



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/kesr/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 dès lors plus 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 oeuvre par les APEA et plus spécifiquement par les mandataires compétents. D'autres travaux de mise en oeuvre 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'incapacité 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 biffée, 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. 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 titrisés) 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 indiciels ne figuraient 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 indiciels** 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

- 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 surobligatoire (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.
 - Les **fonds obligataires** investissent dans un portefeuille diversifié d'obligations à taux fixe ou variable.

- 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.
- 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 correspondante. 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 représente 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 autorisation de 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 LSFIn 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 figuraient 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.