir que certaines difficultés restent entières et que le futur règlement pourrait peut-être s'en saisir :

-La première concerne le changement de résidence habituelle de l'adulte, difficilement appréciable en particulier lorsqu'il a été plus ou moins forcé. C'est la définition même de la résidence habituelle de l'adulte qui est en jeu, et faute d'indication dans la proposition (comme dans la Convention) une approche fonctionnelle semble nécessaire, comme cela s'observe plus généralement. On ne saurait se contenter d'une appréciation limitée à des circonstances de fait marquant l'intégration de l'adulte dans un environnement social donné, en faisant abstraction de la volonté de l'adulte dès lors qu'elle peut s'exprimer. La filiation entre la Convention-Enfants et la Convention-Adultes trouve ici sa limite, consolidée par les références du préambule – spéc. considérants 10 et 15- à la CIDPH⁸⁴.

-La seconde concerne la loi régissant la forme du mandat d'inaptitude, qui n'est pas mentionnée si ce n'est la nécessité d'un écrit pour la désignation d'une loi. C'est un point important, le droit français met en évidence le lien entre la forme et le fond. Une règle de conflit alternative pourrait être utilement envisagée.

Malgré les incertitudes relevées, les règles de conflit conventionnelles ont fait l'objet d'un très large consensus : ni les diverses institutions, ni les milieux professionnels, ni les études réalisées n'ont remis en cause la Convention de la Haye du 13 janvier 2000, dont le bon fonctionnement a été généralement salué, en dépit du petit nombre de décisions disponibles, de la méconnaissance du texte par les professionnels, - y compris les juges -, et de quelques difficultés sérieuses d'interprétation. Le mieux étant l'ennemi du bien, il est préférable qu'il en soit ainsi! L'unité sera donc sauvegardée pour le règlement des conflits de lois. Mais la méthode d'intégration n'est pas sans incidences, et pourrait, dans le contexte propre au droit de l'UE, avoir des conséquences sous l'angle de l'interprétation de règles régionalisées.

2. Les incidences de la méthode d'intégration : la question de l'interprétation

Cette question surgit comme une évidence quand on sait le rôle joué par la CJUE dans l'interprétation des règlements relatifs à la coopération judiciaire civile⁸⁵.

⁸⁴ R. Frimston, The 2000 Adult Protection Convention- sleeping beauty or too complex to implement ?, The Elgar companion to the HCCH, p.226, spéc. p.230

⁸⁵ C. Nourissat, La Cour de justice face aux règlements de coopération judiciaire en matière civile et commerciale : quelques interrogations, dix ans après... Trav. Comité français de DIP 2010-2012 Pedone 2013 p.19.

Tout d'abord la question de la compétence de la CJUE pour l'interprétation de la Convention de La Haye, pourrait se poser puisque l'UE n'y est pas elle-même partie, à la différence d'autres Conventions plus récentes comme celles en matière d'obligations alimentaires⁸⁶, et plus près de notre sujet, la CIDPH. Mais selon l'exposé des motifs de la proposition de décision « une fois la décision adoptée par le Conseil, la Convention de La Haye fera partie du droit de l'Union et pourra être interprétée par la CJUE ... » ce qui correspond en effet à la jurisprudence relative à la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 et à l'avis 1/13 consacrant la notion d' « ensemble normatif indivisible ». En effet, si en matière de protection des adultes, il n'y a pas formellement d'« accord international » conclu par le Conseil avec un Etat tiers ou une organisation internationale, la Cour a levé l'obstacle en estimant que « dans l'hypothèse où les conditions de participation à un tel accord excluent sa conclusion par l'Union elle-même, bien que ce dernier relève de la compétence externe de l'Union, cette compétence peut être exercée par l'intermédiaire des Etats membres agissant dans l'intérêt de l'Union »⁸⁷. D'autre part, la jurisprudence en matière d'enlèvement d'enfants fournit une justification aisément transposable : l'enchevêtrement des textes, *ie* la Convention de la Haye de 1980 et le règlement Bruxelles II bis, invoqués simultanément par les parties, permet à la Cour d'en faire une interprétation conjointe⁸⁸ ; l'avis 1/13, rendu cinq jours plus tard, renchérisait en affirmant que règles de la Convention de La Haye et celles de l'UE constituent « un ensemble normatif indivisible »⁸⁹.

