

### La réforme des tutelles: La protection en Common Law Illustrations "transfrontalières" France/Grande-Bretagne

#### Mouvement de population entre la Grande-Bretagne et la France

Il y a une population importante de Britanniques qui résident maintenant de ce côté de la Manche, et un nombre également important de ressortissants français qui ont choisi le Royaume-Uni pour y habiter.

Les statistiques de l'OCDE basées sur les recensements de 2000 indiquent qu'une proportion non négligeable de cette population est âgée de plus de 65 ans.<sup>1</sup>

Nous ne disposons pas encore de statistiques officielles plus récentes, et les diverses estimations ne concordent pas. Il est toutefois évident que les chiffres ont augmenté. Il est estimé que 260 000 Britanniques habitent maintenant en France en permanence ou une partie du temps,<sup>2</sup> et qu'environ 500 000 Britanniques possèdent des résidences secondaires en France.<sup>3</sup>

Dans l'autre sens, il est estimé que, depuis 1999, approximativement 15 000 ressortissants français ont émigré au Royaume-Uni chaque année.<sup>4</sup> Quelques 300 000 Français résident désormais au Royaume-Uni, dont 70 % habitent dans l'agglomération urbaine de Londres.<sup>5</sup>

#### Ressortissants britanniques âgés de plus de 15 ans résidant en France en 2000

	Nombre de Britanniques en France	Exprimé en % du total
15-24 ans	9 223	12 %
25-64 ans	56 330	74 %
Plus de 65 ans	10 870	14 %
<b>Total</b>	<b>76 423</b>	<b>100 %</b>

#### Ressortissants français âgés de plus de 15 ans résidant en Grande-Bretagne en 2000

	Nombre de Français en Grande-Bretagne	Exprimé en % du total
15 à 24 ans	18 327	21 %
25 à 64 ans	58 831	69 %
Plus de 65 ans	8 181	10 %
<b>Total</b>	<b>85 339</b>	<b>100 %</b>

#### Statistiques relatives à la maladie d'Alzheimer et autres formes de démence

##### Alzheimer Europe

Alzheimer Europe est une initiative européenne visant à accroître la reconnaissance de la maladie d'Alzheimer et des autres formes de démence comme l'une des priorités dans le domaine de la santé publique en Europe. Cette initiative bénéficie de l'appui du gouvernement français. La « Déclaration de Paris » inclut la déclaration suivante, qui ne peut que faire réfléchir:

*« Aujourd'hui [en 2006], près de 5,4 millions de citoyens européens souffrent de la maladie d'Alzheimer ou d'une autre forme de démence. En raison du vieillissement de la population dans tous les États Membres de l'Union Européenne, ces chiffres vont aller en augmentant et les chercheurs ont prédit une multiplication par deux de ces chiffres d'ici 2040 en Europe Occidentale et une multiplication par trois en Europe de l'Est. »<sup>6</sup>*

<sup>1</sup> Statistiques disponibles sur le site <http://stats.oecd.org/WBOS/Index.aspx?QueryName=254&QueryType=View>.

<sup>2</sup> <http://www.guardian.co.uk/world/2008/mar/07/france>.

<sup>3</sup> <http://www.newstatesman.com/200408020014>.

<sup>4</sup> <http://www.guardian.co.uk/world/2006/apr/08/france.ashleyseager>.

<sup>5</sup> <http://www.telegraph.co.uk/core/Content/displayPrintable.jhtml?jsessionid=FYO0HF11E2YS3QFIQMFCFGGAVCBQYIV0?xml=/property/2007/02/22/lpfrench122.xml&site=16&page=0> et <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/mar/23/immigration.france>.

<sup>6</sup> 'Déclaration de Paris : priorités politiques du mouvement Alzheimer en Europe' disponible sur <http://www.dementia-in-europe.eu/upload/SLK56FS387ZG/downloads/ZRCNLVXRLDJS.pdf>.

continued:

### Statistiques relatives aux personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer et d'autres formes de démence en Europe

Alzheimer Europe a recueilli des statistiques sur le nombre de personnes souffrant de démence en Europe en se basant sur deux grandes études, Eurodem et Ferri.<sup>7</sup>

Pays	Tranche d'âge	Nombre souffrant de démence (EURODEM)	% de la population	Nombre souffrant de démence (Ferri et al)	% de la population
France (chiffres datant de 2005)	30-99	847 808	1,36 %	760 715	1,22 %
R.-U. (chiffres datant de 2004)	30-89	660 573	1,11 %	621 717	1,04 %

Une nouvelle étude de grande ampleur sur l'impact de la démence au Royaume-Uni a été publiée en février 2007. Elle suggère que le nombre de personnes souffrant de démence au Royaume-Uni a augmenté et atteint maintenant 700 000. Elle estime que 1 000 000 de personnes au Royaume-Uni souffriront de démence en 2025.<sup>8</sup>

### Pertinence pour les juristes en France et au Royaume-Uni<sup>9</sup>

Le vieillissement de la population en Europe et une augmentation correspondante du nombre des personnes ayant des problèmes de capacité ont entraîné des réformes légales dans de nombreux pays membres de l'Union Européenne, y compris au Royaume-Uni.

Les niveaux élevés de migrations transfrontalières, qui incluent des nombres substantiels de retraités, signifient qu'il est de plus en plus probable que les juristes soient confrontés à des étrangers ayant des problèmes de capacité.

