

Journées d'étude des 4 et 5 septembre 2024 à Fribourg

« L'enquête, point de départ pour de bonnes décisions et une gestion du mandat réussie »

Atelier 3

OGPCT 2024

Philippe Meier, docteur en droit, avocat, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne, membre de la commission permanente de la COPMA

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2024, la nouvelle Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT) a corrigé certains défauts de l'ancien texte (élargissement des instruments d'investissement, suppression du devoir de soumettre tous les contrats bancaires à l'approbation de l'APEA). Plusieurs interrogations subsistent toutefois, notamment sur la manière de déterminer les besoins courants de la personne concernée (art. 6) ou une situation financière particulièrement favorable de celle-ci (art. 7 al. 3).

De plus, l'art. 9 énumère toute une série de décisions que l'APEA peut ou doit prendre, sans indiquer de quelle manière et à quel moment. Si la nouvelle ordonnance entend aussi clairement marquer la différence entre les autorisations qu'elle prévoit et les consentements des art. 416/417 CC, il subsiste ici aussi des problèmes d'interprétation pour la pratique.

Après un rappel du but et de la structure de l'Ordonnance, puis des principes et des règles de placement, l'Atelier s'attachera, au moyen de quelques cas pratiques, à mettre ces difficultés en évidence et à voir comment les résoudre en pratique, notamment à la lumière des premières expériences faites par les autorités.

*Les présentations et d'autres documents des journées
seront disponibles sur www.copma.ch/colloque24*

OGPCT 2024

Prof. Dr Philippe Meier, av. (FDCA/Université de Lausanne)

COPMA Fribourg 05.09.2024 / Atelier no 3

L'OGPCT Généralités et historique (1)

2

- *Avant 2013 (1)*
 - très nombreuses dispositions matérielles protectrices du patrimoine: art. 398-404 aCC, art. 413 aCC, art. 421-422, 424 aCC
 - délégation de compétence aux cantons (art. 425 aCC)
 - règles cantonales très hétérogènes
 - tentative d'harmonisation par la CAT/COPMA
 - Le placement de fortune dans le cadre de mandats tutélares - Compléments aux recommandations de la CAT de septembre 2001, RDT 2009 203 ss
 - Recommandations pour le placement de fortune dans le cadre de mandats tutélares, RDT 2001 336 ss (inspiration: réglementation LU)

L'OGPCT Généralités et historique (2)

► Avant 2013 (2)

- avec la révision 2008/2013, le Conseil fédéral reçoit une base légale pour agir (art. 408 al. 3 CC): « *Le Conseil fédéral édicte les dispositions relatives au placement et à la préservation des biens.* »
- encadrement et guide pour le placement du patrimoine
- concrétisation du devoir de diligence très général de l'art. 413 al. 1 CC (+ art. 408 al. 1 CC)

L'OGPCT Généralités et historique (3)

► L'OGPCT 2012 – les compléments

- dispositions de droit cantonal sur les questions en lien avec la gestion (par ex. inventaire et comptes)
- Les Recommandations Swissbanking/COPMA
 - **Recommandation Obligation de collaborer selon l'art. 448 CC. Demande de renseignements d'une APEA auprès d'une banque (décembre 2019)**
 - **Recommandation relative aux Opérations de financement pour des personnes sous curatelle (novembre 2015)**
 - Recommandations relatives à la gestion du patrimoine conformément au droit de la protection des mineurs et des adultes (juillet 2013)
 - Mise en œuvre du droit de signature auprès de la banque en cas de curatelle ou de tutelle (formulaire, annexe à la recommandation 2013)
 - <https://www.kokes.ch/fr/documentation/recommandations>
 - ou RMA 2020 170 / RMA 2015 485 / RMA 2014 291

L'OGPCT Généralités et historique (4)

- ▶ *L'OGPCT 2012 – les critiques*
 - ▶ ordonnance élaborée dans la hâte
 - ▶ hiatus avec la pratique (placements manquants, par ex. ETF)
 - ▶ rapport explicatif bref (7 pages) et en allemand seulement
 - ▶ des problèmes de cohérence avec le droit matériel (CC)
 - ▶ une rédaction parfois confuse
 - ▶ des exigences bureaucratiques excessives (art. 9 aOGPCT)

L'OGPCT Généralités et historique (5)

- ▶ *L'adoption de la nOGPCT*
 - ▶ Mise en place d'un groupe de travail restreint au sein du groupe de travail conjoint Swissbanking/COPMA
 - ▶ Projet d'Ordonnance avec commentaires remis en 2016 au Conseil fédéral
 - ▶ Elaboration d'une nouvelle Ordonnance, mise en consultation du 27.09.2019 au 17.01.2020 (Rapport explicatif du 27.09.2019)
 - ▶ 42 avis (26 cantons, 3 partis, 13 organisations et autres) – approbation générale, modifications de détail proposées
 - ▶ Rapport explicatif du 23.08.2023 et adoption de l'Ordonnance
 - ▶ Entrée en vigueur le 01.01.2024
 - ▶ Sources:
<https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/kesr.html>

L'OGPCT Généralités et historique (6)

- *Remarques générales*
 - la structure générale (catégories de placements, principes de placement) a été largement conservée
 - la nOGPCT clarifie certains points, mais de loin pas tous ceux qui ont été critiqués ... et introduit d'autres incertitudes
 - nouvelle recommandation Swissbanking/COPMA pour remplacer celle de 2013 (janvier 2024)
 - n'apporte pas grand-chose au texte de l'Ordonnance, = manuel d'introduction à la protection de l'adulte pour les banques!
 - rien sur la procédure d'autorisation - Voir à ce sujet la contribution de B. Reichlin, RMA 2023/6 483 ss et les annexes distribuées

L'OGPCT Généralités et historique (7)

- Attention au *droit transitoire* (art. 13 OGPCT)
 - obligation des mandataires (**le leur signaler**) de convertir en placements conformes dans les deux ans (sauf si temps inopportun), soit **jusqu'au 31 décembre 2025** (prolongation de deux ans possible sur demande).
 - peu d'impact: listes plus larges que l'OGPCT 2012
 - **mais**: vérification spécifique pour les immeubles de rendement (de l'art. 6 à l'art. 7)
 - et vérification des nouvelles limites par rapport à la fortune totale pour l'art. 7 al. 2 let. b à d

L'OGPCT 2024

Champ d'application (art. 1)

- **Applicable**
 - aux curatelles art. 394/395 CC avec gestion
 - aux curatelles art. 398 CC
 - aux tutelles art. 327a CC
 - aux curatelles d'administration pour mineurs, art. 325 CC
 - aux actes de gestion propre de l'APEA, art. 392 CC
- **Pas applicable**
 - aux curatelles art. 393 et 396 CC (mais source d'inspiration pour conseils et décisions)
 - aux mandats pour cause d'incapacité (sauf via l'art. 368 CC et comme concrétisation du devoir de diligence, art. 398 CO, en l'absence de prescriptions de placement)
 - aux montants à libre disposition selon l'art. 409 CC

L'OGPCT 2024

Principes de gestion (art. 2 et art. 5) (1)

- Principe cardinal: la **sécurité** des placements
- Si possible: **rentabilité**
- Réduction des risques par la **diversification**
- Nouveauté: les **frais** doivent être proportionnés à la fortune placée et aux revenus escomptés
 - éviter les modifications de portefeuille coûteuses et inutiles
 - en cas de choix, opter pour les services les moins onéreux
 - découle en réalité déjà du devoir général de diligence

L'OGPCT 2024

Principes de gestion (art. 2 et art. 5) (2)

- ▀ La prise en compte de la **situation de la personne concernée (= tolérance au risque)**
 - ▀ âge & état de santé
 - ▀ besoins courants
 - ▀ revenus et fortune
 - ▀ couverture d'assurance
 - ▀ prestations d'assurance en cas de retraite, accident, maladie, dépendance
 - ▀ **autres expectatives**, notamment successorales (il faut en apprécier la possibilité de concrétisation)
 - ▀ + volonté de la personne concernée
- ▀ **But**: couvrir les besoins courants et anticiper les dépenses extraordinaires prévisibles (art. 5 al. 3) – tout en respectant (art. 406 CC) la volonté de la personne d'organiser sa vie comme elle l'entend (encouragement des loisirs, d'une volonté de reconversion professionnelle, etc.)

L'OGPCT 2024

Les règles de sauvegarde (art. 3 et 4)

- ▀ Les **espèces** sont placées sans délai sur un compte bancaire (au nom de la personne concernée)
- ▀ Conservation sûre des **objets de valeur** (bijoux), documents importants (testament, cédule hypothécaire papier, mots de passe numériques, etc.) et autres valeurs, etc.
 - ▀ dans un coffre-fort/dépôt fermé (enveloppe scellée) d'une banque (pas besoin d'autorisation)
 - ▀ celui que la personne a déjà ou
 - ▀ un nouveau, avec un contrat conclu au nom de la personne concernée
 - ▀ ailleurs (galerie d'art, garage, à domicile, etc.) si la sécurité est garantie ou si des intérêts prépondérants le justifient (autorisation nécessaire)
 - ▀ auprès de l'APEA si locaux suffisamment protégés (autorisation nécessaire)

L'OGPCT 2024

Les règles de placement (art. 6-8) (1)

- ▀ Maintien de **trois catégories de placements**
 - ▀ destinés à la couverture des besoins courants (art. 6)
 - ▀ destinés à couvrir les dépenses excédant les besoins courants (art. 7 al. 1 et 2)
 - ▀ situation financière particulièrement favorable (art. 7 al. 3)

L'OGPCT 2024

Les règles de placement (art. 6-8) (2)

- ▀ Les règles de placement doivent être respectées
 - ▀ pour placer les fonds disponibles à l'entrée en fonction
 - ▀ pour placer les nouveaux apports de fonds en cours de mandat
 - ▀ pour vérifier la situation à la reprise de la mesure
 - ▀ pour **convertir** les placements existants (art. 8) – **décision avec délai**
 - ▀ « dans un délai raisonnable » (= pas en temps inopportun)
 - ▀ selon l'évolution de l'économie, par rapport aux placements en jeu, selon la situation personnelle et selon la volonté (attachement familial à une société)
 - ▀ possibilité de ne pas convertir des placements ou des biens s'ils revêtent une valeur particulière pour la personne concernée ou pour sa famille (conservation d'une entreprise familiale, d'un immeuble familial, etc.) et que les besoins courants sont couverts (cf. art. 412 al. 2 CC), **sur autorisation de l'APEA**. Attention à la responsabilité selon l'art. 454 CC

L'OGPCT 2024

Les règles de placement (art. 6-8) (3)

- ▶ *L'art. 6 – questions générales*
 - ▶ Besoins courants non définis: voir casus
 - ▶ Liste **exhaustive** des placements **présumés conformes** à l'art. 6, car sûrs et liquides
 - ▶ réserver art. 8 al. 3: faculté pour l'APEA de renoncer à une conversion vers l'art. 6
 - ▶ respect nécessaire des principes de l'art. 2 (choix de l'instrument le plus rentable, diversification)
 - ▶ **Pas d'autorisation OGPCT nécessaire** pour le curateur
 - ▶ réserver art. 416 CC pour de rares cas, voir casus

L'OGPCT 2024

Les règles de placement (art. 6-8) (4)

- ▶ *L'art. 6 – instruments (1) (exemples)*
 - ▶ Dépôt bancaire: garantie souvent illimitée ou supérieure si banque cantonale, garantie 100'000 (art. 37a LB) si autre banque
 - ▶ répartir les dépôts
 - ▶ la garantie comprend le dépôt, les obligations de caisse et les dépôts à terme
 - ▶ Obligations à intérêt fixe de la Confédération mais aussi des cantons et des communes (nouveau)
 - ▶ ETF (négociés en bourse) et fonds indicels (non négociés en bourse): principale nouveauté de l'art. 6
 - ▶ seuls les fonds d'obligations étatiques et de lettres de gage sont autorisés selon l'art. 6 (sinon: art. 7)
 - ▶ Obligations d'entreprises dont l'Etat est actionnaire majoritaire (CFF, Postfinance, Swisscom, etc.) – nouveauté
 - ▶ Comptes collaborateurs auprès de ces entreprises

L'OGPCT 2024

Les règles de placement (art. 6-8) (5)

- ▶ *L'art. 6 – instruments (2) (exemples)*
 - ▶ Prévoyance professionnelle obligatoire ou 3A (*sûr mais pas liquide!!!*)
 - ▶ possible d'investir (rachats, versements uniques) dans ces dépôts
 - ▶ si un avoir est perçu, il doit être placé dans les instruments de l'art. 6 (sous réserve de la couverture des besoins courants)
 - ▶ Part de coopérative de construction et d'habitation liée à un logement à louer (nouveau) ou part sociale d'une banque (Raiffeisen) liée à une relation bancaire
 - ▶ « Immeuble de valeur stable à usage personnel » (*sûr mais pas liquide!!!*)

L'OGPCT 2024

Les règles de placement (art. 6-8) (6)

