

CZG_2014_SZW_185-196

Publikation Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht

ISSN 1018-7987

Verlag Schulthess Juristische Medien AG

L'impact sur les banques du nouveau droit de la protection de l'adulte

Par Prof. Dr. Corinne Zellweger-Gutknecht

Law on the Protection of Adults took effect on January 1, 2013. The present article focuses on three related aspects: first, on the interplay between the articles 397a CO, 443 and 389 CC regarding the duty of agents to notify the protection authority; second, on the highly disputed obligation to provide information deriving from article 10 of the Federal Ordinance on Asset Management in the Framework of a Custodianship or a Guardianship and third, on a number of questions that have arisen on the subject of such asset management, in particular concerning investment principles and the division of competences between the custodian, the supervising authorities and the so-called «person concerned».

Table des matières

I. Introduction et vue d'ensemble	3.2 Principes d'investissement
1. Mesures personnelles	3.2.1 En général
2. Pouvoir légal de représentation	3.2.2 Biens pour les besoins courants
3. Mesures prises par l'autorité	3.2.3 Biens pour les besoins supplémentaires
II. Quelques aspects problématiques	3.2.4 Fortunes particulièrement favorables
1. Droit et obligation d'aviser les autorités	3.3 Compétences
2. Devoir de renseigner	3.3.1 En général
3. Administration et exploitation du patrimoine	3.3.2 Exemple n° 1 : participations
3.1 Patrimoine concerné	3.3.3 Exemple n° 2 : hypothèques
	III. Conclusion

I. Introduction et vue d'ensemble¹

Un an après l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection de l'adulte, il semble approprié d'examiner les conséquences de la révision pour les banques. Le format de la présente contribution nous oblige cependant à nous limiter à faire la lumière sur quelques aspects seulement de la matière. Rappelons-nous brièvement la situation juridique dans le domaine de la protection de l'adulte telle qu'elle se présente depuis le 1er janvier 2013: en premier lieu, nous avons – encore et toujours – le client. Il faut qu'il s'agisse d'une personne ayant "besoin d'assistance et de protection" respectivement ayant "besoin d'aide";² à défaut d'un tel besoin, le droit de la protection de l'adulte ne s'applique pas. La "personne concernée" est donc partiellement ou totalement empêchée de veiller à ses propres intérêts.³

Conformément aux principes de la proportionnalité et de la subsidiarité qui régissent le droit de la protection de l'adulte,⁴ la loi prévoit une cascade de mesures de soutien.

Lorsque l'on a le choix entre plusieurs mesures de même efficacité, celle qui respecte au mieux le droit de la personne à disposer d'elle-même prime toujours.⁵

1. Mesures personnelles

En premier lieu figurent les mesures personnelles volontaires et anticipées – qui ne s'appliquent qu'au cas où la personne concernée deviendrait incapable de discernement: à savoir le mandat pour cause [S. 186] d'inaptitude (art. 360–369 CC)⁶ et les directives anticipées du patient (art. 370–373 CC). Ce sont ces deux mesures qui restreignent le moins la liberté personnelle de la personne concernée puisqu'elle peut ainsi au moins déterminer la personne mandatée, les tâches qui lui incomberont en général et les instructions anticipées à suivre en détail (art. 360 al. 2, art. 370 al. 2 et art. 378 al. 3 CC).

2. Pouvoir légal de représentation

C'est seulement lorsque les mesures privées sont inexistantes, invalides ou inefficaces, que le pouvoir légal de représentation s'applique (art. 374–387 CC),⁷ étant précisé qu'il aussi s'appliquera seulement

¹ Je remercie vivement Daniel Käslin et Rita Trigo Trindade, professeure à l'Université de Genève, pour nos entretiens fructueux ainsi que pour leur relecture d'une valeur inestimable pour moi en tant que Suisse alémanique.

² Cf. art. 389 al. 1 ch. 2 et 388 al. 1 CC.

³ La cause de l'incapacité à veiller à ses propres intérêts peut être une cause de facto ou de jure; il y a incapacité juridique notamment en cas d'incapacité de discernement (selon les art. 389 al. 1 ch. 2 en connexion avec l'art. 18 CC): Meier in Leuba Audrey et al. (ed.), *Protection de l'adulte, Commentaire du droit de la famille*, Berne 2013, CC 390 N 18.

⁴ Cf. art. 389 CC, art. 5 et 36 al. 3 Cst: Message concernant la révision du code civil suisse (*Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation*) du 28 juin 2006 (MCF), FF 6635–6766, 6650 et 6676; Meier Philippe/Lukic Suzana, *Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte*, Zurich 2011, N 377; Fountoulakis Christiana in Breitschmid Peter et al. (ed.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, 2e ed. 2012 Zurich/Bâle/Genève, CC 389 N 2.