#### Exemple A

Un couple britannique âgé possède une « résidence secondaire » en France. Les époux ont tous les deux une très mauvaise mémoire. Ils décident de léguer leur résidence secondaire à leur femme de ménage du pays, qu'ils connaissent depuis trois ans. Quel droit s'applique pour résoudre tous les doutes concernant leur capacité de comprendre les conséquences de leurs actes (le degré requis de capacité mentale) dans le cas d'un tel don de biens fonciers ?

La réponse serait-elle différente si le couple avait déménagé en France et y avait établi sa résidence habituelle ?

#### Exemple B

Le même couple britannique âgé a également un compte en banque en France. Il décide de faire don de 200 000 € à son jardinier en échange d'une promesse de sa part de s'occuper du jardin potager des époux tant que ces derniers seraient en vie.

Quel tribunal aurait compétence pour traiter des questions de capacité ? La réponse à cette question est-elle affectée selon s'ils sont habituellement résidents en France, ou seulement de façon temporaire ou saisonnière ?

#### Exemple C

Quelqu'un vous demande votre opinion sur les affaires d'une ressortissante française qui vient de perdre son mari. Elle a une fille qui habite à Paris et un fils qui habite à Londres. Elle décide d'aller vivre à Londres avec son fils plutôt qu'à Paris avec sa fille.

Elle vend son ancienne résidence conjugale (en France) et dépose le produit de cette vente sur son compte en banque. Elle déclare ensuite qu'elle a décidé d'en transférer le montant à son fils à titre de don.

Sans même parler des questions relatives à l'héritage, qui déciderait si elle a la capacité de faire un tel don ?

<sup>7</sup> Statistiques sur la démence en Europe disponibles sur le site web suivant: <http://www.dementia-in-europe.eu/?lm2=OWQAUJKRXAEZ>.

<sup>8</sup> « The Rising Cost of Dementia in the UK » (Le coût croissant de la démence au R.-U.). Un rapport sur la prévalence et le coût de la démence préparé par le département Personal Social Services Research Unit (PSSRU) de la London School of Economics et le Institute of Psychiatry à King's College London, pour le compte de la Alzheimer's Society, 2007, sur le site [http://www.alzheimers.org.uk/site/scripts/documents\\_info.php?categoryID=200120&documentID=342](http://www.alzheimers.org.uk/site/scripts/documents_info.php?categoryID=200120&documentID=342).

<sup>9</sup> Le Royaume-Uni comprend trois juridictions constitutives – (1) l'Angleterre et le Pays de Galles, (2) l'Écosse et (3) l'Irlande du Nord. Les Îles anglo-normandes sont des dépendances de la Couronne et ne font pas partie du Royaume-Uni (elles prêtent directement serment d'allégeance au monarque régnant – selon la tradition, elles le font parce qu'elles considèrent le monarque comme étant le Duc de Normandie). L'île de Man également est une dépendance de la Couronne. Ni les Îles anglo-normandes, ni l'île de Man ne font partie de l'Union européenne.

**continued:**

## **Quel est le tribunal compétent ?**

Le nombre croissant de tels scénarios en France, au Royaume-Uni et dans d'autres pays a suscité un besoin de clarification quant à la détermination du tribunal compétent en fonction des circonstances.

### **La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (la « Convention ») et son application à l'Angleterre et au Pays de Galles**

*« Le vieillissement de la population mondiale, allié à une plus grande mobilité internationale, a rendu nécessaire une meilleure protection internationale des adultes vulnérables tant par des lois appropriées qu'à travers davantage de coopération internationale. L'augmentation de la durée de la vie dans de nombreux pays s'accompagne d'une augmentation conséquente des maladies liées au grand âge. Comme les voyages internationaux deviennent plus faciles, beaucoup de personnes atteignant l'âge de la retraite font le choix de passer la dernière partie de leur vie à l'étranger. »<sup>10</sup>*

Le droit de nombreux pays permet aux adultes de décider à l'avance comment leurs affaires seront gérées au cas où ils perdraient la capacité de gérer ces affaires eux-mêmes, mais ceci soulève des questions inévitables au sujet de la détermination de la loi applicable, des personnes qui vont s'occuper de tels adultes âgés et des pouvoirs qu'auront ces personnes. La Convention « répond à bon nombre de ces questions en fournissant des règles sur la compétence, la loi applicable et la reconnaissance internationale ainsi que l'application des mesures de protection. »<sup>11</sup>

Le Royaume-Uni, l'Allemagne et la France ont déjà ratifié la Convention. Par conséquent, elle entrera en vigueur dans ces pays le 1er janvier 2009. Cependant, dans le cas du Royaume-Uni, la ratification est limitée exclusivement à l'Écosse.

En Angleterre et au Pays de Galles, la loi « MCA » (*Mental Capacity Act*) de 2005, qui est entrée en vigueur le 1er octobre 2007, contient une réglementation complète en ce qui concerne le traitement des personnes qui perdent la capacité, et les conflits de lois liés à cela.<sup>12</sup>

L'article 63 et la cédule 3 de la loi MCA incorporent la Convention au Droit anglais, et ils font référence à l'application du Droit international privé en Angleterre et au Pays de Galles. Ceci est entré en vigueur avec l'adoption de la loi MCA le 1er octobre 2007, à l'exception de certains articles qui ne produiront leurs effets complets en Angleterre et au Pays de Galles qu'après l'entrée en vigueur de la Convention le 1er janvier 2009.

Un facteur qui complique les choses est donc le fait que la Convention entrera en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles le 1er janvier 2009, mais que comme cela aura été la conséquence de la législation interne et non de la ratification du traité, l'entrée en vigueur de la Convention ne sera reconnue ni par l'Écosse, l'Allemagne ou la France.