L'interrogation suivante est : comment sera interprétée la Convention de La Haye ? La question se place dans la perspective des relations avec les Etats tiers, s'agissant d'un traité international. Nous retrouvons ici la question soulevée par L. Perreau-Saussine devant le Comité en 2021 : « se pourrait-il que l'identité de contenu entre un règlement et une convention, ou à tout le moins le contrôle exercé par l'Union européenne sur la teneur de ladite convention, ne rende la barrière élevée par ces conventions à l'expansionnisme des règlements de l'Union européenne insuffisamment étanche ? »⁹⁰

Certes il faut savoir gré à la Cour de respecter la limitation générale imposée par le droit international public, en limitant l'expansion du droit de l'UE lorsque son application impliquerait, pour un Etat membre, la violation d'une obligation internationale⁹¹. D'un point de vue prospectif, certaines données ou expériences laissent imaginer que la Cour se placera dans une « logique systémique internationaliste » en voie de développement, selon Mme Carine Brière⁹². La « connexion » aux Conventions de La Haye serait ainsi, selon cet auteur, « synonyme d'ouverture ». La jurisprudence en matière d'enlèvement international d'enfant serait révélatrice de cette attitude, en raison de l'enchevêtrement des sources – la Convention du 25 octobre 1980 et le règlement Bruxelles II bis. En intégrant la Convention dans sa mission d'interprétation, le juge communautaire interroge ses règles

⁸⁶ Ainsi pour se déclarer compétente pour interpréter le Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires, la Cour s'appuie sur le fait que le Conseil a approuvé le Protocole (Déc. 2009/941) et qu'un accord conclu par le Conseil conformément à l'art. 218 TFUE constitue en ce qui concerne l'Union un acte pris par une de ses institutions relevant de son interprétation en vertu de l'art. 267 TFUE (CJUE 7 juin 2018, C-83/17KP, JDI 2019 p.867 n. L. Rass-Masson; - 20 sept. 2018, C-214/17, M \ddot{u} lk, Rev. crit. DIP 2019 p.146 n. N. Joubert ; -12 mai 2022, C-644/20, W.J., D. Act. 30 mai 2022 obs. F. Mélin, Rev. crit. DIP 2023 p.123 n. N. Joubert).

⁸⁷ Avis 1/13 du 14 octobre 2014, pt 44

⁸⁸ CJUE 9 oct. 2014, C-376/14, C.; CJUE 8 juin 2017, C-111/17, OL

⁸⁹ Pt 78

⁹⁰ L. Perreau-Saussine, préc. p. 247

⁹¹ Position illustrée par CJUE 24 mars 2021, C-603/20 PPU, Dr. famille 2021 comm. 121 A. Devers. L. Perreau-Saussine, préc. p.233. S'agissant d'un enlèvement d'un enfant du Royaume-Uni vers l'Inde, la Cour écarte l'application de l'article 10 Bruxelles II bis qui contraindrait les Etats membres à agir à l'encontre de leurs obligations internationales, issues de la Convention du 19 octobre 1996 (pt 56).

⁹² La place des Conventions de La Haye dans un système de droit international privé de l'Union, in Un système de droit international privé de l'Union ? Dir. L. Pailler et C. Nourissat, Bruylant 2023 p.197, spéc. p.202.

et ses concepts, à la lumière notamment du rapport explicatif ; ainsi en a-t-il été en matière d'obligations alimentaires pour l'interprétation du Protocole de La Haye⁹³ et de responsabilité parentale pour l'interprétation de la Convention de 1996⁹⁴, avec parfois des résultats surprenants⁹⁵.