- ▶ *L'art. 7 al. 1 et 2 - généralités*
 - ▶ Placements pour couvrir les **dépenses supplémentaires**, i.e. besoins allant au-delà des besoins courants (≠ art. 6)
 - ▶ Pas de situation financière particulièrement favorable (≠ art. 7 al. 3)
 - ▶ Liste **exhaustive** (nouveau) mais **élargie** – pour les autres: art. 7 al. 3
 - ▶ **Pas d'autorisation OGPCT nécessaire pour le curateur, mais:**
 - ▶ réserver exigence spécifique selon l'art. 9 al. 1 let. c, voir plus bas
 - ▶ réserver art. 416 CC, voir plus bas
 - ▶ Caractéristique commune exigée: la société qui émet l'instrument doit être « **très solvable** »
 - ▶ probablement correct d'exiger un rating BBB ou A au moins pour les sociétés (par ex. https://fr.wikipedia.org/wiki/Standard_%26_Poor%27s)
 - ▶ Pour être admissible, le placement doit
 - ▶ se faire dans un instrument de l'al. 1 **ET**
 - ▶ respecter les limites de l'al. 2

L'OGPCT 2024

Les règles de placement (art. 6-8) (7)

- ▶ **Art. 7 al. 1 – instruments (exemples)**
 - obligations en francs suisses (**de sociétés suisses ou étrangères**)
 - actions de sociétés suisses (**en CHF ou monnaie étrangère**, cf. art. 621 al. 2 CO)
 - fonds en francs suisses (obligataires, actions, ETF ou indiciels, fonds mixtes avec limites 25 % d'actions et 50 % de titres d'entreprises étrangères, fonds immobiliers d'émetteur suisses)
 - év. fonds standardisé (« OGPCT-OK ») proposé par certaines banques
 - immeubles de rendement (pas d'usage personnel) – auparavant art. 6
 - participation à des sociétés autres que par actions (coopérative, sàrl)
 - fonds en or ou argent avec conservation des métaux précieux

L'OGPCT 2024

Les règles de placement (art. 6-8) (8)

- ▶ **Art. 7 al. 2**
 - **concrétisation du principe de diversification**
 - ne pas confondre avec la limite interne (structure du fonds) de l'art. 7 al. 1 ch. 4
 - les pourcentages sont fixés par rapport à la **fortune totale** à l'inventaire (placements selon l'art. 6 et immeubles compris)
 - **ATTENTION: selon que l'immeuble figure à la valeur fiscale (pratique de beaucoup d'autorités) ou à la valeur vénale, les limites se modifient sensiblement – une estimation à la valeur fiscale est plus protectrice!**
 - pour les objets mobiliers: valeur d'assurance s'il y en a une (assurance incendie ou ménage)
 - ce sont des **valeurs indicatives**
 - une catégorie de placements peut avoir dépassé la limite en raison d'une hausse de valeur (bonne nouvelle!); pas d'obligation de vente immédiate si la diversification justifie de conserver le placement

L'OGPCT 2024

Les règles de placement (art. 6-8) (9)

- **Art. 7 al. 3**
 - Situation de la personne concernée « particulièrement favorable » (idem à OGPCT 2012)
 - Possibilité d'autres placements et/ou de dépasser d'emblée les limites de l'art. 7 al. 2
 - **Autorisation de l'APEA nécessaire**
 - Montant de la **fortune nette et prise en compte des art. 7 al. 1 et 2 d'abord?** Cf. casus

L'OGPCT 2024

Les décisions à prendre (art. 9) (1)

- L'APEA décide d'office, en principe lors de l'approbation de l'inventaire d'entrée ou lors du transfert de la mesure (le mandataire peut faire une proposition):
 - **s'il existe des biens qui échappent à l'art. 6**
 - si ce n'est pas le cas tout est géré selon l'art. 6 jusqu'à nouvelle décision – c'est une forme de stratégie de placement aussi!
 - seuil minimum de fortune pour examiner la situation?

L'OGPCT 2024

Les décisions à prendre (art. 9) (2)

- L'APEA décide d'office, en principe lors de l'approbation de l'inventaire d'entrée ou lors du transfert de la mesure (le mandataire peut faire une proposition):
 - si, en dérogation à l'art. 7 al. 1 qui ne nécessite normalement pas d'autorisation, l'APEA veut avoir la charge d'autoriser certains placements
 - compétences limitées du mandataire, placements complexes (par ex. produits structurés, fonds de métaux précieux)
 - flux de fonds de l'art. 6 (vente de l'immeuble personnel) vers l'art. 7
 - l'APEA pourrait établir une liste standard de placements qu'elle veut toujours devoir autoriser ou au contraire qui sont d'emblée autorisés (Nestlé, UBS, etc.) – ou viser des placements en particulier
 - dans ce cadre, l'APEA peut aussi exiger d'avaliser une **stratégie de placement** (les placements individuels n'auront plus à être approuvés) – **technique à recommander**

L'OGPCT 2024

Les règles de procédure (art. 9) (3)

- L'APEA décide d'office, en principe lors de l'approbation de l'inventaire d'entrée ou lors du transfert de la mesure (le mandataire peut faire une proposition):
 - si le pouvoir de disposer du mandataire doit être réduit pour certains biens (comptes)
 - par ex. la personne concernée agit seule sur un compte à libre-disposition, le mandataire agit seul sur le compte courant ou d'épargne (trafic des paiements), mais le mandataire ne peut procéder à des mouvements sur les comptes capitaux qu'avec l'accord de l'APEA (éventuellement à partir d'un montant minimum)
 - mieux vaut avaliser une stratégie de placement dès le départ et demander un compte-rendu périodique (relevés), hors périodes de comptes et rapport, car une telle exigence paraît contraire au rôle opérationnel du curateur

L'OGPCT 2024

Les règles de procédure (art. 9) (4)

- ▶ L'APEA décide d'office, en principe lors de l'approbation de l'inventaire d'entrée ou lors du transfert de la mesure (le mandataire peut faire une proposition):
 - ▶ s'il faut régler le droit d'accès au coffre-fort (par ex. cosignature curateur et APEA)
- ▶ L'APEA décide d'office, en principe lors de l'approbation de l'inventaire d'entrée ou lors du transfert de la mesure, ou lors d'un afflux soudain de fonds (le mandataire peut faire une proposition):
 - ▶ d'autoriser la conclusion d'un contrat de gestion de fortune
 - ▶ dans le cadre des placements de l'art. 7 al. 1 ou 3
 - ▶ le gestionnaire est défini à l'art. 1 al. 3 let. e OGPCT (autorisé selon L'EFin, RS 954.1).

L'OGPCT 2024

Les règles de procédure (art. 9) (5)

- ▶ L'APEA décide d'office, en principe lors de l'approbation de l'inventaire d'entrée ou lors du transfert de la mesure, ou en cas d'afflux de fonds non prévu (le mandataire peut faire une proposition):
 - ▶ d'autoriser les placements de l'art. 7 al. 3 (stratégie et catégories, car l'art. 7 al. 1 et 2 n'est pas applicable)

L'OGPCT 2024

Les règles de procédure (art. 9) (6)

- ▶ Nécessité d'une **décision**, notifiée à la personne concernée, **avec moyens de droit** (nouveau)
 - ▶ + notification au mandataire et directement par l'APEA à la banque (ou assurance ou gestionnaire de fortune)
 - ▶ la décision communiquée ne doit porter que sur les indications techniques destinées à la banque concernée
 - ▶ pas de communication des considérants analysant la situation personnelle
 - ▶ pas de communication des parties du dispositif concernant d'autres banques
 - ▶ forme habituelle des décisions de l'APEA
 - ▶ peut consister comme c'est parfois le cas dans la pratique en un tampon « approuvé » apposé sur la proposition du mandataire (*mais* indication des voies de recours nécessaire)
 - ▶ nombreux cas simples? La décision est simple aussi: si rien n'est décidé, tout doit être géré selon l'art. 6!

L'OGPCT 2024

Les relations avec les banques (art. 10)

- ▶ Lorsque le curateur gère les biens, les contrats (placement, dépôt, gestion) sont conclus par lui **au nom de la personne concernée** - Les relevés sont établis au nom de la personne concernée
- ▶ Le mandataire a un droit d'information et de consultation pendant la durée du mandat
 - ▶ mais aussi, si nécessaire, sur la période précédant ou suivant le mandat (par ex. identification de transactions douteuses effectuées en raison de ses troubles psychiques)
- ▶ La **première source d'information de l'APEA est le mandataire** ... mais en cas de difficulté (exception), elle peut s'adresser directement à la banque, par décision formelle (cf. Recommandation Swissbanking/COPMA 2019)
- ▶ Suppression de l'information automatique prévue par l'art. 10 al. 4 aOGPCT restée lettre morte

L'OGPCT 2024

Le lien avec les autres règles relatives au patrimoine (1)

- **Inventaire**
 - c'est le moment de prendre les décisions de l'art. 9 OGPCT!
- **Comptes**
 - c'est le moment de vérifier, en plus des vérifications périodiques, que la structure du patrimoine est restée conforme à l'OGPCT et notamment de décider d'imposer ou de renoncer aux conversions (art. 8 OGPCT)
- **Rapport**
 - c'est le lieu où rappeler les autorisations données selon l'OGPCT et les consentements selon l'art. 416 CC
 - c'est le lieu où indiquer l'évolution des éléments déterminants selon l'art. 5 OGPCT
 - c'est le lieu où confirmer que les documents importants et les objets précieux sont déposés dans un établissement agréé OGPCT

L'OGPCT 2024

Le lien avec les autres règles relatives au patrimoine (2)

- **Consentement selon les art. 416/417 CC (1)**
 - à distinguer (art. 9 al. 3) de l'**autorisation** selon l'OGPCT (Zustimmung/Bewilligung: rapports externes vs. rapports internes)
 - pas nécessaire pour les placements de l'**art. 6** (gestion ordinaire, art. 416 al. 1 ch. 5 CC) sauf exceptions (voir casus)
 - pour l'art. 7, dépend de la situation
 - voir casus
 - Quid en cas d'application de l'**art. 420 CC**? (voir casus)

L'OGPCT 2024

Le lien avec les autres règles relatives au patrimoine (3)

- ▶ *Consentement selon les art. 416/417 CC (3)*
 - ▶ effets juridiques différents:
 - ▶ si le consentement de l'art. 416 CC (ou 417 CC) fait défaut: art. 418 CC (acte en principe non valable à l'égard du tiers, sous réserve de ratification (effets externe)
 - ▶ si l'autorisation de l'OGPCT fait défaut: l'acte juridique est valable, mais le mandataire peut engager sa responsabilité (art. 454 CC) (effet interne)
 - ▶ **mais**: si le consentement selon l'art. 416 CC est donné, il vaut aussi autorisation selon l'OGPCT.

Les « casus »

- ▶ Voir document PDF distribué

Quelques cas pratiques ...

(dans toutes les situations, ne pas oublier le respect de l'autodétermination des personnes concernées !)

1. Rosa

1a.

Rosa, née en 1949, placée sous curatelle de représentation/gestion (art, 394/395 CC), touche des rentes d'assurances sociales et quelques revenus bancaires à hauteur de CHF 4'000 par mois. Ses frais (logement, nourriture, assurance maladie, impôts, etc.) s'élèvent à env. CHF 5'000 par mois.

La succession de son mari vient d'être liquidée. Elle est désormais seule propriétaire du logement familial (valeur vénale : CHF 800'000, valeur fiscale : CHF 460'000). Son mari avait investi en direct dans de grandes capitalisations boursières suisses et américaines. La valeur du portefeuille hérité (géré par l'UBS) est de CHF 200'000. Il y a encore CHF 150'000 environ sur un compte placement UBS et CHF 20'000 sur un CCP auprès de Postfinance.

Comment appliquer les art. 6 et 7 OGPCT ?

Y a-t-il lieu à conversion ?

1b.

Il est probable que Rosa devra être placée dans un EMS dans les 18 à 24 mois à venir.

Cela change-t-il quelque chose à l'analyse ?

1c.

Dans la succession du mari de Rosa se trouvent deux montres à gousset et une collection de monnaies du moyen-âge. Rosa souhaiterait pouvoir garder ces différents objets chez elle, son curateur hésite, car Rosa oublie facilement les choses et s'est déjà plainte à plusieurs reprises d'avoir été « volée » par les personnes qui viennent l'aider pour ses soins corporels.

L'APEA doit-elle intervenir ? Si oui, comment ? Si non, pourquoi ?

1d.

Même situation que sous 1a. Mais Rosa a uniquement hérité de CHF 15'000 sur un compte bancaire, d'un tableau de peintre naïf valaisan du début du 20^{ème} siècle et d'actions Nestlé pour une valeur boursière de CHF 40'000.

2. Jérémy

2a.

Même situation que sous 1., mais c'est Jérémy, né en 1981 et souffrant d'un retard de développement qui est sous curatelle et qui a hérité de son père.

Cela change-t-il quelque chose à l'analyse ?

2b.

Même situation que sous 1., mais Jérémy a hérité d'un immeuble de rendement de CHF 4 millions et d'un portefeuille titres de CHF 1'500'000, que son père, expérimenté en matière financière, gérait seul jusqu'à son décès.

Quid ?

2c.