Il s'avère que le Ministère de la Justice est en train de prendre les mesures nécessaires pour assurer sa ratification complète pour l'Angleterre et le Pays de Galles.

### **Dispositions de la loi *Mental Capacity Act* de 2005 concernant les questions de compétence des tribunaux**

La loi MCA esquisse les circonstances dans lesquelles la *Court of Protection* (voir ci-dessous) aura compétence sur les adultes incapables en application des dispositions de la Convention.

La *Court of Protection* aura compétence dans les circonstances suivantes:

- pour un adulte incapable résidant habituellement en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- pour les biens d'un adulte incapable (ceci comprend l'ensemble des choses non possessoires et intérêts portant sur des biens meubles et immeubles) situés en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- pour un adulte incapable qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles, ou qui y possède des biens, si l'affaire est urgente ;
- pour un adulte incapable qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles et à l'égard duquel une mesure de protection temporaire a été prise en ce qui concerne exclusivement l'Angleterre et le Pays de Galles.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> « La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes – Aperçu de la Convention », disponible sur le site [http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=conventions.text&cid=71](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=71).

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Voir Dicey, Morris & Collins *The Conflict of Laws* (Thomson, Sweet & Maxwell), chapitre 21.

<sup>13</sup> Loi MCA de 2005, cédule 3, alinéa 7.

**continued:**

En vertu de la cédule 3, paragraphe 7, de la loi MCA, la *Court of Protection* peut également avoir compétence sur un ressortissant britannique si l'Article 7 de la Convention a été respectée. Cela signifie que si les autorités anglaises estiment qu'elles sont mieux placées pour prendre des mesures qu'un autre État contractant ayant compétence en raison du lieu de résidence habituelle de la personne concernée, elles peuvent prendre de telles mesures à condition d'en informer l'État de résidence habituelle. Ceci ne s'applique pas si l'État de résidence habituelle déclare qu'il a pris ou prendra les mesures appropriées, ou s'il a décidé qu'aucune mesure de ce type n'est nécessaire.

En vertu de la cédule 3, paragraphe 8, de la loi MCA et de l'Article 8 de la Convention, les autorités d'un État contractant ayant compétence sur un adulte incapable peuvent solliciter un transfert de compétence dans un autre pays si elles estiment que c'est dans le meilleur intérêt de cette personne. Cet article de la loi MCA entrera en vigueur le 1er janvier 2009. Sur cette base, si le Lord Chancelier d'Angleterre donne son accord, la *Court of Protection* pourrait se reconnaître compétente sur quelqu'un:

- qui est un ressortissant britannique ;
- dont la résidence habituelle antérieure était en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- qui possède des biens en Angleterre ou au Pays de Galles ;
- qui a choisi l'Angleterre et le Pays de Galles comme étant l'autorité juridiquement compétente pour prendre des mesures pour son compte et a documenté ce choix dans un document écrit concernant sa protection ;
- pour qui un résident habituel de l'Angleterre ou du Pays de Galles s'est montré prêt à assurer la protection si besoin est ; ou qui est présent en Angleterre ou au Pays de Galles, mais seulement en ce qui concerne la protection de sa personne.

Dans l'état actuel des choses, il existe une anomalie en rapport avec l'Article 8 de la Convention: la France ne peut adresser une demande qu'à un autre État contractant, mais en Droit international l'Angleterre et le Pays de Galles ne sont pas des États contractants. Ceci pose un problème technique intéressant sur le plan juridique. Selon une opinion, en vertu de la loi MCA, la *Court of Protection* en Angleterre et au Pays de Galles est compétente pour recevoir une demande d'un État contractant. La France pourrait donc faire une demande, apparemment en dehors des termes de la Convention, et le Tribunal anglais pourrait quand même se déclarer compétent.

Examinons par exemple le cas d'un homme de nationalité britannique qui, ayant décidé d'aller vivre en Provence après son départ en retraite, est devenu résident habituel de la France et est ensuite devenu mentalement incapable. Sa fille habite toujours à Londres, et elle se déclare prête à accepter la responsabilité de ses affaires financières et personnelles. En vertu des termes de l'Article 5 de la Convention, c'est principalement à la France qu'il incombe de prendre des mesures pour son compte, mais la France pourrait penser qu'il serait dans le meilleur intérêt de cet homme de transférer cette responsabilité à la *Court of Protection* anglaise, de façon que sa fille puisse s'occuper de lui. La France ne pourrait pas faire une telle requête en vertu de l'Article 8, parce que l'Angleterre et le Pays de Galles ne sont pas au nombre des États contractants. Cependant, si elle présentait sa demande à l'Angleterre, l'Angleterre pourrait toujours l'accepter en vertu de la loi MCA.

### **Quel droit la *Court of Protection* appliquera-t-elle ?**

En règle générale, la *Court of Protection* appliquera le Droit anglais. Cependant, si elle estime que, dans une affaire particulière, il existe une « connexion substantielle » avec un autre pays, elle pourra appliquer le droit de ce pays. De même, elle reconnaît que si une mesure de protection a été prise dans un État et est mise en œuvre dans un autre État, le droit de cet autre État régira ladite mise en œuvre.<sup>14</sup> Ces dispositions sont fondées sur les Articles 13 et 14 de la Convention.

Par exemple, si la *Court of Protection* décide que les biens d'une personne situés à l'étranger doivent être vendus à l'étranger, le droit de cet autre pays devrait régir les modalités de la vente.