D'un autre côté, il est à craindre que l'intégration de la Convention au Droit de l'UE conduise à des adaptations au contexte régional dans lequel s'inscrivent les règles, ainsi que cela ressort déjà de l'exposé des motifs de la proposition de décision du Conseil⁹⁶, plus discrètement du préambule de la proposition de règlement⁹⁷, plus explicitement de l'existence des définitions européennes (article 3) qui seront vues comme des notions autonomes du Droit de l'UE. En outre, la protection des adultes devrait subir dans les rapports entre EM le traitement européen des règles impératives qu'il s'agisse du contrôle des lois de police (article 20 de la Convention) ou de la clause d'ordre public (article 21) réduite, dans la conception imposée par la CJUE à la « violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle...ou d'un droit reconnu comme fondamental »- de sorte que le mécanisme ne joue pas le même rôle que dans les rapports avec les Etats tiers⁹⁸. La place réduite reconnue à l'ordre public comme aux lois de police pourrait s'avérer problématique dans le domaine des mesures relatives à la santé.

Or une interprétation comportant un biais régional -la mise au service de la Convention d'un projet communautaire -, ne pourrait que susciter la défiance des Etats tiers. La chose n'est pas nouvelle : en matière civile et commerciale, Louis Perreau-Saussine a rappelé l'attitude défensive du Tribunal fédéral suisse, qui s'appuie sur la primauté du droit international public « pour préserver l'interprétation de la Convention de Lugano de l'influence du droit de l'UE, et les Etats tiers d'une application extensive des règlements européens de droit international privé »⁹⁹. Le risque existe, nous

⁹³ CJUE 7 juin 2018, KP, préc., avec une référence au rapport explicatif d'A. Bonomi, n°35. L'arrêt WJ préc. rendu le 12 mai 2022 à propos de la loi applicable à l'obligation alimentaire à l'égard d'un enfant ayant fait l'objet d'un enlèvement, parvient ainsi à émanciper le Protocole de La Haye de l'emprise que pourrait exercer le droit de l'UE, ici l'article 10 du règlement Bruxelles II bis qui paralyse le transfert de la compétence juridictionnelle en cas d'enlèvement d'enfant (pts 71-72). La Cour se base sur le silence du Protocole et l'interprétation stricte de la règle de compétence spéciale prévue à l'art. 10 du règlement Bruxelles 2 bis. L'approche fonctionnelle aboutit ainsi à ce que la résidence habituelle de l'enfant se trouve localisée différemment au regard de la responsabilité parentale et au regard de la créance alimentaire.

⁹⁴ Ex. CJUE 6 juin 2017, OL, spéc. pts 53, 57 et 61 ; CJUE, 9 oct. 2014, C-376/14, préc.

⁹⁵ CJUE 6 oct. 2015, Aff. C-404/14, Mastoukova : la Cour se réfère à la Convention de 1996 et à son rapport explicatif ... pour parvenir à une solution différente : dans cet arrêt particulièrement intéressant pour notre propos, elle estime que l'approbation judiciaire d'un accord de partage successoral conclu par le tuteur d'enfants mineurs constitue une mesure relative à l'exercice de la responsabilité parentale relevant du règlement Bruxelles II bis et non une mesure relative aux successions, matière exclue, comme dans la Convention de La Haye de 1996. La Cour cite le rapport explicatif du Pr Lagarde sur la Convention de 1996 (p. 550 § 32) qui pourtant limite l'application de cette Convention à la détermination du représentant du mineur.

⁹⁶ L'exposé des motifs de la proposition de décision (2023/0170) affirme qu'une fois la décision adoptée par le Conseil, la Convention de La Haye fera partie du droit de l'Union et pourra être interprétée par la CJUE « à la lumière à la fois des principes généraux de l'UE – préserver la libre circulation des personnes, l'accès à la justice et le plein respect des droits fondamentaux et de la CNUDPH ; v. déjà en ce sens les conclusions du Conseil sur la protection des adultes vulnérables dans l'ensemble de l'UE, 2021/C330 I/01.

⁹⁷ Le Considérant 9 préconise « compte tenu de la complémentarité » du futur règlement et de la Convention...« d'harmoniser dans la mesure du possible, l'interprétation des règles énoncées dans le présent règlement et de celles figurant dans la Convention ». Le Considérant 10 invite à une interprétation du règlement « guidée par ses objectifs », en visant, notamment la Charte des droits fondamentaux de l'UE et la CNUDPH.