Le père de Jérémy avait aussi un coffre à la Banque cantonale, dans lequel se trouvaient différents papiers, des bijoux, des DVD avec des films de famille, env. CHF 2'000 et EUR 5'000 en espèces.

Comment l'APEA s'en occupe-t-elle (ou pas) ?

2d.

C'est le père (maintenant décédé) de Jérémy et sa mère qui étaient ses co-curateurs depuis sa majorité. L'APEA leur avait accordé toutes les dispenses prévues par l'art. 420 CC.

Quel effet cette décision avait-elle sur l'application de l'OGPCT avant et après le décès du père de Jérémy ?

3. Victor-Louis

3a.

Victor-Louis (né en 1977) a été victime d'un grave accident de la circulation. Il a obtenu des dédommages importantes de la part des assurances sociales et privées concernées (plusieurs centaines de milliers de francs avec les arriérés). Il est sous curatelle de portée générale. La curatrice juge intéressant d'acquérir un appartement protégé pour Victor-Louis.

Le peut-elle ?

Si oui, à quelles conditions ? Si non, pourquoi ?

3b.

Une cousine de Victor-Louis s'apprête à partir aux Etats-Unis pour ses études universitaires. Victor-Louis l'a toujours aidée financièrement. La curatrice souhaiterait mettre un montant de CHF 30'000 à disposition de cette étudiante.

Le peut-elle ?

Si oui, à quelles conditions ? Si non, pourquoi ?

3c.

Pour diversifier les placements, la curatrice veut ouvrir un compte à la Raiffeisen. On lui explique qu'elle doit souscrire une part coopérative de CHF 500.

Le peut-elle ? A-t-elle besoin d'une autorisation ou d'un consentement de l'APEA ?

Propositions de décisions procédurales

(inspiré en partie de de B. REICHLIN, Révision de l'OGPCT, une opportunité d'harmonisation, RMA 2024 76 ss)

1) *Décisions à prendre dans le cadre de la phase d'instruction et d'institution de la mesure*

a)

« L'APEA constate, sur la base des éléments financiers recueillis à ce jour, que les biens de la personne concernée doivent exclusivement servir à la couverture de ses besoins courants au sens de l'art. 6 OGPCT. »

« L'APEA enjoint le curateur/la curatrice, en vertu de l'art. 8 al. 1 OGPCT, de procéder à la conversion des placements non conformes d'ici au xx.yy.zzzz. Si nécessaire, le curateur/la curatrice sollicitera une dérogation ou une prolongation de délai aux conditions des art. 8 al. 2 et 3 OGPCT. »

b)

« Jusqu'à la décision de l'APEA selon l'art. 9 OGPCT, le curateur/la curatrice est autorisé à ouvrir ou à maintenir en place un compte de gestion courante des revenus et dépenses de la personne concernée, au capital maximum de CHF 50'000, dont il disposera seul dans l'intérêt de la personne concernée. Toute autre transaction financière nécessite l'autorisation de l'APEA. »

« La personne concernée est autorisée à ouvrir seule ou avec l'assistance du curateur/de la curatrice, un compte à libre-disposition dont elle disposera seule. Elle fournira au curateur/à la curatrice toutes informations nécessaires sur le compte en question ».

2) *Décisions à prendre au moment de l'acceptation de l'inventaire ou dans une procédure séparée à laquelle il est renvoyé*

a)

« L'APEA constate, sur la base des éléments financiers recueillis à ce jour, que les biens de la personne concernée doivent exclusivement servir à la couverture de ses biens courants au sens de l'art. 6 OGPCT.

« L'APEA enjoint le curateur/la curatrice, en vertu de l'art. 8 al. 1 OGPCT, de procéder à la conversion des placements non conformes d'ici au xx.yy.zzzz. Si nécessaire, le curateur/la curatrice sollicitera une dérogation ou une prolongation de délai aux conditions des art. 8 al. 2 et 3 OGPCT. »

« La personne concernée est autorisée à ouvrir seule ou avec l'assistance du curateur/de la curatrice, un compte à libre-disposition dont elle disposera seule. Elle fournira au curateur/à la curatrice toutes informations nécessaires sur le compte en question ».

« L'accès au coffre-fort de la personne concernée auprès de l'établissement X ne peut se faire qu'en présence du curateur et d'un représentant autorisé de l'APEA. »

b)

« L'APEA décide au sens de l'art. 9 al. 1 let. a OGPCT :

- qu'une somme de CHF xxx au minimum doit être placée selon l'art. 6 OGPCT, dont au maximum CHF yyy sur un compte de gestion courante ;*
- qu'une somme de CHF zzz doit être placée selon l'art. 7 al. 1 et 2 OGPCT. »*

« L'APEA décide au sens de l'art. 9 al. 1 let. b et c OGPCT :

- que les placements de l'art. 7 al. 1 OGPCT ainsi que les conversions de placements existants non conformes en placements conformes à l'art. 7 al. 1 OGPCT, ne requièrent pas l'autorisation de l'APEA dans la mesure où ils respectent les limites de l'art. 7 al. 2 OGPCT ;*
- que la liquidation d'un placement de l'art. 6 OGPCT let. b à j ou d'un placement selon l'art. 7 al. 1 OGPCT nécessite l'autorisation de l'APEA ; les modifications dans la composition interne de l'instrument de placement qui sont en ligne avec la stratégie de placement de l'instrument ne sont pas sujettes à autorisation ;*
- que tout retrait de fonds d'un placement selon l'art. 6 ou l'art. 7 OGPCT pour transfert sur le compte de gestion courante ou le compte d'un tiers nécessite l'autorisation de l'APEA (???). »*

« L'accès au coffre-fort de la personne concernée auprès de l'établissement X ne peut se faire qu'en présence du curateur et d'un représentant autorisé de l'APEA. »

« La personne concernée est autorisée à ouvrir seule ou avec l'assistance du curateur/de la curatrice, un compte à libre-disposition dont elle disposera seule. Elle fournira au curateur/à la curatrice toutes informations nécessaires sur le compte en question ».

« L'APEA enjoint le curateur/la curatrice, en vertu de l'art. 8 al. 1 OGPCT, de procéder à la conversion des placements non conformes d'ici au xx.yy.zzzz. Si nécessaire, le curateur/la curatrice sollicitera une dérogation ou une prolongation de délai aux conditions des art. 8 al. 2 et 3 OGPCT. »

c)

« Conformément à l'art. 9 al. 1 let. a OGPCT, l'APEA :

- prononce qu'une somme de CHF xxx au minimum doit être placée selon l'art. 6 OGPCT, dont au maximum CHF yyy sur un compte de gestion courante ;*
- constate que les conditions de l'art. 7 al. 3 OGPCT sont pour le surplus réunies ;*
- enjoint le curateur de lui soumettre au moins deux projets de contrats de gestion de fortune proposant une stratégie de placement pour le patrimoine de la personne concernée ;*
- soumet à son autorisation la conclusion du contrat de gestion de fortune et la stratégie qu'il met en place. »*

« L'accès au coffre-fort de la personne concernée auprès de l'établissement X ne peut se faire qu'en présence du curateur et d'un représentant autorisé de l'APEA. »

« La personne concernée est autorisée à ouvrir seule ou avec l'assistance du curateur/de la curatrice, un compte à libre-disposition dont elle disposera seule. Elle fournira au curateur/à la curatrice toutes informations nécessaires sur le compte en question ».

211.223.11

Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT)

du 23 août 2023 (État le 1^{er} janvier 2024)

Le Conseil fédéral suisse,

vu l'art. 408, al. 3, du code civil (CC)¹,

arrête:

Art. 1

Objet, champ d'application, définitions

¹ La présente ordonnance règle le placement et la préservation des biens qui sont gérés par un mandataire dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle.

² Elle ne s'applique pas aux montants dont les personnes concernées peuvent disposer librement au sens de l'art. 409 CC.

³ Au sens de la présente ordonnance, on entend par:

- a. *personne concernée*: une personne physique pour qui l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) a institué une curatelle ou une tutelle;
- b. *banque*: une banque au sens de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques²;
- c. *mandataire*: le curateur ou le tuteur;
- d. *assurance*: une entreprise d'assurance soumise à la surveillance au sens de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances³;
- e. *gestionnaire de fortune*: une banque ou un établissement financier qui a obtenu en vertu de la loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers⁴ une autorisation pour opérer en tant que gestionnaire de fortune.

Art. 2

Principes régissant le placement

¹ Les biens gérés sont placés de manière sûre et, si possible, rentable.

² Les risques de placement sont minimisés par une diversification adéquate.

³ Les frais liés au placement doivent être proportionnés à la fortune placée et aux revenus escomptés.

RO 2023 486

1 RS 210

2 RS 952.0

3 RS 961.01

4 RS 954.1

211.223.11 Dispositions complémentaires et d'exécution du code civil

Art. 3

Espèces

Le mandataire place les espèces sans délai sur un compte en banque libellé au nom de la personne concernée.

Art. 4

Conservation de valeurs

¹ Le mandataire dépose les objets de valeur, documents importants et autres valeurs dans un coffre-fort ou un dépôt fermé auprès d'une banque, au nom de la personne concernée.

² Il peut exceptionnellement conserver les valeurs ailleurs si leur sécurité est garantie ou si des intérêts prépondérants de la personne concernée le justifient. Ces exceptions nécessitent une autorisation de l'APEA.

³ L'APEA peut exceptionnellement ordonner que les valeurs soient conservées dans ses locaux, dans un lieu protégé contre le feu, les dégâts d'eau et le vol.

Art. 5

Prise en compte de la situation personnelle de la personne concernée

¹ Pour choisir le placement, le mandataire tient compte de la situation personnelle de la personne concernée, notamment de son âge, de son état de santé, de ses besoins courants, de son revenu, de sa fortune et de sa couverture d'assurance. Il tient, autant que possible, également compte de la volonté de la personne concernée.

² Il prend en considération les éventuelles prestations d'assurance dues notamment en cas de départ à la retraite, d'accident, de maladie ou de dépendance et d'éventuelles autres attentes.

³ Il veille à ce que les besoins courants et les dépenses extraordinaires prévisibles puissent être couverts le moment venu.

Art. 6

Couverture des besoins courants

Les placements suivants sont jugés conformes pour la couverture des besoins courants de la personne concernée, sous réserve de l'art. 8, al. 3:

- a. dépôts auprès de banques libellés à son nom, obligations de caisse et dépôts à terme compris;
- b. obligations à intérêt fixe de la Confédération, des cantons et des communes, et emprunts par lettres de gage émis par les centrales suisses d'émission de lettres de gage;
- c. Exchange Traded Funds (ETF) et fonds indiciels qui investissent uniquement dans les placements visés à la let. b et qui sont ouverts à tous les investisseurs conformément à l'art. 10, al. 2, de la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC)⁵;

5 RS 951.31

- d. obligations d'entreprises dont la Confédération, les cantons ou les communes sont les actionnaires majoritaires et dépôts sur des comptes collaborateurs de ces entreprises;
- e. dépôts auprès d'institutions de prévoyance professionnelle;
- f. dépôts auprès d'institutions de prévoyance individuelle liée;
- g. parts de coopératives de construction et d'habitation liées à un contrat de bail en cours;
- h. parts sociales d'une banque liées à une relation contractuelle en cours avec cette banque et participations à une telle banque;
- i. immeubles de valeur stable à usage personnel;
- j. créances garanties par des gages de valeur stable.

Art. 7 Placements pour dépenses supplémentaires

¹ Si la situation personnelle de la personne concernée le permet, les placements suivants de sociétés très solvables sont jugés conformes pour les biens destinés à couvrir les dépenses excédant les besoins courants, en complément des placements visés à l'art. 6:

- a. obligations en francs suisses;
- b. actions émises par des sociétés suisses;
- c. fonds en francs suisses qui sont ouverts à tous les investisseurs conformément à l'art. 10, al. 2, LPCC⁶:
 - 1. fonds obligataires,
 - 2. fonds en actions,
 - 3. ETF ou fonds indiciaires composés d'actions et d'obligations,
 - 4. fonds de placement mixtes composés au plus de 25 % d'actions et de 50 % de titres d'entreprises étrangères,
 - 5. fonds immobiliers d'émetteurs suisses;

d. assurances vie, assurances de rentes viagères et opérations de capitalisation auprès d'une assurance qui ne sont pas liées à des fonds ou à des participations;

e. produits structurés d'émetteurs suisses, en francs suisses, cotés à une bourse suisse, assortis d'une protection intégrale du capital et dotés d'une garantie par nantissement correspondant;

f. immeubles de valeur stable qui ne sont pas destinés à l'usage personnel;

g. participations à des sociétés;

h. placements fiduciaires en francs suisses;

i. fonds négociés en bourse qui investissent dans l'or ou l'argent et stockent intégralement ces métaux précieux.

² Les limites suivantes par rapport à la fortune totale doivent être respectées en tant que valeurs indicatives:

- a. pour les actions dans les placements visés à l'al. 1, let. b, c, ch. 2 à 4, et d, et participations à des sociétés visées à l'al. 1, let. g: 25 %;
- b. pour les titres d'entreprises étrangères dans les placements visés à la let. a: 50 %;
- c. pour les fonds immobiliers visés à l'al. 1, let. c ch. 5: 10 %;
- d. pour les fonds qui investissent dans l'or ou l'argent visés à l'al. 1, let. i: 10 %.