## **La loi Mental Capacity Act de 2005**

### **Contexte et droits de l'homme**

La loi MCA est entrée en vigueur le 1er octobre 2007 après de nombreuses années de consultations et de projets de réforme. Un facteur important qui a influencé la réforme était le désir de mieux protéger les droits humains des personnes qui sont mentalement incapables. La 'Law Commission', qui conseille le Gouvernement en matière de réforme de la législation en Angleterre et au Pays de Galles, a produit un rapport en 1995 sur l'« Incapacité mentale ». Ce rapport fait référence à la « Déclaration des droits du déficient mental » des Nations Unies de 1971, selon laquelle « *Le déficient*

<sup>14</sup> Loi MCA de 2005, cédule 3, alinéas 11 et 12.

**continued:**

mental doit être protégé contre toute exploitation, tout abus ou tout traitement dégradant. »<sup>15</sup> La Commission des lois a identifié la Déclaration comme étant l'une des composantes d'un « corpus considérable d'opinions internationales identifiant une discrimination inacceptable dans les façons dont les personnes souffrant d'handicaps mentaux (et en particulier des maladies mentales) ont été traitées dans le passé par les praticiens de la profession médicale, la loi et la société dans son ensemble. »<sup>16</sup>

Le Royaume-Uni a finalement incorporé en son droit national certains articles de la Convention européenne des droits de l'homme par le biais de la loi Human Rights Act de 1998. Les notes explicatives qui accompagnent la loi MCA indiquent qu'elle « satisfait à l'obligation positive de l'État en vertu de l'Article 8... pour assurer le respect de la vie privée. »<sup>17</sup>

### Synopsis de la loi Mental Capacity Act de 2005

Les principales modifications apportées par la loi MCA sont les suivantes:

- Pour la première fois, le niveau de capacité qu'une personne doit avoir pour pouvoir prendre une décision particulière est codifié, plutôt que basé en jurisprudence. Cinq principes légaux aident à décider comment les décisions doivent être prises et qui doit les prendre.
- Le type de procuration « *Enduring Power of Attorney* » est aboli et remplacé par un autre type de procuration appelé « *Lasting Power of Attorney* » (voir l'explication plus bas).
- La procuration *Lasting Power of Attorney* peut être utilisée pour prendre des décisions financières. Elle peut également servir à déléguer des décisions sur la santé et le bien-être (ce qui n'était pas autorisé auparavant).
- La *Court of Protection* est récréée bénéficiant d'un statut plus élevé.
- La *Court of Protection* peut traiter des questions de bien-être aussi bien que des affaires financières.
- Un *Office of the Public Guardian* est constitué pour agir parallèlement à la *Court of Protection*.
- Un *Code of Practice* (le « **Code** ») accompagne la loi MCA. Le Code donne des conseils et des informations sur la façon dont la loi MCA est appliquée dans la pratique.<sup>18</sup>
- Un nouveau droit légal est créé – une autorité générale permettant d'agir dans des circonstances limitées pour le compte d'une personne rendue incapable.
- Les décisions de refus d'administration d'un traitement médical prises à l'avance faisant partie d'un testament de vie (« *Living Will* ») reçoivent une confirmation en droit.

### La Court of Protection

La *Court of Protection* est le tribunal en Angleterre et au Pays de Galles qui est compétent pour juger les affaires des personnes mentalement incapables. La loi MCA a modifié son statut et ses procédures.

La *Court of Protection* peut désormais:

- décider si une personne a la capacité de prendre une décision particulière ;
- faire des déclarations, prendre des décisions ou prononcer des arrêtés portant sur les finances ou le bien-être de personnes n'ayant pas la capacité requise ;
- décider si une procuration de type *Lasting Power of Attorney* ou *Enduring Power of Attorney* est valide ;
- révoquer des représentants (Deputies) ou des mandataires (Attorneys), (les deux étant des personnes désignées pour servir de représentants légaux afin de prendre des décisions pour le compte des personnes n'ayant pas la capacité requise) qui ne s'acquittent pas de leurs responsabilités ; et
- désigner des représentants (Deputies).

### L'Office of the Public Guardian (« OPG »)

L'*Office of the Public Guardian* a été créé en octobre 2007. Ce bureau a pour rôle de protéger les gens dont l'état mental est tel qu'ils ne sont pas en mesure de prendre des décisions.

<sup>15</sup> *Mental Capacity (Law Com N° 231)* p. 17, citant la Déclaration des droits du déficient mental, 1971 Assemblée générale de l'ONU, 26ème session, Résolution 2856, paragraphe 6.

<sup>16</sup> *Mental Capacity (Law Com N° 231)*, p. 23.

<sup>17</sup> Notes explicatives de la loi *Mental Capacity Act*, paragraphe 10, disponibles sur le site [http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/en/ukpgaen\\_20050009\\_en.pdf](http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts2005/en/ukpgaen_20050009_en.pdf).

<sup>18</sup> Le *Code of Practice* est disponible sur le site <http://www.dca.gov.uk/legal-policy/mental-capacity/mca-cp.pdf>.

**continued:**

Il soutient et supervise les mandataires et représentants qui prennent des décisions pour le compte des personnes mentalement incapables et, si nécessaire, il coopère avec d'autres organisations pour faire des enquêtes en cas d'allégations d'abus par des mandataires ou représentants.

Il donne également des informations sur la capacité mentale au public ou aux professionnels qui peuvent en avoir besoin.