⁵ Cf. MCF (2006) 6659. La subsidiarité se traduit aussi par la répartition des coûts: les frais de curatelle sont prioritairement à la charge de la personne sous curatelle et seulement subsidiairement à celle de la collectivité publique: MCF (2006) 6645.

⁶ Cf. notamment Rumo-Jungo Alexandra, *Private Schutzmassnahme – Der Vorsorgeauftrag*, in Emmenegger Susan (ed.), 2013, Bâle 2013, 217–245; Hrubesch-Millauer Stephanie/Jakob David, *Erwachsenenschutzrecht*, Zurich/ St-Gall 2013, 11 ss.; Breitschmid Peter/Matt Isabel, *Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags, Pflegerecht 2012*, 223–234; Leuba Audrey/Giudice Rosanna, *Le mandat pour cause d'inaptitude*, in Guillod Olivier et al. (ed.), Bâle 2012, 211–247; Fountoulakis Christiana/Gaist Cristina, *Les mesures personnelles anticipées*, FamPra 2012, 867–888; Aebi-Müller Regina Elisabeth/Bienz Sabrina, *Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz*, Länderbericht Schweiz, in Löhnig Martin et al. (ed.), Bielefeld 2011, 57–86; Hotz Sandra, *Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda*, RMA 2011, 102–115; Balestrieri Myriam, *Die Vermögensverwaltung im neuen Erwachsenenschutzrecht*, RMA 2011, 203–233; Widmer Blum Carmen Ladina, *Urteils unfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung*, 2010 Zurich, 271 ss.; Leuba Audrey, *Le mandat pour cause d'inaptitude dans le projet de révision du code civil*, in Baddeley Margareta (ed.), 2007 Zurich, 27–46.

⁷ Cf. notamment Schwander Ivo, *Die Stellung der Ehegatten im revidierten Erwachsenenschutzrecht*, PJA 2012, 1701–1717; Balestrieri (2011) op. cit. nbp. 6, 205 ss.; Fankhauser Roland, *Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteils unfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts*, BJM 2010, 240–266.

dans le cas où la personne concernée serait incapable de discernement.⁸ Dans les domaines des mesures médicales (art. 374–376 CC) et du séjour dans un établissement médico-social (art. 377–387 CC), la loi prévoit comme représentants des personnes présumées très proches de la personne concernée.⁹ Elles sont responsables dans l'ordre de leur proximité de la personne concernée, tel que présumé par la loi (art. 378 al. 2 ch. 3–7 CC).

Dans tous les autres domaines – et surtout en matière de finances qui nous intéresse ici – seul le conjoint ou le partenaire enregistré est habilité par la loi à représenter la personne concernée, à la condition qu'il cohabite avec elle ou qu'il lui fournisse une assistance personnelle régulière (art. 374 ss. CC).¹⁰ Le cercle de représentants possibles est ainsi nettement plus restreint, car les risques d'abus sont beaucoup plus importants qu'en matière médicale respectivement médico-sociale (où les tiers sont tenus par un devoir de bienfaisance envers le patient).¹¹

3. Mesures prises par l'autorité

Restent comme dernier groupe les mesures de la protection de l'adulte prises par l'autorité qui ne s'appliquent qu'en dernier ressort (art. 389 al. 1 CC).¹² Comme moyen le moins contraignant, l'autorité de protection peut – dans des affaires urgentes ou ponctuelles et claires – agir directement elle-même ou à travers des mandataires (art. 392 CC).¹³ Mais d'ordinaire, une curatelle sera instaurée formellement et pour une durée plus ou moins longue (art. 390 s. et 393–425 CC).¹⁴ Finalement, l'autorité de protection¹⁵ peut ordonner le placement d'une personne (sous curatelle ou non)¹⁶ à des fins d'assistance (art. 426–439 CC).¹⁷ [S. 187]

II. Quelques aspects problématiques

Toutes ces constellations peuvent soulever bon nombre de questions de la part des banques. C'est le cas en particulier pour les mesures qui peuvent notamment concerner la gestion du patrimoine (art. 360 ss., art. 374 ss., art. 392 ss. CC). Nous traiterons en particulier le droit et l'obligation d'aviser les autorités (II.1), le devoir de renseigner les autorités (II.2) et l'administration et exploitation du patrimoine incluant quelques principes d'investissement et compétences (II.3).