³ Si la situation financière de la personne concernée est particulièrement favorable, l'APEA peut autoriser d'autres placements.

Art. 8 Conversion en placements conformes

¹ Si des placements effectués avant l'institution de la curatelle ou de la tutelle ou des biens acquis par la suite ne remplissent pas les conditions fixées aux art. 6 et 7, le mandataire les convertit dans un délai raisonnable en placements conformes.

² Il tient compte de l'évolution de l'économie, de la situation personnelle de la personne concernée et, autant que possible, de sa volonté.

³ Il peut décider de ne pas convertir des placements ou des biens s'ils revêtent une valeur particulière pour la personne concernée ou pour sa famille et que les besoins courants sont couverts. La décision est soumise à l'autorisation de l'APEA.

Art. 9 Décisions et autorisations de l'APEA

¹ L'APEA prend une décision, d'office ou sur proposition du mandataire, pour déterminer:

- a. s'il existe des biens propres à être placés conformément à l'art. 7, al. 1 ou 3;
- b. s'il existe des placements relevant de l'art. 7, al. 1, qu'elle doit autoriser;
- c. quels sont les biens dont le mandataire ne peut disposer que si elle l'autorise;
- d. quel est le droit d'accès aux coffres-forts.

² Les placements visés à l'art. 7, al. 3, et les contrats visés à l'art. 10, al. 1, portant sur des placements au sens de l'art. 7, al. 1, sont soumis à l'autorisation de l'APEA sous réserve de l'art. 416, al. 2, CC.

³ L'autorisation de l'APEA au sens de la présente ordonnance ne remplace pas le consentement qu'elle doit donner en vertu des art. 416, al. 1 et 3, et 417 CC.

⁴ L'APEA communique ses décisions au mandataire ainsi qu'à la banque, à l'assurance ou au gestionnaire de fortune concernés.

Art. 10 Contrats sur le placement, la préservation et la gestion de biens: relevés, information et consultation

¹ Les contrats sur le placement, la préservation et la gestion des biens sont conclus par le mandataire au nom de la personne concernée.

² Les relevés relatifs à la gestion des biens sont établis au nom de la personne concernée. Ils sont conservés par le mandataire.

³ Dès le début du mandat, le mandataire peut en tout temps demander à la banque, à l'assurance ou au gestionnaire de fortune des informations sur les relations bancaires et les relations de gestion de fortune de la personne concernée et sur les assurances conclues, et exiger de pouvoir consulter les documents en question. Si l'exercice ou la fin de son mandat l'exige, il peut également demander à recevoir des informations ou à consulter les documents concernant la période précédant le début ou celle suivant la fin de son mandat.

⁴ L'APEA demande au mandataire de lui fournir les extraits de comptes et de dépôts et d'autres informations sur les relations bancaires, les relations de gestion de fortune et les assurances de la personne concernée.

⁵ Si nécessaire, elle peut demander directement à la banque, à l'assurance ou au gestionnaire de fortune de lui fournir les extraits ou informations voulus. À cette fin, elle rend une décision.

Art. 11 Obligation de consigner et droit d'édictier des directives

¹ Le mandataire consigne soigneusement et de manière détaillée toutes les décisions relatives à la gestion du patrimoine.

² Dans l'exercice de sa surveillance, l'APEA peut édictier des directives et fournir des modèles de formulaires ou des contrats-types.

Art. 12 Abrogation d'un autre acte

L'ordonnance du 4 juillet 2012 sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle⁷ est abrogée.

Art. 13 Dispositions transitoires

¹ Les placements qui, lors de l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, contraignent à celle-ci doivent être convertis en placements conformes aussi rapidement que possible, dans un délai de deux ans au plus, sous réserve de l'art. 8, al. 2 et 3.

² L'APEA peut exceptionnellement prolonger ce délai de deux ans au plus.

Art. 14 Entrée en vigueur

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2024.

Recommandations de l'ASB et de la COPMA relatives à la gestion du patrimoine conformément au droit de la protection de l'enfant et de l'adulte

Sommaire

I. Préambule	3
II. Gestion du patrimoine dans le cadre du mandat pour cause d'incapacité (art. 360, 365 CC)	3
III. Représentation par le conjoint ou le partenaire enregistré (art. 374, 376 CC)	4
IV. Curatelles	5
A. Curatelle d'accompagnement (art. 393 CC) et curatelle de représentation sans gestion du patrimoine (art. 394 CC)	6
B. Curatelle de représentation avec gestion du patrimoine (art. 394 en relation avec l'art. 395 CC)	6
C. Curatelle de portée générale (art. 398 CC)	7
D. Curatelle de coopération (art. 396 CC)	8
E. Gestion des revenus et du patrimoine dans le cadre de mesures de protection des mineurs	8
V. L'OGPCT en général	8
VI. Pouvoirs et mandats	9
VII. Intervention propre de l'APEA	9
A. En cas de renonciation à instituer une curatelle (art. 392 CC)	9
B. Dans le cadre de la surveillance	9
C. Injonctions et mesures provisoires pendant la procédure d'enquête	10
VIII. Caractère exécutoire des décisions de l'APEA	10
IX. Gestion du patrimoine d'une personne sous curatelle après son décès	10
X. Entrée en vigueur	11

I. Préambule

1. Les présentes recommandations ont été élaborées par l'Association suisse des banquiers (ASB) en collaboration avec la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA). Elles s'adressent aux banques et à leurs collaborateurs et collaboratrices, ainsi qu'aux autorités et mandataires chargés de la protection des mineurs et des adultes. Elles contribuent à l'application pratique du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte et fournissent, pour les banques et les autorités, des informations pratiques sur l'ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT). La loi prévaut sur l'ordonnance, laquelle prévaut sur les présentes Recommandations. Dès lors, ces dernières sont émises sous réserve d'une interprétation divergente de la loi et de l'ordonnance par les autorités et/ou les tribunaux.

1a. En cas de perte de la liberté d'organiser sa vie de manière autonome, le droit de la protection de l'adulte prévoit différentes options pour répondre au besoin de protection de la personne concernée. Il convient tout d'abord de vérifier si les possibilités d'instaurer des mesures personnelles anticipées ont été pleinement exploitées (première étape). Ensuite, il y a lieu de déterminer si les droits de représentation légaux suffisent à répondre au besoin de protection (deuxième étape). Ce n'est qu'en troisième lieu que des mesures officielles sont instituées sous la forme de curatelles.

1b. Les considérations ci-après suivent cette progression par étapes et se concentrent exclusivement sur le thème de la gestion du patrimoine, concrètement la gestion des revenus et de la fortune par des tiers dans l'intérêt de la personne concernée.

1c. Les présentes recommandations tiennent compte de la législation en vigueur au 1^{er} janvier 2024 et remplacent les recommandations du même nom publiées en 2013.

II. Gestion du patrimoine dans le cadre du mandat pour cause d'inaptitude (art. 360, 365 CC)

2. La légitimation d'une personne mandatée aux fins de gérer le patrimoine s'effectue au moyen du document mentionné à l'art. 363 al. 3 CC. Si la légitimation manque de clarté quant aux pouvoirs de représentation dans le cadre de la gestion du patrimoine, il incombe à l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) de préciser les compétences indiquées dans le document susmentionné, conformément à l'art. 364 CC.

3. Si la personne mandatée est chargée de la gestion globale du patrimoine, elle est notamment habilitée à l'égard de la banque à prendre pour la personne représentée les mesures suivantes:

- ouvrir et clôturer des relations bancaires,
- passer des ordres d'opération sur titres et des ordres de paiement ainsi qu'octroyer des mandats de gestion,
- effectuer des versements en espèces et des retraits d'espèces,

- octroyer des procurations bancaires et les révoquer,
- conclure et résilier des contrats de location de compartiment de coffre-fort,
- se faire communiquer des informations,
- conclure des contrats de prêt.

4. Les limitations fixées quant à la gestion du patrimoine doivent être réalisables pour la banque. Elles doivent être expressément énoncées dans le document et/ou stipulées par renvoi au mandat pour cause d'inaptitude. Elles peuvent concerner des comptes ou dépôts spécifiques et les pouvoirs de signature correspondants.

5. En cas de conflit entre les intérêts de la personne mandatée et ceux de la personne représentée, les pouvoirs du mandataire prennent fin de plein droit (art. 365 al. 3 CC) et l'opération est invalidée, ce qui peut entraîner l'annulation des prestations effectuées.

6. Si le mandataire est en situation de conflit d'intérêts manifeste (art. 365 al. 2 et 3 CC) ou si une opération n'est pas couverte par le mandat, la banque est tenue de solliciter auprès du mandataire une confirmation de l'APEA avant d'exécuter l'ordre.

6a. La perception de la rémunération fixée par le mandant ou l'APEA pour le mandataire ne constitue pas un conflit d'intérêts (art. 366 CC).

6b. Les relations bancaires avec plusieurs cocontractants physiques (relations communautaires) peuvent être poursuivies selon les termes concrets du contrat bancaire. Le cocontractant concerné est alors représenté par le mandataire.

7. La personne représentée (client de la banque) n'a en principe aucun droit de disposition.

7a. Par analogie avec l'art. 409 CC, le mandataire peut mettre à la libre disposition de la personne représentée des montants appropriés prélevés sur les biens de celle-ci.

7b. Le mandataire doit assurer la gestion du patrimoine avec diligence, tout en sauvegardant les intérêts du mandant. Sauf instruction contraire, le mandataire n'est pas lié par les prescriptions en matière de placement de l'OGPCT.

III. Représentation par le conjoint ou le partenaire enregistré (art. 374, 376 CC)

8. Dès lors que les conditions de la représentation légale, en particulier l'incapacité de discernement attestée le cas échéant par un certificat médical, sont réunies, la légitimation du conjoint ou du partenaire enregistré envers la banque découle de la loi. Si la banque a des doutes sur la réalisation des conditions de la représentation, elle peut demander au conjoint ou au partenaire enregistré un document établi par l'APEA conformément à l'art. 376 al. 1 CC. Ce document confirme le pouvoir de représentation légal et peut prévoir des restrictions aux pouvoirs de représentation.

9. En vertu de la loi, la représentation par le conjoint ou le partenaire enregistré envers la banque se limite à deux domaines, à savoir:

- « Tous les actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne incapable de discernement » (art. 374 al. 2 ch. 1 CC). Fait partie des « besoins » tout ce qui est nécessaire au client devenu incapable de discernement et à sa famille pour vivre, en maintenant leur niveau de vie antérieur.
 - « L'administration ordinaire de ses revenus et de ses autres biens » de la personne incapable de discernement (art. 374 al. 2 ch. 2 CC). Il s'agit là d'actes effectués fréquemment et de manière habituelle, comme par exemple le paiement de factures pour des prestations de soins nécessaires et payantes, des travaux d'entretien, ou encore les commandes de réparations pour des biens mobiliers ou immobiliers.
10. Dans le cadre de la gestion ordinaire du patrimoine sont en principe autorisés tous les placements que le client concerné pourrait effectuer lui-même compte tenu de son profil de risque. Le conseil concernant les besoins du client, lesquels peuvent avoir évolué en raison de son incapacité de discernement, doit néanmoins être adapté aux connaissances et à l'expérience du représentant.
 11. S'il existe des doutes quant au fait qu'une opération bancaire entre dans ce cadre, la banque peut suspendre l'exécution de ladite opération jusqu'à ce que l'APEA ait clarifié la situation conformément à l'art. 376 CC; elle peut aussi refuser d'effectuer l'opération et laisser au conjoint ou au partenaire enregistré représentant le soin de se faire légitimer ou pas par l'APEA (consentement selon l'art. 374 al. 3 CC ou document selon l'art. 376 CC).
 12. Le conjoint ou le partenaire enregistré dispose d'un droit d'information sur la relation bancaire du client incapable de discernement dans la mesure où cela lui est nécessaire pour exercer son pouvoir légal de représentation au sens de l'art. 374 CC.
 - 12a. Les relations bancaires avec plusieurs cocontractants physiques (relations communautaires) peuvent être poursuivies selon les termes concrets du contrat bancaire. Le cocontractant concerné est alors représenté par son conjoint ou son partenaire enregistré.
 13. La personne représentée (client de la banque) n'a en principe aucun droit de disposition.
 - 13a. Par analogie avec l'art. 409 CC, le conjoint ou le partenaire enregistré peut mettre à la libre disposition de la personne représentée des montants appropriés prélevés sur les biens de celle-ci.

IV. Curatelles¹

14. La légitimation du curateur ou de la curatrice envers la banque se fait au moyen d'un extrait du dispositif de la décision exécutoire de l'APEA ou d'un acte de nomination établi sur la base de celle-ci. Les tâches et compétences du curateur ou de la curatrice découlent exclusivement des documents mentionnés, raison pour laquelle les documents bancaires n'ont pas besoin d'être signés par l'APEA.

¹ La curatelle a pour objectif que le curateur ou la curatrice assiste la personne concernée dans l'accomplissement de certaines tâches afin de lui permettre de vivre une vie aussi normale que possible. Les intitulés des différents types de curatelles décrivent les tâches principales du curateur ou de la curatrice, qui peuvent être spécifiques (accompagner, représenter ou coopérer) ou avoir une portée générale.