### Représentants (Deputies)

Il est préférable de prendre des décisions individuelles pour chaque type particulier de transaction pour les personnes n'ayant pas la capacité nécessaire. Cependant, la *Court of Protection* a le pouvoir de désigner un représentant (appelé « *Deputy* ») afin de prendre des décisions pour le compte de quelqu'un qui n'en est pas capable et qui ne sera vraisemblablement pas capable d'en prendre à l'avenir non plus. Des représentants peuvent être nommés pour gérer les biens et les affaires d'une personne. La *Court of Protection* peut également nommer un représentant en matière de bien-être personnel dans des cas limités.

Un représentant doit avoir au moins 18 ans. Normalement, des individus recevant une rémunération pour s'occuper d'un incapable ne devraient pas occuper des fonctions de représentant en raison du risque de conflit d'intérêt.

La *Court of Protection* peut nommer deux représentants, ou plus, et préciser s'ils peuvent agir conjointement ou conjointement et solidairement, ou conjointement dans certains cas et conjointement et solidairement dans d'autres. Les pouvoirs et les devoirs d'un représentant seront définis par des décisions de la *Court of Protection*. L'OPG assurera la supervision de l'application des décisions judiciaires.

### Procurations durables *Enduring Powers of Attorney* et *Lasting Powers of Attorney*

La procuration *Enduring Power of Attorney* (« *EPA* ») et la procuration *Lasting Power of Attorney* (« *LPA* ») sont les documents permettant à un donateur de nommer un mandataire pour son compte au cas où le donateur perdrait sa capacité, mais ces deux types de procurations peuvent être utilisées comme des procurations ordinaires avant que le donateur ne devienne incapable.

#### Compétence juridictionnelle pour les procurations *Enduring Power of Attorney* et *Lasting Power of Attorney*

En vertu de l'Article 15 de la Convention, les questions concernant les « *pouvoirs de représentation conférés par un adulte, soit par un accord soit par un acte unilatéral, pour être exercés lorsque cet adulte sera hors d'état de pourvoir à ses intérêts* » sont régies par le droit du pays dans lequel le donateur réside habituellement au moment de la rédaction du document. Ceci peut être changé expressément par écrit stipulant l'application du droit du pays dont la personne est un ressortissant, ou de celui du pays dans lequel il résidait habituellement auparavant, ou encore de celui du pays dans lequel les biens de cet adulte sont situés, pour ce qui est desdits biens. La façon dont ce pouvoir est exercé est régie par le droit de l'État dans lequel il est exercé.

Ainsi, si un ressortissant français résidait habituellement en Angleterre ou au Pays de Galles au moment où il a accordé une telle procuration, par défaut le droit qui lui serait applicable serait le Droit anglais. Cependant, il pourrait indiquer par écrit qu'il voudrait que le Droit français s'applique, sur la base de sa nationalité, ou sur celle de son ancienne résidence habituelle. Ceci pourrait sembler souhaitable, par exemple dans le cas d'un Français travaillant à Londres depuis de nombreuses années et y ayant établi sa résidence habituelle. Sauf indication contraire, le Droit anglais s'appliquera, mais s'il a l'intention de retourner vivre en France à l'avenir, il serait bénéfique d'appliquer le Droit français dès le début, pour le cas où il deviendrait incapable de façon imprévue.

Il est intéressant de noter que la Convention ne régit que les pouvoirs de représentation pouvant être utilisés quand un adulte devient incapable. Le Droit international ne précise pas clairement quelle est la situation pour les procurations *EPA* et *LPA* dans la mesure où elles sont utilisées lorsque le donateur est toujours capable. Selon certains, la procuration serait divisible, et cette Convention s'appliquerait seulement après que le donateur est devenu incapable, tandis que la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation s'appliquerait jusqu'à ce moment.<sup>19</sup>

#### Procuration *Enduring Power of Attorney*

La procuration *Enduring Power of Attorney*, qui fut créée en 1985, était la première procuration en Droit anglais qui pouvait continuer à être utilisée après la perte de capacité par le donateur.

Depuis le 1er octobre 2007, il n'est plus possible de créer de nouvelles procurations *EPA*, mais les procurations *EPA* existantes, celles qui sont enregistrées aussi bien que celles qui ne le sont pas, demeurent valides. Elles sont donc toujours utilisées aujourd'hui, et elles continueront à l'être pendant de nombreuses années.

<sup>19</sup> Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Rapport explicatif de Paul Lagarde, paragraphe 97.

**continued:**

Quand un mandataire estime que le donateur est mentalement incapable ou est en train de le devenir, ce mandataire doit enregistrer la procuration EPA auprès de l'OPG. Le mandataire pourra alors continuer à utiliser la procuration EPA. Quand la décision de notifier l'OPG de l'intention d'enregistrer la procuration est prise, le mandataire doit en informer le donateur et certains membres de sa famille stipulés.

Cependant, les EPA ne sont pas sans problèmes. Citons notamment l'insuffisance des mécanismes de protection contre les abus. En outre, ces procurations sont limitées aux biens et aux affaires financières. Elles ne permettent donc pas de les utiliser pour des décisions concernant le bien-être personnel.

### **Procuration Lasting Power of Attorney**

Depuis le 1er octobre 2007, il n'est plus possible de créer de procurations du type *Enduring Power of Attorney*. Un nouveau type de procuration, appelé *Lasting Power of Attorney* (LPA), a été introduit à leur place.

Il existe deux catégories de procurations LPA :

- une procuration LPA pour les biens et autres affaires (qui porte sur les questions financières et remplace effectivement une procuration EPA) et
- une procuration LPA pour le bien-être personnel (qui porte sur les décisions concernant le bien-être personnel et les soins de santé).