⁹⁸ P. Hammje, L'ordre public international et la distinction entre Etats membres et Etats tiers, in Droit international privé, Etats membres de l'Union européenne et Etats tiers, LexisNexis 2009 p.65.

⁹⁹ L. Perreau-Saussine, Droit international privé de l'Union européenne et Etats tiers, préc. p. 248-249.

semble-t-il, pour diverses raisons liées à la prééminence du droit de l'UE, mais aussi à la construction de l'espace judiciaire civil européen.

La première raison tient à la conception que se fait le droit de l'UE de la hiérarchie des normes, dont on peut dire avec Mme Gaudemet-Tallon, qu'elle n'est pas très claire¹⁰⁰, pas plus que ne le sont les relations des règlements de l'Espace judiciaire européen avec les Conventions internationales, où la primauté du droit de l'UE est souvent affirmée, mais dans des termes différents¹⁰¹. Quant à la Cour de justice, sa jurisprudence « expansionniste » a été souvent critiquée, tout comme sa tendance à « instrumentaliser les rapports du droit de l'Union au droit international ... dès lors que cela lui permet de conforter dans tous les cas la place du droit européen »¹⁰². Sur ce socle théorique, certaines préoccupations propres au droit de l'UE peuvent prospérer¹⁰³. Parmi les principes propres au droit de l'UE, le principe de reconnaissance mutuelle privilégie la circulation des décisions, au détriment de presque toute autre considération. La jurisprudence en matière de divorce et de responsabilité parentale, encore une fois, est topique¹⁰⁴. Plus que dans le contexte de la Convention de La Haye, un conflit pourrait surgir entre le principe européen de reconnaissance mutuelle fondé sur la confiance mutuelle et la valeur que représentent la protection ou l'autonomie de l'adulte¹⁰⁵. La proposition de règlement¹⁰⁶ prévoit cependant comme premier motif de refus de reconnaissance le fait que « la mesure ait été prise hors le cas de l'urgence sans qu'ait été donnée à l'adulte la possibilité d'être entendu ». Les précautions de cette rédaction permettent d'adapter l'exigence d'une audition à la diversité des situations concrètes ; le droit fondamental d'être entendu paraît mieux respecté s'il donne lieu à une appréciation à un double niveau, celui de l'instance directe et celui de l'instance indirecte. Restent d'autres hypothèses : la violation des règles de compétence, notamment en cas de choix de for. Elle constitue un motif de refus dans la Convention de La Haye (article 33§2a)) mais non dans le règlement, comme c'est l'usage dans l'espace judiciaire civil européen. Bien qu'on ne trouve pas la disposition habituelle interdisant le contrôle de la compétence indirecte et l'application du critère de l'ordre public à la compétence, il est prévisible qu'une violation des règles de compétence

¹⁰⁰ La cohérence des sources communautaires et internationales, in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?* p.67, spéc. p.74 (à propos de l'art. 307 TCE, devenu art. 351 TFUE). C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6^e d. n°805-806 et la jurisprudence citée.

¹⁰¹ Affirmation de la primauté du règlement sur la Convention en matière de responsabilité parentale (art. 60 Bruxelles II bis), en matière alimentaire (art. 69§2 Règlt Aliments) ; primauté à l'égard des seules Conventions conclues exclusivement ou seulement entre EM en matière successorale (art. 75§2 Règlt Successions) et matrimoniale (art. 62§2 Règlt Régimes matrimoniaux). Observation peut être faite ici que la primauté de la Convention de La Haye de 1980, qu'affirmait le règlement Bruxelles II bis (art. 60) n'apparaît plus dans le règlement BII ter : la Convention de 1980 ne fait plus partie de celles à l'égard desquelles il prévaut, énumérées à l'art. 95¹⁰¹ ; et l'art. 96 en cas d'enlèvement d'enfant dans les rapports entre deux EM, précise que les dispositions de la Convention « continuent de s'appliquer, telles qu'elles sont complétées par les dispositions des chapitres III et VI du présent règlement » : traduction semble-t-il de la notion d' « ensemble normatif indivisible » évoquée *supra*.

¹⁰² J. S. Bergé et S. Touzé, *Les rapports droit international et droit européen : entre dissociabilité et indissociabilité*, JDI 2015 p. 915, n°14.