- 14a. L'identité du curateur ou de la curatrice est vérifiée par la banque au moyen d'un document d'identification. A cette fin, le curateur ou la curatrice peut présenter une copie de son document d'identification dont l'authenticité a été certifiée par l'autorité de protection de l'enfant. Si le curateur ou la curatrice est déjà connu de la banque, il n'est généralement pas nécessaire de procéder à une nouvelle vérification de son identité.
- 14b. Pour le personnel de l'APEA qui signe les décisions ou les actes de nomination, la vérification de la légitimation et le contrôle de l'identité par la banque ne sont pas nécessaires.
15. La banque fournit au curateur ou à la curatrice chargé de la gestion du patrimoine toutes les informations requises pour l'établissement de l'inventaire (art. 405 al. 4 CC).
- 15a. Les contrats de base conclus avec les banques et les contrats pour les paiements électroniques peuvent être conclus et résiliés par le curateur ou la curatrice sans le consentement de l'APEA.
- 15b. Pour les curateurs et curatrices professionnels, des solutions de suppléance (pour les absences dues aux vacances ou autres) peuvent être légitimées: soit sous la forme d'une procuration avec pouvoir de substitution du curateur ou de la curatrice en place par un autre curateur ou une autre curatrice du même service, soit par un ordre de suppléance établi par l'APEA ou par l'organisation de curateurs professionnels, soit par la nomination d'un curateur ou d'une curatrice de substitution (art. 403 CC). La signature de formulaires bancaires supplémentaires demeure réservée.
- 15c. Des procurations peuvent être accordées au personnel administratif assistant les curateurs et curatrices professionnels pour lui permettre d'obtenir les informations nécessaires.

A. Curatelle d'accompagnement (art. 393 CC) et curatelle de représentation sans gestion du patrimoine (art. 394 CC)

16. En cas de curatelle d'accompagnement (art. 393 CC) ou de curatelle de représentation sans gestion du patrimoine (art. 394 CC), le client est seul titulaire du droit d'information et du droit de disposition, sous réserve d'instructions contraaires de l'APEA quant au droit d'information sur la base de l'art. 392 ch. 3 CC ou dans le cadre de la curatelle de représentation.

B. Curatelle de représentation avec gestion du patrimoine (art. 394 en relation avec l'art. 395 CC)

17. Une curatelle de représentation avec gestion du patrimoine implique une compétence parallèle. Il existe des exceptions lorsque l'APEA limite explicitement l'exercice des droits civils de la personne concernée selon l'art. 394 al. 2 CC ou la prive de la faculté d'accéder à certains éléments de son patrimoine selon l'art. 395 al. 3 CC. En cas de compétence parallèle, la personne sous curatelle peut conclure des contrats avec la banque sans l'intervention du curateur ou de la curatrice (p. ex. ouvrir ou solder un compte). Le droit de disposition du curateur ou de la curatrice couvre en principe toutes les opérations bancaires.
- 17a. Les relations bancaires avec plusieurs cocontractants physiques (relations communautaires) peuvent être poursuivies selon les termes concrets du contrat bancaire. Le cocontractant concerné peut alors être représenté par le curateur ou la curatrice conformément au ch. 17.

18. Le curateur ou la curatrice est soumis aux dispositions de l'OGPCT ainsi que, sous réserve d'une dispense totale ou partielle selon l'art. 420 CC, également aux art. 416 et 417 CC (actes nécessitant le consentement de l'autorité de protection).
19. S'agissant des prêts avec ou sans gage immobilier, il incombe au curateur ou à la curatrice de requérir le consentement de l'APEA pour tout changement significatif comme l'octroi d'un nouveau prêt ou l'augmentation d'un prêt existant (art. 416 al. 1 ch. 4, 5 et 6 CC), sauf si la personne concernée dispose de ses droits civils et donne son accord (art. 416 al. 2 CC) ou si le consentement n'est pas requis pour d'autres motifs (notamment art. 420 CC). Pour de plus amples informations relatives à la conclusion d'opérations de financement (en particulier de prêts hypothécaires) en faveur de personnes sous curatelle, merci de consulter la recommandation «Opérations de financement pour des personnes sous curatelle» de l'ASB et de la COPMA de novembre 2015.

20. Sauf disposition contraire, la personne représentée (client de la banque) et le curateur ou la curatrice disposent du droit d'information sur l'ensemble des relations bancaires.

C. Curatelle de portée générale (art. 398 CC)

21. En cas de curatelle de portée générale (art. 398 CC), seul le curateur ou la curatrice dispose des droits de gestion et de disposition. Cela concerne en principe toutes les opérations bancaires, à l'exception des montants mis à la libre disposition de la personne concernée (art. 409 CC). La banque n'exécute pas les instructions que le client lui transmet lui-même, à moins qu'il agisse avec l'accord du curateur ou de la curatrice ou sur la base d'une injonction correspondante issue d'une procédure de recours (art. 419 CC).
22. Les relations bancaires avec plusieurs cocontractants physiques (relations communautaires) peuvent être poursuivies selon les termes concrets du contrat bancaire. Le cocontractant concerné est alors représenté par le curateur ou la curatrice.
23. Le curateur ou la curatrice est soumis aux dispositions de l'OGPCT ainsi que, sous réserve d'une dispense totale ou partielle selon l'art. 420 CC, également aux art. 416 et 417 CC (actes nécessitant le consentement de l'autorité de protection).
24. S'agissant des prêts avec ou sans gage immobilier, il incombe au curateur ou à la curatrice de requérir le consentement de l'APEA pour tout changement significatif comme l'octroi d'un nouveau prêt ou l'augmentation d'un prêt existant sous réserve de l'art. 420 CC (art. 416 al. 1 ch. 4 et 5 CC). Pour de plus amples informations, merci de consulter la recommandation «Opérations de financement pour des personnes sous curatelle» de l'ASB et de la COPMA de novembre 2015.
25. Le curateur ou la curatrice dispose d'un droit d'information sur l'ensemble des relations bancaires. La personne représentée (client de la banque) ne dispose d'aucun droit d'information à l'égard de la banque - sous réserve des exceptions exposées au ch. 21.

D. Curatelle de coopération (art. 396 CC)

26. En cas de curatelle de coopération (art. 396 CC), il appartient à l'APEA de déterminer si les opérations bancaires requièrent le consentement du curateur ou de la curatrice et, dans l'affirmative, lesquelles. La banque exécute les opérations nécessitant la coopération du curateur ou de la curatrice que si elle dispose de l'accord écrit de ce dernier en sus de l'ordre du client (signature à deux).
27. Un consentement de l'APEA au sens de l'art. 416 CC n'est pas requis.
28. Le client et le curateur ou la curatrice disposent d'un droit d'information sur les opérations nécessitant la coopération du curateur ou de la curatrice.

E. Gestion des revenus et du patrimoine dans le cadre de mesures de protection des mineurs

29. Les constatations et recommandations ci-dessus s'appliquent par analogie à la gestion des revenus et du patrimoine de mineurs dans le cadre des curatelles et des tutelles.

V. L'OGPCT en général

30. Il incombe au curateur ou à la curatrice de solliciter le consentement de l'APEA dès lors que l'OGPCT le prévoit.
31. Les ordonnances de l'APEA doivent indiquer les décisions concernant la limitation de l'exercice des droits civils de la personne concernée (art. 394 al. 2 CC), le patrimoine à gérer par le curateur ou la curatrice (art. 395 al. 1 CC), la privation de la faculté d'accéder à certains éléments du patrimoine de la personne concernée (art. 395 al. 3 CC) ou les opérations bancaires de la personne concernée soumises au consentement du curateur ou de la curatrice (art. 396 al. 1 CC).²
32. Pour les différentes catégories de placement des art. 6 et 7 OGPCT, il convient de se référer aux explications du Conseil fédéral dans le rapport explicatif du 23 août 2023 relatif à la révision de l'OGPCT.
- 33a. Le curateur ou la curatrice chargé de la gestion du patrimoine décide par lui-même des placements selon l'art. 6 OGPCT, à moins que l'APEA n'en ait décidé autrement.
- 33b. Pour les placements selon l'art. 7 al. 1 et l'art. 7 al. 3 OGPCT ainsi que pour les mandats de gestion de fortune dans le cadre de tels placements, le curateur ou la curatrice doit respecter la décision de l'APEA selon l'art. 9 OGPCT.
- 33c. L'APEA statue sur le droit du curateur d'accéder aux coffres-forts (art. 9 al. 1 let. d OGPCT).
34. Lors de l'ouverture de nouvelles relations bancaires pour la personne concernée, son identification doit être effectuée conformément aux dispositions de la CDB. Selon l'art. 11 al. 1 let. c de la CDB,

² Le formulaire-type mentionné dans la version précédente des recommandations ou un contrat de dépôt ne doivent plus être utilisés.

L'APEA est considérée comme une instance publique habilitée à émettre de telles attestations d'authenticité. En vertu de l'art. 10 CDB, l'identification de la personne concernée peut être établie par voie de correspondance. L'art. 4 al. 3 CDB s'applique par analogie.

33. Les contrats bancaires conclus avant l'institution d'une curatelle restent valables. Ils peuvent toutefois, dans le cadre des compétences légales (art. 391 al. 2, 392 ch. 1, 394 al. 1 et 3, 395 et 445 CC), être modifiés ou révoqués.

33a. L'ouverture d'une procédure d'enquête ou l'institution d'une curatelle ne déclenchent pas en soi un blocage automatique du compte. La banque bloque l'accès au compte de la personne concernée lorsque cette obligation découle de la décision de l'APEA ou que le blocage du compte fait suite à une instruction expresse de l'APEA.

VI. Pouvoirs et mandats

34. Les pouvoirs préexistants de la personne concernée qui ne se sont pas éteints par la perte de l'exercice des droits civils en vertu de l'art. 35 al. 1 CO peuvent être révoqués par l'APEA ainsi que par le curateur ou la curatrice dans le cadre de son cercle de tâches.

35. Lorsque la banque constate que son client est frappé d'une incapacité de discernement probablement durable, elle doit en informer l'APEA conformément à l'art. 397a CO pour autant que la démarche paraisse appropriée au regard de la sauvegarde de ses intérêts. Tel peut par exemple être le cas si le client, en raison de son incapacité de discernement, fait preuve d'un comportement contraire à ses intérêts lorsqu'il effectue des opérations bancaires.

36. Demeure réservé le droit d'aviser l'autorité prévu à l'art. 443 al. 1 CC.

VII. Intervention propre de l'APEA

A. En cas de renonciation à instituer une curatelle (art. 392 CC)

37. Lorsque l'institution d'une curatelle paraît manifestement disproportionnée, l'APEA peut, de sa propre initiative, prendre les mesures nécessaires, confier des mandats à un tiers ou désigner une personne ou un office qualifié qui auront un droit de regard et d'information dans certains domaines. Lorsqu'une telle mesure concerne la gestion du patrimoine, la banque fournit les informations nécessaires ou prend les mesures requises sur la base d'une décision exécutoire.

B. Dans le cadre de la surveillance

38. Selon l'art. 10 al. 5 OGPCT, l'APEA peut demander directement à la banque, à l'assurance ou au gestionnaire de fortune de lui fournir les extraits ou informations voulus.

39. L'APEA rend une décision à cette fin.

C. Injonctions et mesures provisoires pendant la procédure d'enquête

40. La banque collabore à l'enquête de l'APEA (art. 446 et 448 al. 1 CC) et lui communique, sur la base d'une ordonnance de procédure, toutes les informations requises concernant le patrimoine de la personne présumée avoir besoin d'aide. Pour de plus amples informations sur la collaboration des banques dans le cadre d'une enquête, merci de consulter la recommandation «Obligation de collaborer selon l'art. 448 CC» de la COPMA et de l'ASB de décembre 2019.

41. Dès que l'APEA est saisie d'un cas, elle peut, sur demande ou d'office, prendre toutes les mesures provisionnelles nécessaires pendant la durée de la procédure et notamment ordonner dans ce cadre une mesure de protection du mineur et de l'adulte à titre provisoire (art. 445 al. 1 CC). De même, lorsque l'APEA redoute qu'un curateur, une curatrice, un mandataire, un conjoint, ou un partenaire enregistré chargé de la représentation légale ne prenne des décisions illicites, elle peut prononcer des mesures provisionnelles et, en particulier, faire bloquer provisoirement auprès d'une banque les avoirs concernés jusqu'à ce qu'un (nouveau) curateur ou une (nouvelle) curatrice ait été nommé(e). L'APEA communique cette injonction à la banque en lui faisant parvenir une décision exécutoire.

42. S'agissant d'opérations non mentionnées dans la décision de l'APEA (et/ou extérieures aux cercles de tâches du curateur ou de la curatrice), la banque peut considérer que le client n'est soumis dans l'exercice de ses droits civils à aucune autre limitation résultant de mesures de protection du mineur et de l'adulte, pour autant que de telles mesures n'aient pas déjà été ordonnées antérieurement.