Une procuration LPA doit être produite dans le format prescrit.<sup>20</sup> Elle doit être signée par le donateur, le(s) mandataire(s) et au moins un fournisseur de certificat (voir plus bas).

Il est possible de nommer plusieurs mandataires. Ils peuvent être désignés pour agir conjointement, conjointement et solidairement, ou un mélange des deux, en fonction des divers types de décisions à prendre.

Le donateur peut limiter les pouvoirs de son mandataire, et il peut aussi donner des conseils au mandataire sur la façon d'exercer ses pouvoirs, mais sans que ce dernier ne soit tenu de les suivre.

Comme c'est le cas avec une procuration EPA, les mandataires peuvent faire des dons dans certaines circonstances limitées.

Le donateur peut nommer (mais il n'est pas tenu de le faire) jusqu'à cinq personnes à notifier au moment de l'enregistrement de la procuration LPA. À la différence des EPA, les personnes ainsi nommées ne doivent pas obligatoirement faire partie de la famille du donateur.

Au moins un fournisseur de certificat est nécessaire pour que la procuration LPA soit valide. La stipulation relative à un fournisseur de certificat est l'un des principaux nouveaux mécanismes de protection du régime de la procuration LPA. Le fournisseur de certificat a un rôle de contrôle, afin de confirmer que le donateur comprend bien le document qu'il signe. Un fournisseur de certificat peut être soit quelqu'un qui connaît personnellement le donateur depuis au moins deux ans, soit une personne ayant les compétences professionnelles et l'expertise nécessaires, notamment des professionnels dans les domaines du droit et des soins de santé. Certaines personnes ne peuvent pas être des fournisseurs de certificat, par exemple le mandataire et les membres de la famille du donateur ou du mandataire.

Une procuration LPA n'est pas valide avant d'avoir été enregistrée auprès de l'OPG. La procédure d'enregistrement comprend la notification des personnes devant être notifiées ainsi que le donateur et ses mandataires, et elle prend environ six semaines. Une fois enregistrée, une procuration LPA est immédiatement reconnaissable car elle est estampée par l'OPG sur toutes ses pages.

### **Procuration Lasting Power of Attorney – Biens et affaires**

Il s'agit effectivement de la procuration qui se substitue à une procuration EPA. Les mandataires agissant en vertu d'une procuration LPA Biens et affaires peuvent prendre des décisions sur les questions financières et sur celles qui concernent les biens.

L'article 7.36 du Code contient une liste des types de décisions qu'un mandataire est en mesure de prendre (bien que le donateur puisse exclure certaines de celles-ci). Citons notamment:

- l'achat ou la vente de biens ;
- l'ouverture, la clôture ou la gestion d'un compte en banque, d'épargne ou autre compte ;
- la divulgation d'informations financières du donateur ;
- la revendication, la réception et l'utilisation de prestations, pensions, indemnités et remises pour le compte du donateur ;
- l'encaissement de revenus, d'héritages ou d'autres versements de sommes d'argent pour le compte du donateur ;
- la gestion des affaires fiscales du donateur ;

<sup>20</sup> Le format prescrit est stipulé dans la réglementation de 2007 concernant les procurations *Lasting Power of Attorney* et *Enduring Power of Attorney* ainsi que les conseils judiciaires (*Public Guardians*) (SI 2007/1253).

**continued:**

- le paiement des frais d'hypothèque, de loyers et autres dépenses domestiques du donateur ;
- l'assurance, l'entretien et la réparation des biens du donateur ;
- le placement de l'épargne du donateur ;
- l'offre de dons limités de la part du donateur ;
- le paiement de soins médicaux et résidentiels privés ou de soins infirmiers, ou la revendication du droit aux soins du NHS (National Health Service) ;
- l'utilisation de fonds du donateur pour acheter un véhicule ou tout autre matériel dont ce dernier peut avoir besoin ;
- le remboursement des intérêts et du capital de tout prêt contracté par le donateur.

**Procuration *Lasting Power of Attorney* – Bien-être personnel**

Une procuration *Lasting Power of Attorney* – Bien-être personnel est un document tout nouveau qui n'avait pas d'équivalent jusqu'alors en Droit anglais.

En vertu de cette catégorie de procurations LPA, des mandataires peuvent prendre des décisions sur le bien-être personnel du donateur. Ceci inclut une gamme étendue de sujets. Bien que cette expression ne soit pas définie dans la loi MCA, elle comprend les domaines suivants:

- la détermination de l'endroit où une personne devrait habiter et avec qui elle devrait vivre ;
- la gestion de la vie quotidienne, notamment l'alimentation et l'habillement ;
- avec qui la personne peut avoir des contacts ;
- l'acceptation ou le refus d'exams ou de traitements médicaux pour le compte d'une personne ;
- les arrangements requis pour qu'une personne puisse recevoir un traitement médical, dentaire ou ophtalmologique ;
- la fourniture et l'évaluation de services de soins communautaires ;
- les activités sociales et de loisirs, d'éducation et de formation ;
- le droit d'accès aux informations personnelles ;
- les plaintes relatives aux soins et aux traitements.

**Quelles décisions relatives au bien-être personnel sont exclues ?**

Certaines décisions qui pourraient être caractérisées comme des décisions de bien-être personnel sont spécifiquement exclues. Il s'agit des décisions suivantes:

- Le traitement de tout trouble mental d'un patient détenu en vertu de la loi Mental Health Act de 1983
- Les relations familiales, y compris le consentement au mariage, à l'union civile, aux relations sexuelles, au divorce, à la dissolution du mariage ou de l'union civile et au placement d'un enfant en vue d'adoption
- Le droit de vote

La loi MCA ne s'applique pas non plus aux adultes qui sont vulnérables, mais qui conservent néanmoins leur capacité mentale.