1. Droit et obligation d'aviser les autorités

Le nouvel art. 397a CO a introduit un devoir d'information supplémentaire et impératif¹⁸ pour tout mandataire.¹⁹ Ce devoir concerne quasiment chaque relation bancaire, puisque dès qu'un client ouvre

⁸ Cf. le titre du chapitre des art. 374 ss. CC. Schwander (2012) op. cit. nbp. 7, 1705 s.

⁹ Entre autres: personne faisant ménage commun avec la personne concernée et membres de la famille. MCF (2006) 6668.

¹⁰ MCF (2006) 6668; Imbach Sandra, Die vermögensrechtliche Vertretung der Ehegatten und eingetragenen Partner im Erwachsenenschutzrecht, Zurich 2013, passim; Haus heer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina Elisabeth, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Berne 2010, N 2.59.

¹¹ Leuba in Leuba et al. (2013) op. cit. nbp. 3, CC 374 N 2.

¹² MCF (2006) 6676.

¹³ MCF (2006) 6677; Hausheer et al. (2010) op. cit. nbp. 10, N 2.147 ss.

¹⁴ Cf. notamment Meier Philippe, Nouveau droit de la protection de l'adulte: Introduction générale et système des curatelles, RNRF 2013, 73–131; Meier Philippe, Les nouvelles curatelles, in Guillod et al. (2012) op. cit. nbp. 6, 95–165; Balestrieri (2011) op. cit. nbp. 6, 206 s.; Biderbost Yvo, Beistandschaft nach Mass, PJA 2010, 3–13; Rosch Daniel, Die Bestimmung der Aufgabenbereiche des Beistandes nach Art. 391 nZGB, RMA 2010, 184–197.

¹⁵ Ainsi que la personne concernée elle-même et des médecins qualifiés: art. 427, 429 CC.

¹⁶ Guillod in Leuba et al. (2013) op. cit. nbp. 3, CC 426 N 21 m. Nw.

¹⁷ Le placement déroge ici ou là aux directives anticipées du patient (art. 433 al. 3 CC) et aux règles concernant la représentation médicale (art. 380 CC).

¹⁸ Emmenegger Susan, Erwachsenenschutzrecht und Mel depflicht der Bank (Art. 397a OR), in Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 111–165, 134 ss.

un compte, il conclut entre autres un contrat de giro bancaire ou de dépôt qui sont régis par les règles du mandat.²⁰

Outre l'existence d'un mandat, la nouvelle règle exige que le client soit – déjà²¹ – frappé d'une "incapacité de discernement probablement durable".²² A mon avis, cependant, le texte de la norme est incomplet: la probabilité doit en effet viser aussi bien l'incapacité de discernement que la durée.²³ Le terme "probablement", qui a pour but un affaiblissement de l'obligation d'informer, a été introduit eu égard au fait que, d'un côté la banque et son personnel n'ont pas de connaissances spéciales en matière médicale²⁴ et, de l'autre, qu'il existe des relations contractuelles qui rendent très difficile d'identifier une incapacité de discernement (notamment pour les banques en ligne et pour les clients de type "execution only").²⁵ L'expression "probablement" porte alors sur l'état réel du client dont la banque, agissant avec prudence, aurait dû s'apercevoir dans les circonstances concrètes.²⁶ Il aurait donc été préférable de stipuler que le mandataire doit informer "lorsque le mandant semble être [...] frappé d'une incapacité de discernement durable", puisque c'est précisément ce qu'on a voulu dire par cet article.

Comme dernière condition, l'art. 397a CO prévoit que le mandataire doit seulement informer l'autorité de protection lorsque cette démarche paraît appropriée au regard de la sauvegarde des intérêts de la personne concernée.²⁷ Or, cette condition est systématiquement réalisée dès lors qu'un client qui perd sa capacité de discernement par rapport au mandat perd simultanément sa capacité d'instruire, de contrôler et de remplacer le mandataire.²⁸ Ce fait met déjà en péril les intérêts du client – et il faut souligner qu'une mise en danger abstraite suffit;²⁹ partant, on peine à concevoir des cas dans lesquels on pourrait se passer de l'intervention des autorités.³⁰ **[S. 188]**

À ce propos, il est controversé en doctrine de savoir si le secret professionnel dispense – notamment les avocats, mais même les banquiers – de l'obligation d'aviser l'autorité. Pour répondre, il faut lire les art. 397a CO et 443 CC conjointement avec l'art. 389 CC. Cette dernière disposition comporte une "hiérarchie" entre les mesures et stipule quand l'autorité doit ordonner une mesure officielle et quand

¹⁹ Cf. notamment Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 111 ss.; Breitschmid Peter, Meldepflicht des Beauftragten gemäss Art. 397a OR, RSJ 2013, 251–253; Fellmann Walter, Meldepflicht des Beauftragten nach Art. 397a OR, Revue de l'avocat 2013, 354–357.