VIII. Caractère exécutoire des décisions de l'APEA

43. Les décisions de l'APEA valant preuve de droits et de compétences auprès des banques doivent être exécutoires.

IX. Gestion du patrimoine d'une personne sous curatelle après son décès

44. La curatelle prend fin de plein droit au décès de la personne concernée (art. 399 al. 1 CC). Il incombe à la banque de traiter la succession comme si le client n'avait pas été sous curatelle. Le curateur ou la curatrice continue d'avoir accès aux informations dont il a besoin pour mettre fin à la curatelle (notamment les extraits de compte pour le rapport final), conformément à l'art. 10 al. 3 OGPCT.

X. Entrée en vigueur

45. Les présentes Recommandations ont été adoptées par le Comité du Conseil d'administration de l'Association suisse des banquiers le 22 novembre 2023 et par la Commission permanente de la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA) le 9 octobre 2023. Elles entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2024.



23 août 2023

Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT)

Rapport explicatif

Table des matières

1	Contexte	2
1.1	Besoin de légiférer et objectifs de la révision	2
1.2	Procédure de consultation	2
2	Présentation du projet	2
2.1	Réglementation proposée et objectifs visés	2
2.2	Remarque préliminaire de technique législative	3
2.3	Adéquation des moyens requis	3
2.4	Mise en œuvre	3
3	Commentaire des dispositions	3
4	Conséquences	13
5	Aspects juridiques	13

1 Contexte

1.1 Besoin de légiférer et objectifs de la révision

Le droit révisé de la protection de l'enfant et de l'adulte qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013 prévoit à l'art. 408, al. 3, du code civil (CC)¹, que le Conseil fédéral édicte des dispositions relatives au placement et à la préservation des biens que possèdent les personnes concernées. Sur la base de cet article, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT)², qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Cette ordonnance a remplacé les règles établies jusque-là par les cantons et les communes conformément à l'art. 425, al. 2, aCC et a uniformisé les principes de la gestion du patrimoine des personnes concernées.

Après l'entrée en vigueur de l'OGPCT, la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA) a mené une enquête portant sur la mise en œuvre de l'ordonnance auprès des autorités cantonales de surveillance. Les cantons ont indiqué à cette occasion qu'ils jugeaient nécessaire de modifier le système sur plusieurs points. Ils ont signalé des incertitudes et des incohérences concernant, notamment, ce qu'ils doivent faire et le niveau de diligence requis. Ils ont relevé que l'objectif d'unifier la pratique n'avait pas été entièrement atteint, ce qui posait en particulier des problèmes lors du contact avec les banques. La COPMA a par la suite élaboré un projet de révision de l'ordonnance en collaboration avec l'Association suisse des banquiers (SwissBanking), remis conjointement à l'Office fédéral de la justice le 1^{er} novembre 2016.

Après l'examen de la demande par l'Office fédéral de la justice, le Conseil fédéral a conclu dans son rapport intitulé « Premières expériences avec le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte » du 29 mars 2017 que l'OGPCT devait être modifiée et les défauts corrigés.³

1.2 Procédure de consultation

Le Conseil fédéral a ouvert le 27 septembre 2019 la consultation sur une révision totale de l'OGPCT. L'avant-projet reposait pour l'essentiel sur un texte rédigé conjointement par la COPMA et SwissBanking et remanié par l'administration. La consultation a duré jusqu'au 17 janvier 2020, suscitant un total de 42 avis (de 26 cantons, 3 partis politiques et 13 organisations et autres participants).

La grande majorité des participants à la consultation a approuvé le principe d'une révision totale et l'avant-projet dans son ensemble. De nombreuses remarques et propositions d'amélioration ont toutefois été formulées concernant les différents articles. Elles ont été examinées et l'avant-projet a été modifié en conséquence.

2 Présentation du projet

2.1 Réglementation proposée et objectifs visés

La révision totale de l'OGPCT poursuit quatre objectifs :

- 1) apporter des *modifications rédactionnelles* à différents passages du texte ;

¹ RS 210

² RS 211.223.11

³ Premières expériences avec le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. Rapport du Conseil fédéral du 29 mars 2017, p. 66 ; disponible à l'adresse <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/gesellschaft/gesetzgebung/kes/ber-br-f.pdf.download.pdf/ber-br-f.pdf>

- 2) fournir des *précisions* utiles pour la pratique afin que les instructions données par l'ordonnance soient mieux suivies ;
- 3) adapter l'ordonnance aux *circonstances nouvelles*, notamment supprimer la mention explicite de Postfinance, qui est soumise à la surveillance de la FINMA depuis décembre 2012 et qui ne doit pas être mentionnée à part, et tenir compte de la nouvelle loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers (LSFin)⁴, de la nouvelle loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin)⁵ et de la révision de la loi du 23 juin 2006 sur les placements collectifs (LPCC)⁶, qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2020 ;
- 4) apporter les *modifications matérielles*, parfois mineures, qui s'imposent vu les expériences faites depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance le 1^{er} janvier 2013.

2.2 Remarque préliminaire de technique législative

Lors de l'élaboration du projet, les rédacteurs ont voulu conserver la systématique du texte. Ils ont veillé à améliorer l'ordonnance sans modifier le schéma global et à respecter dans la mesure du possible la structure et le libellé existants afin d'assurer la continuité et la sécurité du droit. La numérotation des articles, qui avait été modifiée dans l'avant-projet, a été restituée à l'issue de la consultation pour ces mêmes raisons.

2.3 Adéquation des moyens requis

Le projet consiste à adapter ponctuellement les tâches des APEA et des mandataires sans créer de nouvelles tâches ni entraîner des frais supplémentaires.

2.4 Mise en œuvre

L'ordonnance révisée sera mise en œuvre par les APEA et plus spécifiquement par les mandataires compétents. D'autres travaux de mise en œuvre ne seront pas nécessaires. La COPMA préparera et publiera en collaboration avec SwissBanking des recommandations pour la mise en pratique.

3 Commentaire des dispositions

Art. 1 Objet, champ d'application, définitions

Al. 1 : l'alinéa correspond sur le fond à l'ancien droit. Pour plus de clarté, il est précisé que l'ordonnance porte uniquement sur la gestion du patrimoine par un mandataire, c'est-à-dire par un curateur ou un tuteur, et non sur d'autres cas de gestion du patrimoine.

Al. 2 : la nouvelle disposition précise que les montants laissés à la libre disposition des personnes concernées (argent de poche) ne sont pas soumis à l'OGPCT. Il n'est en revanche pas nécessaire de mentionner que l'ordonnance ne s'applique pas au mandat pour cause d'inaptitude visé aux art. 360 ss CC, car cela ressort (également) de l'al. 1 qui a été reformulé.

Al. 3 : les termes de « personne concernée », « banque », « mandataire », « assurance » et « gestionnaire de fortune » qui sont utilisés fréquemment dans l'ordonnance, sont définis, ce qui favorise la cohérence terminologique et allège les dispositions qui suivent. L'ajout de cet article ne modifie pas l'ordonnance sur le fond.

⁴ RS 950.1
⁵ RS 954.1
⁶ RS 951.31

Il suffit de définir uniquement la banque à la *let. b* étant donné que, depuis décembre 2012, Postfinance est également considérée comme une banque au sens de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques (LB)⁷ et est de ce fait soumise à la surveillance de la FINMA ; elle ne doit donc plus être mentionnée à part. Le renvoi dynamique à la LB permet par ailleurs de tenir compte d'éventuelles adaptations futures de la loi. Les personnes définies à l'art. 1b LB ne sont pas incluses dans le champ d'application de l'ordonnance.

La *let. d* concerne les assurances qui sont soumises à la surveillance de la Confédération au sens de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances (LSA)⁸. Le renvoi dynamique inclut notamment les modifications qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2024.

La *let. e* définit ce qu'on entend par gestionnaire de fortune. L'autorisation et la surveillance de tous les prestataires de services financiers qui pratiquent la gestion de fortune sont régies par la LEFin. Outre les gestionnaires de fortune au sens de l'art. 17, al. 1, LEFin, le régime d'autorisation en cascade prévu par l'art. 6 LEFin comprend aussi les banques et d'autres établissements financiers au sens de l'art. 2, al. 1, LEFin (maisons de titres, directions de fonds, gestionnaires de fortune collective).

Art. 2 Principes régissant le placement

L'al. 1 est simplifié en raison des définitions données à l'art. 1.

L'al. 2 reste inchangé.

L'al. 3 précise qu'il faut tenir compte des frais encourus. Cela ne signifie pas pour autant que la solution la plus économique doit toujours être retenue. L'objectif est plutôt d'éviter les modifications de portefeuille coûteuses et inutiles et d'opter pour des services moins onéreux lorsqu'on a le choix entre des prestations comparables.

Art. 3 Espèces

La disposition est modifiée sur le plan rédactionnel et est simplifiée. L'expérience a montré que le mandataire n'effectue en règle générale pas de paiements comptants, mais choisit une solution permettant de garantir la traçabilité des transactions. Lorsqu'il trouve des espèces chez la personne concernée, il doit inscrire la somme à l'inventaire puis la verser sur le compte d'une banque telle que définie à l'art. 1, al. 3, *let. b*.

Art. 4 Conservation de valeurs

L'al. 1, qui mentionnait que les valeurs devaient être déposées auprès d'une banque, est précisé : les différentes possibilités de dépôt sont désormais mentionnées (les biens peuvent être déposés dans un coffre-fort ou être confiés à la banque pour qu'elle les garde en dépôt fermé). Si la personne concernée dispose déjà d'un compartiment de coffre-fort, les valeurs peuvent y être déposées ; si elle n'en a pas, il faut en louer un. La location se fait au nom de la personne concernée.

Les titres mentionnés jusqu'ici à l'al. 1 sont biffés. En effet, les titres sont aujourd'hui en règle générale conservés sous forme comptable dans un dépôt. Si une conservation physique est nécessaire en raison de circonstances spéciales, les titres peuvent être considérés comme des valeurs.

⁷ RS 952.0
⁸ RS 961.01.

La mention à l'*al. 1, 2^e phrase*, de la surveillance par l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) est bifide, vu qu'il n'est guère possible d'assurer cette surveillance. La conservation des valeurs doit être explicitée dans le rapport du mandataire et être portée de cette façon à la connaissance de l'APEA.

Les al. 2 et 3 ne sont pas modifiés quant au contenu. Les adaptations sont d'ordre purement rédactionnel.

Art. 5 Prise en compte de la situation personnelle de la personne concernée

Quelques adaptations purement rédactionnelles ont été apportées à l'*al. 1, L'al. 2* est précisé à la demande des praticiens et mentionne désormais les prestations expectatives (notamment successorales).

À l'*al. 3*, la notion juridique indéterminée de « temps inopportun » est supprimée. Il va de soi que les mandataires doivent toujours effectuer une planification des liquidités et diviser la fortune en placements à court, moyen et long termes. Cette répartition des biens vise à garantir que les fonds nécessaires seront disponibles en tout temps à la fois pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses extraordinaires qui sont prévisibles. Il n'y a donc pas de doute quant au niveau de diligence requis.

Art. 6 Couverture des besoins courants

La liste des placements considérés comme sûrs parce qu'ils suivent une stratégie conservatrice a été rallongée à l'*art. 6*. Les possibilités de diversification (voir l'*art. 2, al. 2*) sont ainsi plus nombreuses.

Il faut préciser que les placements énumérés dans cet article ne doivent pas être considérés automatiquement et dans tous les cas comme étant conformes aux prescriptions de l'ordonnance. Il s'agit ici d'un catalogue de *placements conformes quant au principe*. Les règles générales inscrites à l'*art. 2* selon lesquelles les placements doivent être sûrs et si possible rentables et les risques de l'investisseur minimisés par une diversification adéquate doivent bien entendu être respectées.

L'ordonnance ne définit pas les besoins courants, car ceux-ci doivent être déterminés au cas par cas. Le mandataire doit appliquer la règle selon laquelle plus la fortune de la personne concernée est grande et mieux ses besoins courants sont couverts à long terme, compte tenu de l'espérance de vie, plus il peut s'écarter de l'*art. 6* et investir du moins une partie de la fortune dans des placements plus risqués (avec un meilleur rendement).

L'énumération des placements à l'*art. 6* est *exhaustive*. Le « seuls » en début de phrase, dans l'ancienne version, a toutefois été supprimé, vu que des exceptions sont possibles dans certaines circonstances, conformément aux *art. 8, al. 3*, avec l'autorisation de l'APEA.

Les placements commentés ci-après sont jugés conformes.

– *Let. a* : les anciennes *let. a* et *b* ont été réunies sous la *let. a*. La limitation aux banques cantonales jouissant d'une garantie illimitée de l'État a été supprimée parce qu'elle peut fausser la concurrence. Il incombe au mandataire d'éviter tout cumul de risques et de déposer de grosses sommes en espèces auprès d'une banque jouissant d'une garantie illimitée de l'État ou de les déposer auprès de plusieurs banques afin de bénéficier pour chaque dépôt de la protection accordée aux déposants conformément aux *art. 37a ss LB*.

- La notion de **dépôt** correspond à celle qui est définie dans la loi sur les banques. Il en font partie les comptes qui servent au trafic des paiements voire à l'épargne. Ils

sont garantis jusqu'à concurrence de 100 000 francs par client d'une banque en Suisse (exception : établissements financiers jouissant d'une garantie de l'État).