**Méthode d'évaluation de la capacité actuellement en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles – une combinaison de *common law* et de droit écrit**

**Comment la loi définit-elle la capacité et l'incapacité ?**

**Capacité**

« ... signifie l'aptitude de quelqu'un à faire quelque chose et, dans un contexte juridique, cela fait référence à l'aptitude d'une personne à exécuter un acte juridique particulier tel qu'un testament, un legs ou un contrat, ou, de façon générale, l'aptitude à gérer ses biens et ses affaires. »<sup>21</sup>

**Incapacité**

« ... l'incapacité de conclure une transaction peut être imposée par la loi pour des raisons de politique ou résulte de l'existence d'une affection mentale. ... De nos jours, l'incapacité du fait de la loi s'applique essentiellement aux enfants, la justification d'un tel principe étant qu'ils ont besoin d'être protégés de leur propre inexpérience et imprudence, ainsi que de la rapacité de tiers. Des considérations similaires s'appliquent dans le cas des adultes ayant une affection mentale qui les handicape. »<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Lush *Elderly Clients: A Precedent Manual Jordans 1996*, p. 53.

<sup>22</sup> *Ibid.*

continued:

### Détermination de la capacité dans le contexte juridique

Habituellement, il incombe au médecin d'évaluer la capacité et au juriste de décider si cette capacité est établie ou non. Déterminer si une personne est mentalement capable ou non est une fonction judiciaire ; les médecins sont des témoins experts qui présentent au tribunal les éléments de preuves dont celui-ci a besoin pour prendre une décision.

### La capacité selon les termes de la loi *Mental Capacity Act* de 2005

La loi MCA repose sur cinq principes statutaires qui sont exposés à l'article 1 de la loi MCA:

- (a) Une personne doit être présumée capable sauf s'il est établi qu'elle ne l'est pas.
- (b) Une personne ne doit pas être traitée comme étant incapable de prendre une décision, sauf si toutes les mesures possibles pour l'aider à prendre une telle décision ont été prises sans produire de succès.
- (c) Une personne ne doit pas être traitée comme étant incapable de prendre une décision simplement parce qu'elle prend une décision dépourvue de sagesse.
- (d) Une action effectuée ou une décision prise en vertu de la loi MCA directement ou indirectement pour le compte d'une personne incapable doit être effectuée ou prise dans ses meilleurs intérêts.
- (e) Avant que cette action ne soit effectuée ou cette décision ne soit prise, il faut déterminer si le but visé par une telle action ou une telle décision pourrait être atteint tout aussi efficacement en employant une manière qui restreint moins les droits et la liberté d'action de la personne concernée.

### Bref examen de la capacité en *common law*

Les critères de détermination de la capacité en *Common law* coexistent toujours avec la loi MCA, et ils sont toujours utiles, par exemple pour aider à déterminer les niveaux de capacité requis dans des cas particuliers.

#### (a) La jurisprudence *Re Beaney deceased*

Le principal critère en *common law* pour ce qui est de l'évaluation de la capacité de faire un don entre vifs est énoncé dans un cas de jurisprudence connu sous le nom de *Re Beaney deceased* [1978].<sup>23</sup> L'affaire concernait un don entre vifs portant sur le principal bien de la personne, sa résidence, à sa fille aînée. Mme Beaney en était à un état avancé de démence, et, quelques jours après son admission dans un hôpital, elle avait signé un acte de donation entre vifs transférant le titre de propriété de sa maison à sa fille, qui s'était occupée d'elle pendant un certain nombre d'années. L'année suivante, elle mourut ab intestat en laissant peu de biens à diviser entre ses trois enfants. Ses deux enfants les plus jeunes réclamèrent une déclaration d'annulation du don entre vifs pour cause d'incapacité mentale de leur mère à faire ce don au moment pertinent.

Il a été jugé que le niveau de compréhension dépend du type de transaction. Pour un don entre vifs, s'il s'agit d'un petit cadeau de faible importance par rapport à l'ensemble du patrimoine de la personne concernée, il n'est exigé qu'un faible niveau de compréhension. Cependant, si le don représente le seul bien de valeur importante du patrimoine de cette personne, et s'il équivaut donc à l'exercice d'un droit de préemption sur la future succession, dans un tel cas la personne doit avoir un niveau de compréhension égal à celui qu'elle devrait avoir pour signer un testament.

Le degré de compréhension est donc:

- évalué de façon subjective ; et
- étroitement lié à la fonction en ce sens qu'il varie selon la transaction concernée.

Le juge a estimé que la démence de Mme Beaney était à un stade très avancé et qu'elle n'avait donc pas pu avoir un intervalle de lucidité. Elle n'était pas capable de comprendre qu'elle effectuait un don de bien absolu, et par conséquent, le juge a annulé le don.

#### (b) La jurisprudence *Masterman-Lister v Brutton & Co* (1&2)[2002]24 et l'approche subjective

Cette affaire concerne la détermination du statut de patient ou non d'une personne aux fins de conduite d'un procès (ce qui fait référence à quelqu'un qui peut être incapable de gérer ou d'administrer ses biens et ses affaires pour cause de trouble mental).

La Cour d'appel a jugé que, aux fins de la conduite d'une procédure judiciaire, le critère de capacité à appliquer est basé sur la détermination de la capacité de compréhension par une partie, avec l'assistance des explications d'experts juridiques et d'autres conseillers suivant les besoins de l'affaire, des questions pour lesquelles son consentement ou sa décision sera vraisemblablement nécessaire pendant le déroulement de la procédure.