²⁰ Cf. p.ex. TF 4C.383/2006 (27 février 2007) cons. 3.2; ATF 126 III 20, 22 cons. 3.a.aa. Concernant des exceptions (p.ex. la location d'un coffre-fort) cf. Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 131 ss.

²¹ Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 140 ss.

²² Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 143 s., 147: Il faut cependant tenir compte des opérations juridiques et situations concrètes afin de respecter la relativité de la notion de capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. Cf. à propos de cette relativité p.ex. ATF 134 II 235, 239 cons. 4.3.2; 124 III 5, 8 cons. 1a; 117 II 231, 232 s. cons. 2a; Geiser in Leuba et al. (2013) op. cit. nbp. 3, CC 363 N 10; Rumo-Jungo (2013) op. cit. nbp. 6, 235; MCF (2006) 6650, 6652.

²³ Par rapport à la durée, Fellmann (2013) op. cit. nbp. 19, 355.

²⁴ Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 146 s. A première vue, Fellmann (2013) op. cit. nbp. 19, 355 peut sembler d'un avis différent lorsqu'il affirme que « [soweit] der Beauftragte nicht selbst in der Lage ist, sich über den Gesundheitszustand seines Auftraggebers ein zuverlässiges Bild zu verschaffen, hat er die erforderlichen Abklärungen zu treffen, die ihm eine einigermaßen zuverlässige Einschätzung der Situation erlauben. » Mais le secret professionnel d'un grand nombre de mandataires (avocats, médecins, banquiers etc.) s'oppose précisément à la consultation d'un tiers, de telle sorte qu'en fin de compte, seule la possibilité du mandataire, agissant avec prudence, d'identifier une incapacité de discernement reste déterminante.

²⁵ En fin de compte idem Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 130.

²⁶ Cf. aussi Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 130, 146 s., 150.

²⁷ Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 152 ss.

²⁸ Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 153.

²⁹ Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 155.

³⁰ Cf. Meier Philippe, Perte de discernement et planification du patrimoine, in Margareta Baddeley et al. (ed.), Genève 2009, 39–74, 51: « la marge de manœuvre du mandataire est réduite à néant, malgré la teneur de la nouvelle disposition. » Dans le même sens Langenegger in Rosch Daniel et al. (ed.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Bâle 2011, CC 360 N 9.

elle peut tolérer une assistance alternative. L'article distingue deux cas: le chiffre 1 parle de la "personne ayant besoin d'aide", tandis que le chiffre 2 vise uniquement un cas grave de besoin d'aide: l'incapacité de discernement. Dans ce dernier cas, les intérêts de la personne concernée peuvent seulement être suffisamment garantis (i) par des mesures personnelles anticipées, (ii) par des mesures appliquées de plein droit ou (iii) par des mesures prises par l'autorité – mais non simplement par un appui fourni par qui que ce soit comme cela pourrait suffire selon le chiffre 1.³¹

Au premier cas (art. 389 al. 1 ch. 1 CC) correspond l'art. 443 CC établissant un droit d'aviser l'autorité si une personne semble avoir besoin d'aide – sous réserve du secret professionnel (Art. 443 al. 1 phrase 2 CC). A juste titre, la majorité des auteurs qui se sont prononcés sur la question est d'avis que la réserve implique également le secret bancaire.³² Certes, le message du Conseil fédéral ne mentionne que l'art. 321 CP,³³ mais le texte de la disposition parle généralement du "secret professionnel" sans faire aucune distinction entre les obligations de confidentialité renforcées par des sanctions prévues par le code pénal ou par le droit pénal administratif. Si le législateur avait voulu limiter les exceptions, il aurait dû le mentionner – comme il l'a fait p.ex. à l'art. 448 CC, dans lequel il énumère précisément les personnes tenues au secret.³⁴ En conclusion, la banque n'a pas de droit d'aviser l'autorité dans les cas de peu de gravité au sens de l'art. 389 al. 1 ch. 1 CC.³⁵

En revanche, on ne trouve pas de réserve relative au secret professionnel à l'art. 397a CO. Ce silence n'est pas dû au hasard, mais tient compte du fait que cet article ne règle que le cas le plus grave de besoin d'aide (sauf le cas de décès) – l'incapacité de discernement durable. Or, comme indiqué précédemment, cette situation met en tel péril les intérêts du client qu'un secret professionnel ne doit jamais s'opposer à la prise de contact avec l'autorité.³⁶ En d'autres termes, dans les cas graves, la banque doit aviser l'autorité malgré le secret bancaire³⁷ – en tout cas lorsqu'il n'existe pas encore de mesure suffisante au sens du ch. 2 (à l'art. 389 al. 1 CC).