- Les **obligations de caisse** sont des titres d'emprunts au porteur. Ces papiers-valeurs sont à taux fixe sur toute la durée du placement, qui, elle, est à choix. Ils ne sont pas négociés en bourse et ne sont donc pas soumis à des variations de cours. Les obligations de caisse sont garanties jusqu'à concurrence de 100 000 francs par client d'une banque en Suisse (exception : banques bénéficiant d'une garantie cantonale).

- Les **dépôts à terme** (placements sur le marché monétaire non tirisés) sont des placements directs sur le marché monétaire, rémunérés à un taux d'intérêt convenu. Leur durée est fixe et ils ne sont pas remboursables avant terme. Les dépôts à terme sont garantis jusqu'à concurrence de 100 000 francs par client d'une banque en Suisse (exception : banques bénéficiant d'une garantie cantonale).

– *Let. b* : la nouvelle *let. b* comprend les placements qui figuraient à l'ancienne *let. c*. La liste a été complétée par les obligations des cantons et des communes, qui offrent elles aussi une sécurité suffisante. La disposition englobe donc les placements suivants :

- Les **obligations à intérêt fixe** sont des emprunts de court, moyen ou long terme, qui donnent à leur souscripteur un droit de créance. Elles donnent en règle générale droit au remboursement du montant de l'emprunt (valeur nominale) et au versement d'éventuels intérêts (coupons). Le remboursement a lieu à l'échéance. Les placements à taux fixes peuvent normalement être négociés sur le marché secondaire pendant leur durée de vie. Seules sont autorisées les obligations émises par la Confédération suisse, par un canton ou par une commune suisse.

- Les **emprunts par lettres de gage émis par les deux centrales suisses d'émission au sens de la loi du 25 juin 1930 sur l'émission de lettres de gage (LLG)⁹, à savoir la Centrale de lettres de gage des banques cantonales suisses et la Banque des lettres de gage d'établissements suisses de crédit hypothécaire**, sont des papiers-valeurs destinés à financer des crédits sur gage immobilier. Les prêts ne sont accordés qu'en échange d'hypothèques de premier rang en francs suisses sur des biens immobiliers situés en Suisse.

– *Let. c* : les Exchange Traded Funds (ETF) et les fonds indiciaires ne figureraient pas encore dans l'ordonnance. Cette nouvelle catégorie a été introduite pour permettre une plus grande diversification des placements. Les fonds en question sont jugés relativement conservateurs s'ils investissent uniquement dans les placements visés à l'*art. 6, let. b*.

- Les **ETF** ne sont en règle générale pas gérés activement par des gestionnaires de fonds, mais sont des fonds passifs (c'est-à-dire sans sélection active des valeurs de base) qui reproduisent le plus précisément possible un certain indice de référence (par ex. le Swiss Market Index [SMI]). Les placements autorisés se limitent aux investissements visés à l'*art. 6, al. 1, let. b*.

- Les **fonds indiciaires** ne sont pas négociés en bourse, mais reproduisent eux aussi le plus fidèlement possible un indice de référence donné.

– *Let. d* : cette catégorie de placements est également nouvelle dans l'OGPCT. Elle vise à accroître les possibilités de diversification. L'ancienne *let. d* est déplacée à la *let. h*.

- Les **obligations** (voir *let. b*) d'entreprises dont la Confédération, les cantons ou les communes sont les actionnaires majoritaires ont été ajoutées à la liste.

⁹ RS 211.423.4

- o Les dépôts sur des comptes collaborateurs de ces entreprises sont également admis. Le **compte collaborateur** vise en premier lieu la simplification du trafic des paiements (notamment pour le versement des salaires ou des rentes) entre l'employeur et les collaborateurs ou les bénéficiaires de rentes. L'entreprise ouvre et gère les comptes collaborateurs. Elle seule répond des comptes collaborateurs, qui ne bénéficient en règle générale d'aucune garantie supplémentaire. C'est la raison pour laquelle ce type de placement est limité aux entreprises dont la Confédération, les cantons ou les communes sont les actionnaires majoritaires.

- *Let. e* : l'ancienne let. e est déplacée à la let. i, étant donné que le placement visé n'a plus qu'une portée pratique limitée. La let. e reprend le contenu de l'ancienne let. f, qui comprend les cotisations ordinaires des employés et les rachats volontaires des personnes salariées dans la caisse de pension de leur employeur.

Les **avoirs de prévoyance** déjà placés dans des institutions de prévoyance ou dans des institutions qui gèrent les prestations de libre passage (fondations bancaires ou assurances) ne sont pas considérés comme des biens au sens de l'OGPCT. Ils se trouvent dans le circuit de la prévoyance et ne font donc pas partie des biens que le mandataire doit gérer. Dans le cas où des avoirs de libre passage ou un capital de prévoyance relevant du domaine subobligatoire (si le règlement de l'institution d'assurance le permet) doit être placé en titres, seuls les placements cités aux let. a à d sont admis.

- *Let. f* : les placements à titre de prévoyance individuelle liée (pilier 3a) seront désormais également possibles, vu qu'ils remplissent les exigences en matière de sécurité. Il faut avoir à l'esprit que, dans certaines situations, le versement anticipé des prestations n'est pas possible, conformément à l'ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3)¹⁰. Ces placements ne peuvent alors pas être convertis.

Les avoirs de prévoyance déjà placés dans des fondations bancaires ou des assurances ne sont pas non plus considérés comme des biens au sens de l'OGPCT. Ils se trouvent dans le circuit de la prévoyance et ne font donc pas partie des biens que le mandataire doit gérer. Mais s'il est prévu de placer le capital sous forme de titres, seuls les placements cités aux let. a à d sont admissibles.

- *Let. g* : cette disposition est nouvelle. En cas de location d'un logement de coopérative, la part de capital social que doit verser le locataire vaut comme placement au sens de l'art. 6. La liquidation de la part sociale – qui a souvent pour corollaire la recherche d'un nouvel appartement – ne sera donc plus obligatoire. L'acquisition de parts sociales en cas de nouveau contrat de bail ne posera plus de problème non plus.

- *Let. h* : les remarques qui précèdent valent également pour les banques qui proposent la souscription d'une part sociale avant d'établir une relation bancaire (par ex. les banques Raiffeisen).

- *Let. i* : cette disposition correspond à l'ancienne let. d. Elle a pour but de permettre aux personnes qui ne sont pas aisées, mais qui habitent dans un immeuble de valeur stable qui leur appartient et qui représente une part importante de leur fortune, de ne pas devoir obligatoirement le vendre. Dans les cas où un nouvel immeuble doit être acquis pour être utilisé par la personne concernée, en revanche, l'APEA doit impérativement donner son consentement (voir l'art. 416, al. 1, ch. 4, CC).

¹⁰ RS 831.461.3

- *Let. i* : la disposition, qui avait été biffée dans l'avant-projet, a été reprise dans le projet pour tenir compte des avis formulés lors de la consultation. Si le gage peut être considéré comme étant de valeur stable, il reste un placement admissible.

L'*ancien art. 6, al. 2*, est biffé, car les placements visés à l'art. 6 ne nécessitent pas de consentement de l'APEA au sens de l'art. 416, al. 1, ch. 5, CC, vu que les placements en question font partie du mandat de gestion ordinaire du mandataire. En d'autres termes, lorsque celui-ci opère un (nouveau) placement tel que défini à l'art. 6, il exerce une activité de gestion ordinaire qui ne nécessite pas de consentement au sens de l'art. 416, al. 1, ch. 5, CC. Il est habilité et appelé de par la loi à procéder à ces placements. Les placements au sens de l'art. 6, let. g à i, sont réservés, car ils nécessitent de toute façon le consentement de l'APEA conformément à l'art. 416, al. 1, ch. 4 ou 8, CC.

Art. 7 Placements des biens destinés à couvrir des dépenses supplémentaires

Al. 1 : la liste des placements pour dépenses supplémentaires a également été complétée. Le « notamment » figurant à l'ancien art. 7, al. 1, OGPCT indiquait que la liste n'était pas complète, mais dans la pratique le catalogue a toujours été considéré comme étant exhaustif. Il était difficile de dire quels autres placements devaient être jugés comparables quant au risque à ceux énumérés à l'art. 7. Pour cette raison, l'expression « notamment » a été supprimée et d'autres placements jugés conformes sont mentionnés expressément. La nouvelle liste est donc *exhaustive*, ce qui est d'autant plus pertinent que le consentement exigé jusque-là est supprimé. D'autres placements peuvent être autorisés par l'APEA à certaines conditions, en vertu de l'al. 3.

Une bonne solvabilité des sociétés est désormais exigée pour tous les placements visés à l'art. 7, al. 1, et pas uniquement pour les emprunts de débiteurs présentant un risque de solvabilité ; cette exigence est désormais mentionnée dans la phrase introductive (« sociétés très solvables »). L'ordonnance reprend cette clause générale de l'ancienne version, avec l'expression « sociétés très solvables », plutôt que d'indiquer quelles notations financières sont admissibles ou non, vu que la formulation n'a manifestement pas posé de problèmes dans la pratique.

La structure et l'ordre des placements jugés conformes ont été revus pour rendre la liste plus lisible.

Remarques sur les différentes possibilités de placement :

- *Let. a* : pour la définition de l'**obligation**, voir les commentaires de l'art. 6.
- *Let. b* : l'ordonnance prévoyait déjà la possibilité d'investir en actions. Elle précise désormais que seules les actions de sociétés suisses sont admissibles (indépendamment du fait que leur capital-actions soit libellé en francs suisses ou dans une monnaie étrangère, ce que les sociétés anonymes suisses sont autorisées à faire dans certains cas depuis le 1^{er} janvier 2023).
- *Let. c* : cette nouvelle catégorie de placements permet également la diversification. Les fonds en actions, les ETF et les fonds indiciels sont désormais également admis, mais soumis à la limitation de l'al. 2. La catégorie des fonds négociés en bourse est complétée par les actions et les obligations, qui sont ouvertes à tous les investisseurs conformément à la LPCC.
 - o Les **fonds obligataires** investissent dans un portefeuille diversifié d'obligations à taux fixe ou variable.

- o Les **fonds en actions** investissent en fonction de la stratégie poursuivie, par exemple en actions de petites, moyennes ou grandes entreprises d'un État ou d'un espace économique donné.
- o Les **fonds mixtes** investissent dans un portefeuille constitué par exemple de produits du marché monétaire, d'obligations, d'actions ou de placements alternatifs, et offrent de ce fait un niveau de diversification élevé. Le gestionnaire du fonds prend les décisions concrètes en application de la stratégie d'investissement retenue (voir au sujet des fonds négociés en bourse les art. 6, let. c, et 7, al. 1, let. c).

– *Let. d* : l'intégration de la prévoyance individuelle libre au moyen de produits d'assurance permet de conserver des polices existantes ou d'en conclure de nouvelles. Les **assurances vie constitutives de capital classiques**, les **rentes viagères classiques** et les **opérations de capitalisation** (remboursement par acomptes d'un capital investi, auquel s'ajoutent les intérêts) ont toujours été considérées comme des placements de bon père de famille. Sont jugés classiques les produits qui ne sont pas liés à un fonds ou à des participations. Ils excluent toute perte nominale. Les avoirs sont par ailleurs protégés intégralement en cas de faillite de l'assureur, vu qu'ils sont couverts par la fortune dite liée. Les assurances vie constitutives de capital classiques sont en outre protégées, en cas d'exécution forcée, contre les prétentions des créanciers à l'encontre de l'assuré lorsque le conjoint ou les enfants sont désignés comme bénéficiaires.

– *Let. e* : une possibilité supplémentaire de placement est prévue dans l'OGPCT dans la perspective d'une diversification. Il s'agit des **produits structurés** d'émetteurs suisses, libellés en francs suisses, qui sont cotés à une bourse suisse et qui sont assortis d'une protection du capital intégrale ainsi que d'une garantie par nantissement correspondant. La protection offerte par le dépôt de gages (sous forme de papiers-valeurs ou de monnaie scripturale) est garantie par SIX, qui conserve les gages.

– *Let. f* : les immeubles étaient jusqu'à présent mentionnés à la let. f. Cette catégorie de placements est reprise à la let. g. Concrètement, cela signifie que des immeubles sûrs et rentables pourront désormais être conservés ou nouvellement acquis comme un élément de fortune au sens de l'art. 7 en vue de diversifier les avoirs. Pour l'acquisition et l'aliénation d'immeubles, le consentement de l'APEA au sens de l'art. 416, al. 1, ch. 4, CC est nécessaire.

– *Let. g* : cette disposition vise à clarifier que les participations à des sociétés qui ne revêtent pas la forme juridique de société anonyme sont également admises. Les personnes concernées peuvent conserver leurs participations à une société à responsabilité limitée ou à une coopérative. Les prescriptions de l'art. 416 CC doivent ici aussi être respectées.

– *Let. h* : cette nouvelle catégorie est une variante par rapport aux dépôts à terme. Les placements fiduciaires (à terme ou au jour le jour) sont investis au nom de la banque, mais pour le compte et au risque du client, dans des banques étrangères. Le risque émetteur est supporté par la banque étrangère.