¹⁰³ Sur la prévalence des objectifs propres au droit de l'Union, à l'égard des objectifs généraux du DIP, A. Zanobetti, préc. p.124-125.

¹⁰⁴ Ainsi la Cour privilégie la reconnaissance d'une décision de divorce en dépit de la violation des règles relatives à la litispendance (CJUE 16 janv. 2019, C-386/17, Liberato, JDI 2019 p.1232 et la note) ; celle d'une décision en matière de responsabilité parentale malgré la violation alléguée du droit de l'enfant à être entendu (CJUE 22 décembre 2010, C-491/10 PPU, Aguirre Zarraga) ou malgré la violation des règles de compétence pourtant conçues dans l'intérêt de l'enfant (CJUE 19 novembre 2015, C-455/15 PPU, P).

¹⁰⁵ Evoquant ce risque de conflit à propos de la Convention, R. Frimston, *The 2000 Adult Protection Convention - sleeping beauty or too complex to implement ?*, préc., p.229.

¹⁰⁶ Cf Convention de La Haye, art. 22§2 b)

ne sera pas sanctionnée dans l'espace commun, quand bien même celles-ci seraient conçues dans l'intérêt de la personne protégée¹⁰⁷. On peut douter enfin que le non-respect d'un mandat d'incapacité mobilise l'ordre public international dans les rapports entre EM, sauf à « fondamentaliser » le principe de l'autonomie de l'adulte en référence à la CIDPH.

Le risque d'un biais régional résulte par ailleurs de la nécessaire mise en cohérence avec les autres règlements, dans un objectif de réalisation de l'espace judiciaire civil européen.

Se pose ainsi la question de l'articulation avec le règlement sur les régimes matrimoniaux, s'agissant des dispositions qui permettent l'habilitation de l'époux hors d'état de manifester sa volonté (en France, art. 219 c. civ.). Si le rapport explicatif du Pr Lagarde les intègre dans la Convention de La Haye¹⁰⁸, en ira-t-il de même aux yeux de la Cour de justice, alors que le règlement sur les régimes matrimoniaux aurait vocation à les couvrir ?

Autre sujet délicat, l'articulation avec le règlement Bruxelles I, en rapport avec l'exclusion de la capacité des personnes physiques. Certes, l'arrêt *Schneider* du 3 octobre 2013¹⁰⁹ a fait entrer dans la « capacité » la procédure gracieuse, engagée par un ressortissant d'un Etat membre placé sous curatelle, en vue d'obtenir l'autorisation de vendre un bien immobilier situé dans un autre Etat membre et cela est tout à fait compatible avec son inclusion dans le futur instrument de protection internationale des adultes. En revanche, un point névralgique concerne le rattachement de la sanction d'un acte accompli par un majeur dans le champ de son incapacité. En principe, la sanction étant liée à l'étendue de l'incapacité qui résulte elle-même du régime de protection, elle devrait répondre à la même qualification¹¹⁰. L'article 3 de la Convention de La Haye ne semble pas dire autre chose en faisant entrer dans son champ d'application la tutelle, la curatelle et la sauvegarde de justice dont on sait qu'elle résulte de l'ouverture d'actions en justice tendant à l'anéantissement ou à la réduction de l'acte. La protection n'intègre donc pas seulement la détermination des pouvoirs du protecteur mais aussi la capacité résiduelle du majeur protégé, et les actions en justice qui y sont attachées (nullité, rescision, réduction) pour lesquelles, logiquement, la Convention de la Haye aujourd'hui, le règlement européen demain, déterminent la compétence et la loi applicable. Pourtant, la CJUE s'est déjà prononcée dans un sens différent, en rattachant la compétence internationale pour connaître d'une action en nullité fondée sur l'incapacité à la matière contractuelle, au sens du règlement Bruxelles I. Dans un arrêt du 16 novembre 2016¹¹¹ se posait la détermination du juge compétent pour connaître d'une action en nullité d'une donation immobilière pour incapacité du donateur. Celui-ci, selon une expertise psychiatrique, était atteint de troubles graves qui avaient provoqué par la suite sa mise sous tutelle. Suivant les termes de la question préjudicielle, la Cour a jugé que l'action en annulation d'un acte de donation immobilière pour incapacité de contracter du donateur relevait de la compétence spéciale en matière contractuelle, et non de la compétence exclusive des juridictions de l'Etat membre

¹⁰⁷ Notamment au nom du principe d'interdiction de la révision au fond (art. 13), qui repose sur la notion de confiance mutuelle (cf F. Marchadier, La prohibition de la révision au fond en droit de l'UE, TCFDIP 25 nov. 2022).