Survient alors le prochain problème. L'arrêt du Tribunal fédéral 134 III 385 a retenu que si une personne perdait entièrement sa capacité de veiller à ses propres intérêts et de contrôler ses représentants privés, il s'avérerait nécessaire d'ordonner des mesures tutélaires car seule une mesure permanente garantit que les représentants agissent dans le seul intérêt du mandant.³⁸ Depuis

³¹ Meier/Lukic (2011) op. cit. nbp. 4, 383–386; Haas-Leimacher Christelle/Breitschmid Peter, Conflits d'intérêts en matière de protection de l'adulte, FamPra 2012, 889–926, 890.

³² Pour une application analogique de la norme au secret professionnel de l'art. 47 LB: Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 163 et 137 note 75. Plus extensifs encore Auer/Marti in Geiser Thomas et al. (ed.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz, 2012 Bâle, CC 443 N 10, qui veulent appliquer l'exception à tout mandataire soumis à un secret professionnel – même si ledit secret professionnel n'est pas renforcé par des sanctions pénales.

³³ MCF (2006) 6708; idem (sans se prononcer sur l'art. 47 LB) Meier/Lukic (2011) op. cit. nbp. 4, N 101 et Steck in Breitschmid/Rumojungo (2012) op. cit. nbp. 4, CC 443 N 12. Ceci amène Rosch Daniel, Melderechte, Melde- und Mitwirkungspflichten, Amtshilfe, FamPra 2012, 1020–1050, 1026 à conclure que seules les personnes visées par l'art. 321 (et 321bis) CP sont exemptées. Dans le même sens déjà Rosch in Rosch et al. (2011) op. cit. nbp. 30, CC 443 N 3.

³⁴ Cf. la critique de cette énumération par Rosch (2012) op. cit. nbp. 33, 1046.

³⁵ A juste titre, Käslin indique dans sa contribution ci-dessus que la formulation du chiffre 36 des Recommandations (de l'ASB et de la COPMA relatives à la gestion du patrimoine conformément au droit de la protection des mineurs et des adultes du juillet 2013) est propre à induire en erreur, cf. Käslin Daniel, Mise en œuvre du nouveau droit de la protection de l'adulte dans les banques – Commentaire d'un praticien, dans ce volume RSDA 2/2014, 197–206, 205.

³⁶ Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 160 s.

³⁷ D'un autre avis Fellmann (2013) op. cit. nbp. 19, 357: il déduit de l'art. 443 CC (ne mentionnant que des personnes visées par l'art. 321 CP, mais non celles visées par l'art. 47 LB) que le législateur n'a pas voulu dispenser à la légère les personnes tenues au secret. Toutefois, une telle conclusion ignore la différence essentielle entre les cas d'incapacité de discernement et les cas de moindre gravité. Langenegger in Rosch et al. (2011) op. cit. nbp. 30, CC 360 N 10 laisse la question ouverte.

³⁸ ATF 134 III 385, 388 s. cons. 4.2 = JdT 2009 I 380. Cf. notamment Breitschmid/Matt (2012) op. cit. nbp. 6, 223 ss.; Hotz (2011) op. cit. nbp. 6, passim; Meier (2009) op. cit. nbp. 30, 52 s.

l'adoption de la révision du droit [S. 189] de la protection de l'adulte (mais avant son entrée en vigueur), le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence à deux reprises au moins.³⁹

Avant la révision, la loi ne prévoyait que les art. 35 et 405 CO stipulant entre autres que la procuration ou le mandat pouvait subsister en cas d'incapacité de discernement du représenté ou du mandant. Or, comme il a été rappelé ci-dessus, le droit révisé a introduit le mandat pour cause d'inaptitude.⁴⁰ Celui-ci représente une sorte de curatelle privée⁴¹ ayant une position intermédiaire entre la curatelle officielle et le mandat ordinaire. Pour ledit mandat d'inaptitude, la barre est placée haut: la loi exige le respect d'une des formes prescrites (Art. 361 CC), elle stipule un contrôle de l'autorité au moment de la confirmation du mandat (art. 363 CC) et prévoit encore la faculté d'intervention ponctuelle en cas de besoin pendant l'accomplissement (art. 368 CC).