– *Let. i* : ce type de fonds négocié en bourse investit exclusivement dans l'or ou l'argent, avec conservation intégrale des métaux précieux.

Le nouvel *al. 2* règle la question de la part de la fortune totale que certains des placements visés dans cet article peuvent représenter. C'est une manière de concrétiser davantage le principe général de la diversification inscrit à l'art. 2, al. 2. La « fortune totale » est déterminée dans le cadre de l'inventaire et représente une valeur de référence claire pour les décisions de placement. Les valeurs patrimoniales non liquides telles que les immeubles figurent également à l'inventaire à leur valeur vénale. Conformément à la pratique actuelle, les pourcentages mentionnés à l'al. 2 constituent des *valeurs indicatives*, vu que la fortune représentée elle aussi

une valeur qui fluctue (baisse due à la dépréciation, accroissement grâce à des gains sur la fortune). Il est possible dans des cas motivés de s'écarter de ces valeurs indicatives, notamment lorsqu'une catégorie de placements a dépassé la limite fixée en raison d'une hausse de valeur et que la conservation des placements dans le portefeuille se justifie dans une perspective de diversification.

L'al. 3 est repris sans modification.

Art. 8 Conversion en placements conformes

La disposition est reprise avec quelques modifications d'ordre rédactionnel.

Art. 9 Décisions et autorisation de l'APEA

L'ancien art. 9 a été reformulé afin de faire ressortir clairement la distinction entre les opérations de gestion ordinaires couvertes par l'art. 6 et les opérations menées dans le cadre de l'art. 7. La réglementation tient compte du fait que les mandataires n'ont pas forcément de connaissances approfondies des placements. La participation de l'APEA est également utile aux personnes qui exercent leur mandat à titre professionnel, car elles doivent souvent gérer un grand nombre de dossiers et se voient ainsi déchargées de certaines tâches.

L'al. 1 énonce les cas dans lesquels une décision ou une autorisation de l'APEA est nécessaire en lien avec des placements.

– *Let. a* : il sera désormais nécessaire que l'APEA procède de façon explicite à une analyse de la fortune en lien avec les art. 6 et 7. Le mandataire en fera généralement la demande comme c'est lui qui est responsable d'établir un budget et un plan des liquidités, mais l'APEA pourra également agir d'office. L'analyse de la fortune pourra être réalisée dans le cadre d'une proposition de placement ; l'autorisation de l'APEA portera alors à la fois sur les placements visés à l'art. 7, al. 1, et ceux visés à l'art. 7, al. 3. Si l'APEA n'en dispose pas autrement, toute la fortune pourra être gérée conformément à l'art. 6.

– *Let. b* : l'APEA doit aussi déterminer quels sont les biens dont le mandataire peut disposer (notamment par l'intermédiaire des tiers, voir l'al. 2) au nom de la personne sans autoriser l'APEA et ceux qui nécessitent une autorisation. L'APEA a la possibilité de décider dans quelle mesure elle veut exercer une influence sur les placements visés à l'art. 7, al. 1 (principe du contrôle). L'expérience montre que certains mandataires n'ont que des connaissances limitées en matière de finances alors que d'autres sont beaucoup plus versés dans ces questions. La nouvelle disposition tient compte de ces différences. Contrairement à la let. a, qui implique une analyse de la fortune, il s'agit ici de décider si une stratégie de placement donnée doit être avalisée ou non. L'APEA ne peut pas renoncer à faire une analyse de la fortune et ainsi accepter tacitement des stratégies de placement relevant de l'art. 7, al. 1, let. b.

L'ancien art. 9, al. 2, let. b, (qui correspondait à l'art. 11, al. 2, let. c, AP-OGPCT) est biffé étant donné que la règle n'a pas sa place à cet endroit pour des raisons de systématique et suscitait de ce fait des questions dans la pratique.

– La *let. c* règle la signature en relation avec les comptes et les dépôts. Dans la pratique, il arrive souvent – en fonction de la fortune totale – que plusieurs comptes soient ouverts dans le cadre de la gestion du mandat. Un compte peut être laissé à la libre disposition de la personne concernée. Les dépenses mensuelles récurrentes sont en règle générale payées par le biais d'un compte séparé (compte pour le trafic des paiements) géré par le mandataire, qui est seul habilité à utiliser ce compte. Les avoirs qui ne sont pas utilisés pour les besoins courants sont placés sur des comptes capitaux ou convertis en titres (dépôts). La pratique veut que les transactions financières soient contresignées (en règle

générale par l'APEA), en d'autres termes qu'elles soient autorisées. Selon l'usage qui prévaut dans l'économie privée, le droit de disposer est limité à un certain montant. Il s'agit en effet d'éviter que les comptes ne soient vidés et que l'APEA ne le constate que lors du contrôle périodique des décomptes, d'autant plus que la personne concernée, qui doit par définition être protégée, n'est souvent plus en mesure de surveiller les transactions.

- La *let. d* précise que l'APEA peut décider au cas par cas du droit d'accéder aux coffres-forts, par analogie à la décision qu'elle prend concernant le droit d'accéder au logement de la personne concernée.

Le nouvel *al. 2* précise qu'en matière de contrats de gestion de fortune conclus avec des tiers conformément à la LSRFin et à la LEFin, le principe du contrôle est la règle. Une autorisation de l'APEA est nécessaire, sauf dans les cas prévus à l'art. 416, al. 2, CC (consentement de la personne concernée capable de discernement dont l'exercice des droits civils n'est pas restreint par une curatelle) ; étant donné que le consentement de l'APEA n'est pas nécessaire dans ces cas, il ne faut pas non plus solliciter son autorisation.

L'*al. 3* explicite que l'*autorisation* au sens de l'ordonnance, exigée dans différentes dispositions, ne remplace pas le *consentement* que doit donner l'APEA conformément aux art. 416 et 417 CC. Les termes « autorisation » et « autoriser » sont utilisés de manière uniforme dans toute l'ordonnance, pour mettre en évidence que les actes juridiques à autoriser ne doivent pas être assimilés aux actes qui exigent le consentement de l'APEA. Cette distinction devrait mettre un terme à la confusion qui a parfois régné dans la pratique.

- Si le **consentement** de l'APEA au sens des art. 416 ou 417 CC fait défaut, l'acte juridique n'a, à l'égard de la personne concernée, que les effets prévus par le droit des personnes en cas de défaut du consentement du représentant légal (art. 418 CC). Concrètement, l'acte juridique, qui déploie des effets contraignants pour le partenaire contractuel, reste en suspens jusqu'à ce que celui-ci soit libéré par l'absence de ratification (art. 19a, al. 2, CC). L'absence de ratification par le représentant légal produit les effets liés à l'annulation et à la responsabilité conformément à l'art. 19b, al. 1 et 2, CC.

- Si l'**autorisation** au sens de l'OGPCT fait défaut, l'acte juridique est réputé conclu, mais des questions de responsabilité en lien avec le devoir de diligence du mandataire se posent. L'autorisation se rapporte uniquement à la relation entre le mandataire et l'APEA et non aux relations avec des tiers. Elle relève du droit de la surveillance. Ce qui est essentiel, c'est que le mandataire puisse prouver que l'APEA a donné son autorisation. Il est pertinent que cette preuve soit donnée par écrit. Le mandataire devrait veiller à solliciter l'autorisation si possible avant de procéder à l'acte juridique. Il doit informer la personne concernée de l'octroi ou du refus de l'autorisation pour qu'elle puisse demander le cas échéant qu'une décision formelle assortie de voies de droit lui soit notifiée.

Si le mandataire doit solliciter à la fois le consentement de l'APEA visé aux art. 416 s. CC et une autorisation au sens de l'OGPCT, il suffit que l'autorité consente à l'acte juridique conformément aux art. 416 s. CC. Il n'est pas nécessaire de demander en sus une autorisation relevant du droit de la surveillance.

L'*al. 4* prévoit une communication directe entre l'APEA et la banque ou l'assurance. La dérogation à l'art. 451 CC, qui dispose que l'APEA est tenue au secret, se justifie en raison des intérêts prépondérants de la personne concernée à ce que les transactions en question soient effectuées.

Art. 10 Contrats sur le placement, la préservation et la gestion de biens : relevés, information et consultation

La disposition regroupe les règles qui figureraient aux anciens art. 9 et 10, en les modifiant en partie.

L'*al. 1* reprend l'ancien art. 9, al. 1. L'obligation de soumettre les contrats au préalable à l'APEA est biffée. Il ressort de la pratique que des contrats-types sont souvent utilisés et qu'il n'est guère possible de les modifier. Les cas régis par l'art. 416 CC sont réservés. Le fait que les contrats soient conclus au nom de la personne concernée est mentionné expressément. Dans la pratique, des contrats ont parfois été conclus au nom de l'APEA, ce qui ne sera plus possible à l'avenir.

Il faut préciser que la disposition n'interdit pas que la personne concernée continue de conclure elle-même des contrats dans la mesure où elle a l'exercice des droits civils.

Les *al. 2 et 3* (ancien art. 10, al. 1 et 2) font l'objet d'adaptations purement rédactionnelles.

L'adaptation de l'*al. 4* (ancien al. 3) tient compte des critiques formulées au sujet du manque de clarté de l'ancienne disposition. L'APEA doit s'adresser au mandataire pour obtenir des informations sur les comptes et les dépôts ou d'autres renseignements. Il est aussi possible que le mandataire déclare qu'il renonce au secret bancaire ou au secret professionnel et autorise ainsi la banque ou le gestionnaire de fortune à fournir des renseignements à l'APEA sur demande. L'APEA peut alors demander à la banque ou au gestionnaire de fortune de lui fournir les informations nécessaires sans avoir à rendre une décision.

Vu les critiques formulées, l'*al. 5* (ancien al. 4) a été reformulé pour supprimer l'obligation qui incombait aux banques, aux assurances et aux gestionnaires de fortune de fournir automatiquement des informations à l'APEA. L'APEA peut et doit demander au mandataire de lui fournir ces informations. Une prise de contact directe avec les banques, les gestionnaires de fortune et les assurances n'est admissible qu'exceptionnellement : dans les cas où le mandataire ne lui fournit pas ces informations, l'APEA doit pouvoir les obtenir au cas par cas, par voie de décision, auprès de la banque ou de l'assurance, afin de pouvoir exercer sa surveillance sur le mandataire. Elle doit vérifier si les intérêts financiers de la personne concernée sont sauvegardés. Elle doit notamment intervenir d'office lorsqu'elle apprend que ces intérêts sont compromis par l'activité du mandataire (art. 419 CC), les règles de procédure des art. 443 ss CC étant applicables dans ce cas. Vu l'art. 445 en relation avec l'art. 448 CC, elle peut prendre des mesures provisionnelles et exiger de la banque, du gestionnaire de fortune ou de l'assurance qu'ils lui communiquent les renseignements correspondants, à la condition qu'il y ait urgence et que les intérêts de la personne concernée ne puissent pas être défendus autrement.

L'ancienne version de l'art. 10, al. 4, reste applicable à titre transitoire, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau droit, le 1^{er} janvier 2024 (même si l'ordonnance ne le mentionne pas expressément). Les banques, les gestionnaires de fortune et les assurances devront donc remettre les extraits de compte, de dépôt et d'assurance pour 2023 comme d'habitude.

Art. 11 Obligation de consigner et droit d'édicter des directives

L'*al. 1* est adapté du point de vue rédactionnel.

Le nouvel *al. 2* précise que les modèles de formulaire et les contrats-types pourront encore être utilisés une fois la révision de l'ordonnance entrée en vigueur, ce qui contribue à la continuité et à la sécurité du droit.

Art. 12 Abrogation d'un autre acte

Vu qu'il s'agit d'une révision totale, l'ancienne ordonnance est abrogée. Les dispositions transitoires figurent désormais à l'art. 13.

Art. 13 Dispositions transitoires

Les règles transitoires prévues dans l'ancienne ordonnance sont reprises à l'*al. 1* : les nouveaux articles sont applicables dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance révisée. Les placements non conformes en vertu du nouveau droit devront être transformés en placements conformes le plus vite possible, au plus tard dans les deux ans à compter de l'entrée en vigueur. Des exceptions sont prévues à l'art. 8, al. 2 et 3.

L'*al. 2* prévoit que l'APEA peut exceptionnellement prolonger de deux ans supplémentaires le délai prévu.

Art. 14 Entrée en vigueur

L'entrée en vigueur de l'ordonnance est fixée au 1^{er} janvier 2024.

4 Conséquences

L'ordonne entièrement révisée n'a pas de conséquences en termes de finances et de personnel pour la Confédération. Elle ne devrait pas non plus entraîner des dépenses supplémentaires pour les cantons. Elle devrait en revanche apporter des améliorations et des simplifications en matière de surveillance et de mise en œuvre du droit de la protection de l'adulte.

5 Aspects juridiques

La compétence d'édicter l'ordonnance découle de l'art. 122, al. 1, de la Constitution fédérale et plus spécifiquement de l'art. 408, al. 3, CC, base légale sur laquelle se fonde l'ordonnance.