¹⁰⁸ Rapp. expl. n°35

¹⁰⁹ C-386/12, Rev. crit. DIP 2014 p.182 n. S. Corneloup.

¹¹⁰ Y. Lequette, Protection familiale et protection étatique des incapables, op. cit. n°31 « Les causes de l'incapacité posent uniquement le principe d'une incapacité et en conséquence d'une protection. Mais la réalisation concrète de cette protection se traduit par des actes interdits à l'incapable, une sanction frappant la transgression de cette interdiction et des institutions permettant l'accomplissement de ces actes ; le levier commun de l'interdiction et d'une mise en œuvre effective des institutions de protection se trouve, en définitive, dans la nullité de l'acte réalisé par l'incapable même ». C'est la logique de l'arrêt Silvia consacrant « l'incapacité naturelle » (Civ. 25 juin 1957, GAJFDIP n°29).

¹¹¹ CJUE 16 novembre 2016, C-417-15, W. Schmidt. Egalement en ce sens, Civ. 1, 13 mai 2020, n°19-10448 à propos de l'action en nullité d'une procuration pour insanité d'esprit.

où l'immeuble est situé. Mais la question n'était-elle pas surtout de savoir si l'action échappait au Règlement Bruxelles I bis, en raison de l'exclusion de l'état et la capacité des personnes (art. 1§2 a)) ? La Cour l'envisage rapidement pour évacuer cette hypothèse, au motif que « la détermination de la capacité de contracter constitue non pas l'objet principal de l'action mais une question préalable »¹¹². Cette analyse est critiquable, tant d'un point de vue théorique que sous l'angle pratique de ses conséquences :

1° la qualification de question préalable est réductrice, la sanction de l'incapacité est au cœur de l'action et le récuser ne respecte ni la finalité de l'action – pourtant prise en compte dans l'arrêt *Mastoukova*¹¹³- ni la cohérence des institutions (le système de protection d'une personne vulnérable). On peut ajouter que l'incapacité est la cause de la demande et la CJUE a récemment montré l'intérêt que pouvait avoir cette notion à propos de la « matière contractuelle » (allusion à la jurisprudence *Feniks*¹¹⁴).

2° l'analyse est regrettable du point de vue des conséquences, tant l'application des règles de compétence concernant la « matière contractuelle » y compris l'élection de for, que celle des règles de conflit en matière contractuelle, si l'on admet l'unité des qualifications, semble inadaptée aux nécessités de la protection d'un majeur. C'est une manière de rappeler « l'interaction existant entre la catégorie et le rattachement »¹¹⁵. Cette jurisprudence, si elle était reconduite, risquerait de compromettre l'objectif poursuivi tant par la Convention de La Haye que, demain, par le règlement européen.

Avec de nouveaux élargissements de l'espace judiciaire européen, ne conviendrait-il pas que la Cour réoriente sa jurisprudence pour respecter la cohérence et les fondamentaux du régime international de protection qu'elle devra, dans l'avenir, défendre ?

En conclusion : sous les réserves qui précèdent, le règlement européen viendra utilement compléter la Convention de La Haye en faisant bénéficier la protection internationale des adultes d'un corpus de règles matérielles assurant une coopération efficace entre les Etats membres.

D'un point de vue technique, des pistes d'amélioration sont envisageables :

-Il nous semble important de modifier les règles du choix de for pour mieux respecter la volonté de l'adulte, en fixant des bornes en amont, plutôt qu'en aval.