La question importante est de savoir comment concilier la révision avec la jurisprudence évoquée plus haut. En d'autres termes: une procuration ou un mandat subsistant au-delà d'une incapacité de discernement constituent-ils une mesure de protection suffisante au sens de l'art. 389 al. 1 ch. 2 CC qui permettrait de renoncer à une mesure ordonnée par l'autorité et partant à informer celle-ci? A notre sens, la jurisprudence suscitée du Tribunal fédéral reste valable: si le client ne peut plus contrôler ses représentants – ce qui est manifestement le cas lorsque l'art. 397a CO s'applique – une mesure de protection de l'adulte est nécessaire.

Il résulte de ce qui précède que les pouvoirs ou mandats des art. 35 et 405 CO, déjà en effet au moment où le client perd sa capacité de discernement,⁴² atteignent une certaine limite dès que l'art. 397a CO s'applique: certes ils subsistent,⁴³ mais la bonne foi de la banque au sens de l'art. 34 al. 3 CO prend fin. Cela signifie que la banque ne peut plus invoquer dite bonne foi, dès lors qu'il y a un conflit d'intérêts et que celui-ci met fin à la procuration (art. 365 CC par analogie). On doit admettre, en effet, que, dans un tel cas, la banque devrait faire appel à l'autorité de protection afin que celle-ci désigne à tout le moins un tiers au sens de l'art. 392 ch. 3 CC auquel les représentants privés doivent rapporter leurs actes juridiques avant ou après leur conclusion. S'il s'avère qu'il y a une atteinte aux intérêts de la personne concernée et que le recours à l'autorité pouvait éviter dite atteinte, la banque se verra reprocher d'avoir violé l'art. 397a CO et devra en subir les conséquences.

Dernière conséquence du fait que la banque doit aviser l'autorité dans les cas graves: ce devoir dispense de tout secret professionnel dès lors que quiconque agit comme la loi l'ordonne, se comporte de manière licite, comme le stipulent la disposition générale de l'art. 14 ch. 3 du code pénal et la disposition spéciale de l'art. 47 al. 5 de la loi sur les banques.⁴⁴ Dans les cas moins graves, en revanche, la banque est tenue au secret professionnel car elle n'a pas de droit d'aviser l'autorité.⁴⁵

³⁹ TF 5A_157/2009 (10 juin 2009) cons. 4.2; TF 5A_588/2008 (17 novembre 2008) cons. 3.3.2.

⁴⁰ Cf. nbp. 6.

⁴¹ Geiser in Leuba et al. (2013) op. cit. nbp. 3, CC 360 N 1.

⁴² Concernant la question de savoir si les mandats ordinaires des art. 35 et 405 CO conclus avant l'entrée en vigueur du nouveau droit conservent leur validité après celle-ci, même s'ils n'ont pas encore déployé leurs effets: affirmatif Langenegger in Rosch et al. (2011) op. cit. nbp. 30, CC 360 N 7; Breitschmid/Matt (2012) op. cit. nbp. 6, 226 et les références citées; contra Favre Lise, Nouveau droit de la protection de l'adulte, RNRF 2013, 145–160, 159 s.; Meier/Lukic (2011) op. cit. nbp. 4, N 195.

⁴³ Comme l'a voulu expressément le Groupe d'experts: Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormund schaftsrechts, Arbeitsgruppe « mandat d'inaptitude », Vorschläge und Entwurf, 2. Mai 2000, 11; Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 124.

⁴⁴ Dans le même sens Frei David Walter/Holdererger Nicole, Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenschutzrecht, PJA 2013, 1224–1231, 1231; Zondler Georg/Näf Patrick, Die Banken und das Erwachsenenschutzrecht, PJA 2013, 1232–1239, 1232; Stratenwerth in Watter Rolf et al. (ed.), Basler Kommentar, Bankengesetz, Bâle 2005, LB 47 N 31; Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 160.

⁴⁵ Cf. aussi Käslin (2014) op. cit. nbp. 35, 205.

2. Devoir de renseigner

Que se passe-t-il lorsque l'autorité de protection s'adresse à la banque pour exiger des informations sur le client? Bien sûr, tout renseignement touche régulièrement au secret bancaire et implique un surcroît de travail et de coûts. La question est donc de savoir dans quels cas une banque doit renseigner l'autorité sur son client et ses relations commerciales.