<sup>23</sup> 1 WLR 770.

<sup>24</sup> EWCA Civ 1889.

**continued:**

## Décisions prises pour le compte de personnes qui ne sont plus capables

### Testaments statutaires et autres décisions prises par la *Court of Protection*

L'article 16 MCA 2005 confère à cette instance judiciaire des pouvoirs décisionnaires étendus en ce qui concerne une personne incapable. Une telle personne est définie comme « P » (précédemment elle était appelée « le patient » mais ceci n'est plus une terminologie acceptable maintenant parce qu'une telle personne, P, peut ne pas être considérée capable de réaliser une transaction, mais elle peut être considérée capable de réaliser d'autres types de transactions):

« s.16(2) *La Cour peut –*

- a) *par le biais d'un arrêt, prendre une décision ou des décisions pour le compte de P en rapport avec l'objet ou les objets de l'affaire, ou*
- b) *nommer une personne (un « représentant ») habilitée à prendre des décisions pour le compte de P en rapport avec l'objet ou les objets de l'affaire. »*

Les pouvoirs de prise de décisions de la Cour en rapport avec les biens et les affaires de P couvrent expressément les autorisations suivantes:

- un don de biens appartenant à P ;
- la liquidation des biens de P ; et
- la signature d'un testament pour le compte de P.

Si la *Court of Protection* autorise la signature d'un testament, ce document sera appelé un testament statutaire.

Le critère de capacité dépend du moment et de la fonction:

« s.2(1) *Aux fins de la présente loi, une personne est censée être incapable en liaison avec une action si, au moment de la décision, elle n'est pas en mesure de prendre cette décision elle-même en relation avec ladite action en raison de diminution des fonctions mentales ou de perturbations dans le fonctionnement de l'esprit ou du cerveau. »*

« s.3(1) *Aux fins de l'article 2, une personne est censée être incapable de prendre une décision pour son propre compte si elle ne peut pas –*

- a) *comprendre les informations associées à la prise de décision,*
- b) *se souvenir de ces informations,*
- c) *utiliser ou analyser ces informations dans le cadre de son processus de prise de décision, ou*
- d) *communiquer sa décision (soit en parlant, soit par une interprétation gestuelle, soit par tout autre moyen). »*

Cinq principes fondamentaux doivent être appliqués par la *Court of Protection* pour déterminer si un testament statutaire sera imposé:

- la supposition selon laquelle P a joui d'un bref intervalle de lucidité au moment de la rédaction du testament ;
- pendant cet intervalle de lucidité, il est supposé que P a une connaissance complète du passé et comprend qu'après la signature du testament, il aura une rechute qui le remettra dans son état mental réel, sur la base du diagnostic médical ;
- le cas particulier de P – et non celui d'une personne hypothétique – doit être pris en compte. Par conséquent, les antipathies ou les profondes affections particulières de P pour une certaine personne ou pour une certaine cause sont des facteurs à considérer ;
- on doit supposer que P agit de façon raisonnable, et qu'il bénéficie des conseils d'un juriste compétent ; et
- l'approche utilisée pour juger le cas de P doit être comparée à un examen général de l'ensemble de la situation plutôt qu'à un examen minutieux des composantes individuelles de sa situation.

### Impact du critère des « meilleurs intérêts »

L'article 1(5) MCA 2005 stipule que toute action entreprise ou décision prise au nom ou pour le compte de la personne incapable doit être entreprise ou prise dans ses meilleurs intérêts.

L'article 4 MCA 2005 stipule que la détermination des meilleurs intérêts d'une personne ne doit pas être effectuée seulement sur la base de l'âge et de l'apparence physique de la personne, de son état ou d'un aspect de son comportement qui pourrait conduire à des conclusions injustifiées sur ce que pourraient être ses meilleurs intérêts. Au lieu de cela, il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et, en particulier, la personne effectuant la détermination doit tenir compte de ce qui suit:

- a) *s'il semble vraisemblable que P, à un moment quelconque, aura un intervalle de lucidité en liaison avec l'affaire en question ; et*
- b) *si cela semble vraisemblable, à quel moment cela se produira.*

**continued:**

Il existe une obligation de permettre et d'encourager P à participer autant que possible et dans les limites de ce qui est raisonnablement réaliste. Par conséquent, il peut être approprié à un moment quelconque pendant le processus d'évaluation de la demande que quelqu'un aille voir P.

Les souhaits et sentiments passés et présents de P (et, en particulier, toutes les déclarations écrites pertinentes qu'il a faites pendant qu'il était capable), les croyances et valeurs qui influenceraient probablement sa décision s'il était capable, et les autres facteurs dont il tiendrait probablement compte s'il en était capable doivent être pris en compte.

Le demandeur doit tenir compte, s'il est possible et approprié de consulter de telles personnes, des points de vue de:

- a) *quiconque a été désigné par la personne comme quelqu'un qui doit être consulté sur le sujet en question ou des points similaires,*
- b) *quiconque administre des soins à la personne ou a un intérêt dans son bien-être,*
- c) *toute personne ayant reçu une procuration Lasting Power of Attorney de la personne, et*
- d) *tout représentant désigné par la Cour pour la personne (s.4(7) MCA 2005).*

**Paul Hewitt**

**Associé**

**Withers LLP**

Tel: +44 (0)20 7597 6197

Fax: +44 (0)20 7597 6543

Email: paul.hewitt@withersworldwide.com

www.withersworldwide.com