¹¹² Pt 25 de l'arrêt. Les conclusions de l'avocat général faisaient valoir que « même si, selon toute apparence, la question de la capacité du requérant constitue la pierre angulaire de la procédure au principal et que le bien-fondé des conclusions de ce dernier en dépend, elle n'en constitue pas pour autant l'objet même du litige (...). Ce litige ne vise en effet pas à obtenir une décision constitutive, contraignante pour l'ensemble des rapports juridiques, s'agissant de la question de savoir si le requérant au principal est incapable et s'il doit donc être mis sous tutelle. En effet, il s'agit plutôt de la validité juridique d'une donation et des conséquences en matière de droit de propriété qui en résultent. Pour statuer sur ces demandes du requérant, la question de sa capacité de contracter ne constitue qu'une simple question préjudicielle qui n'a pas d'impact sur la nature et l'objet même de la procédure litigieuse (Concl., pt 30). Nous avons ne pas être convaincue par le raisonnement, le régime de protection ne doit pas être envisagé sous le seul angle de sa mise en place, mais également sous celui des conséquences qu'il produit.

¹¹³ Préc. note 53, spéc. pt 29 : « une telle mesure se rapporte directement à la capacité juridique de la personne physique et s'inscrit par nature dans le cadre d'une action dont le but est de satisfaire les besoins de protection et d'assistance des enfants mineurs »

¹¹⁴ CJUE 4 octobre 2018, C-337/17; CJUE 10 juillet 2019, C- 722/17, *Reitbauer* (Motifs).

¹¹⁵ B. Ancel et Y. Lequette, GAJFDIP préc. comm. ss l'arrêt *Silvia*, n°6.

-Quelques lacunes devraient être comblées.

Tout d'abord des précisions seraient utiles, notamment :

*sur les critères de détermination de la résidence habituelle de l'adulte, faisant ressortir la prise en compte de sa volonté dès lors qu'elle peut être exprimée.

*sur la soumission de certaines autorités aux règles de compétence (les greffiers, en parallèle aux problèmes posés pour les notaires par le règlement Successions, pour éviter la multiplication de recours préjudiciels...)

*sur l'exécution des actes authentiques car l'article 16 de la proposition n'envisage que leur « acceptation » qui correspond dans les autres règlements à leur force probante (cf Règlement Successions, art. 59).

Quelques dispositions ensuite, pourraient être intégrées :

*Une règle de conflit pour la forme du mandat d'inaptitude, sous une forme alternative.

*Des règles relatives aux conflits de procédures, complétant les mécanismes coopératifs de la Convention de La Haye qui nous paraissent insuffisants. Plus qu'un strict principe chronologique, on pourrait imaginer un dispositif souple, fondé sur un dialogue des juges et recherchant le meilleur intérêt de la personne protégée¹¹⁶.

Au-delà des améliorations nécessaires de la proposition de règlement, l'Union européenne doit sans doute continuer de porter le projet politique de citoyenneté, d'Etat de droit et de légitimité démocratique qui est le sien en s'emparant comme elle le fait de l'ensemble des sujets liés à la protection des adultes. Le droit international doit en effet respecter un pluralisme ordonné, comme le dirait Alain Supiot, permettant de construire et d'appliquer le droit dans un univers habitable pour tous, en prise avec les réalités du monde contemporain, lequel n'est pas constitué que d'Etats de l'Union ou membres de la Convention de La Haye.

Nous aurons désormais trois situations : celle des ressortissants d'Etats membres de l'Union européenne, celle des ressortissants d'Etats membres de la Convention de La Haye mais hors Union européenne et celle de ressortissants d'Etats tiers qui seront les plus nombreux. Il est donc indispensable de ne pas s'arrêter aux instruments, aussi indispensables soient-ils, mais il faut considérer que les enjeux du droit et du droit international privé en cette matière sont plus profonds. Ils exigent de construire un droit mettant en lien les normes et les institutions, en pensant aux autorités d'interprétation, de contrôle et de recours au bon niveau et dans leur juste office.

¹¹⁶ La protection des adultes paraît se prêter au débat judiciaire transfrontière décrit dans l'ouvrage de Marie-Laure Niboyet, G. de Geouffre de La Pradelle, S. Fulli-Lemaire Droit international privé, LGDJ 8è éd. n°636.