La règle de l'art. 10 OGCPT, qui confère à l'autorité de protection un droit d'accès direct aux informations⁴⁶ et qui a été introduite suite à la demande de plusieurs participants dans le cadre de la procédure de consultation du projet d'ordonnance, a déjà fait couler beaucoup d'encre.⁴⁷ En principe, on peut distinguer deux situations dans lesquelles le droit d'information a vocation à s'appliquer. L'une concerne des affaires qui sont soit urgentes, soit ponctuelles et claires, dans lesquelles l'autorité pourra confier un mandat temporaire à un tiers ou agir directement. Le traitement de ces affaires ne justifiera pas nécessairement l'institution d'une curatelle. Ces cas sont réglés par deux dispositions: par l'art. 392 CC en tant que *lex generalis*⁴⁸ et par la *lex specialis* de l'art. 403 CC, qui concerne le curateur empêché d'agir (pour une raison non spécifiée à l'al. 1 ou à cause d'un conflit d'intérêts selon l'al. 1 en connexion avec l'al. 2). La seconde hypothèse met en jeu des situations dans lesquelles l'autorité de protection agit dans le cadre de la procédure en première instance – soit d'office, soit parce qu'elle a été saisie (art. 368, 373, 376, 381, 385 et 419 CC).⁴⁹

Dans cette seconde hypothèse, les dispositions sur la procédure de première instance sont donc applicables: les art. 443 ss CC statuent en particulier que l'autorité de protection établit les faits d'office (art. 446 al. 1 CC) et obligent à cet effet les "personnes parties à la procédure et les tiers" à y collaborer (art. 448 CC).⁵⁰ Ainsi, on ne peut se limiter à accorder à l'autorité un accès direct aux informations dans le cadre des seules mesures provisionnelles (art. 445 CC) – comme on peut le lire chez plusieurs auteurs;⁵¹ en agissant comme première instance, l'autorité jouit de ce droit sans exception.

Comme déjà mentionné, le secret bancaire ne figure pas parmi les exceptions de l'art. 448 al. 2 et 3 CC.⁵² En conséquence, si l'autorité de protection communique une demande à la banque en lui faisant parvenir une ordonnance de procédure exécutoire, les collaborateurs bancaires ne peuvent refuser leur coopération que dans des cas isolés, p.ex. s'il existe un droit de refus personnel selon les art. 450 ss CC en connexion avec l'art. 165 s. CPC⁵³ et notamment l'art. 166 al. 1 et 2 CPC.⁵⁴

En dehors de ces circonstances particulières, la séparation des fonctions (entre l'autorité de protection et les représentants de la personne concernée) est voulue: l'idée est que le représentant se procure les données en question et les transmet ensuite – seulement si besoin est – à l'autorité.

⁴⁶ Cf. aussi la critique d'un autre participant: Office fédéral de la justice, Rapport sur les résultats de l'audition, Mai 2012, 5 s.

⁴⁷ Zondler/Näf (2013) op. cit. nbp. 44, 1239; Kleiner/Winzeler/Schwob in Zobl Dieter et al. (ed.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 21e livraison 2013, LB 47 N 76; en connexion avec l'art. 448 CC, voir Steck in Leuba et al. (2013) op. cit. nbp. 3, CC 448 N 1 ss.

⁴⁸ Voir plus haut I.3.

⁴⁹ Steck in Leuba et al. (2013) op. cit. nbp. 3, prélim. CC 443 ss. N 13 ss.

⁵⁰ Mis en italique par nos soins. Cf. aussi ASB/COPMA, Recommandations de l'ASB et de la COPMA relatives à la gestion du patrimoine conformément au droit de la protection des mineurs et des adultes, juillet 2013, N 39 et 40 ff.; Rosch (2012) op. cit. nbp. 33, 1044.

⁵¹ P.ex. Zondler/Näf (2013) op. cit. nbp. 44, 1239; Kleiner/Winzeler/Schwob (2013) op. cit. nbp. 47, LB 47 N 76.

⁵² Affolter-Fringeli Kurt, Erwachsenenschutzrecht: Behördliche Schutzmassnahmen und der Verkehr mit den Banken, in Emmenegger (2013) op. cit. nbp. 6, 200 et les références citées. Voir supra nbp. 34.

⁵³ Auer/Marti in Geiser et al. (2012) op. cit. nbp. 32, CC 448 N 23 ss.

⁵⁴ Rosch (2012) op. cit. nbp. 33, 1047.

A noter que si l'autorité a requis en vain des informations ou si les données soumises sont susceptibles d'être incomplètes, cela peut indiquer un conflit d'intérêts (art. 403 al. 1 CC) ou un autre risque de porter atteinte aux intérêts de la personne concernée (art. 419, 376 et 368 CC). Dans ce cas, l'autorité est toutefois tenue d'agir comme première instance selon l'art. 419 CC – même d'office (et non seulement dans les cas où elle est saisie comme on pourrait le croire à la lecture de cette disposition qui ne mentionne pas, à tort, l'action d'office).⁵⁵ Cela étant, les banques peuvent toujours demander que l'autorité exerce son droit à l'information sous forme d'une décision au sens de l'art. 5 PA.⁵⁶

Au-delà de ces états de fait, l'autorité de protection ne peut en aucun cas demander "en tout temps" des informations comme le statue l'art. 10 al. 3 OGPCT. Par ailleurs, l'autorité de protection doit [S. 191] toujours prendre l'initiative pour obtenir des informations. Le code civil ne prévoit point de droit à un échange automatique d'informations au profit de l'autorité. Or, si on avait voulu instaurer un tel échange, on aurait dû le statuer dans le code. Il en résulte que l'art. 10 al. 4 OGPCT est dépourvu de base légale. De plus, cet alinéa heurte le principe de la proportionnalité (art. 389 CC): les documents et rapports annuels concernant les comptes bancaires (et les assurances) appartiennent aux archives du curateur. Il n'y a ni besoin ni base légale pour des archives parallèles de l'autorité de protection. De ce fait, l'art. 10 al. 3 et 4 OGPCT ne saurait en soi délier les personnes mentionnées par l'art. 47 al. 1 let. a LB du secret bancaire.⁵⁷

3. Administration et exploitation du patrimoine

Un troisième domaine qui touche particulièrement les banques est l'administration et l'exploitation du patrimoine des personnes concernées. Nous traiterons trois aspects: les biens concernés par des mesures (II.3.1), les principes d'investissement applicables (II.3.2) et la répartition des compétences en cette matière (II.3.3).

3.1 Patrimoine concerné

La définition du patrimoine concerné⁵⁸ par les mesures de protection de l'adulte dépend de la nature de la représentation (mandat pour cause d'incapacité, représentation légale, curatelle): en présence d'un mandat pour cause d'incapacité, l'étendue du patrimoine découle principalement du mandat (art. 365 al. 1 CC) que l'autorité de protection peut interpréter mais ne peut compléter que sur des points accessoires (art. 364 CC). Le patrimoine concerné varie donc selon les tâches confiées.

La représentation légale par le conjoint ou le partenaire enregistré s'applique en principe à l'ensemble des biens de la personne concernée.⁵⁹ Seules sont exclues les parties du patrimoine soumises à un mandat pour cause d'incapacité ou à une curatelle.⁶⁰

⁵⁵ Il est vrai que l'art. 419 CC ne prévoit pas de mesures appliquées d'office – contrairement aux art. 376 et 368 CC. Mais dès lors que la curatelle peut être instaurée et terminée d'office (art. 390 al. 3 et 399 al. 2 CC), selon le principe a maiore minus, le droit d'agir d'office doit également être reconnu dans le contexte de l'art. 419 CC. Cela est d'autant plus justifié que l'art. 415 al. 3 CC permet lui aussi une intervention d'office.

⁵⁶ Auer/Marti in Geiser et al. (2012) op. cit. nbp. 32, CC 448 N 11 et les références citées; Rosch (2012) op. cit. nbp. 33, 1045.

⁵⁷ Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8 ed., Zurich 2012; Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwalterrecht, 6. ed., Zurich/St-Gall 2010; cf. déjà Kleiner/Schwob/Winzler (2013) op. cit. nbp. 47, LB 47 N 14 et 76; Zondler/Näf (2013) op. cit. nbp. 44, 1238.

⁵⁸ Il comprend également la fortune négative, à savoir les dettes: Aguet Virginie, Mesures d'assistance et de protection en faveur de personnes éprouvant des difficultés de gestion, JdT 2013 II, 32–50, 40; Fassbind Patrick, ZGB Kommentar, inkl. Anhang zum neuen Erwachsenen schutz recht, Kren Kostkiewicz Jolanta et al. (ed.), 2e ed. 2011 Zurich, CC 395 N 1.

⁵⁹ A noter que la question de savoir – si les dispositions du représentant requièrent ou non le consentement de l'autorité de protection est une question de compétence – et non d'étendue du patrimoine; cf. à ce sujet II.3.3.

⁶⁰ Car la représentation légale est toujours de nature subsidiaire: Leuba in Leuba et al. (2013) op. cit. nbp. 3, CC 374 N 36 et les références citées.

Reste comme dernière possibilité la curatelle.⁶¹ Ici, selon l'art. 395 al. 1 CC, la partie affectée du patrimoine est définie par l'autorité de protection. Lorsque la personne concernée garde l'exercice de ses droits civils, l'autorité doit décider, au moment d'instituer la curatelle, si elle prive la personne concernée de la faculté d'accéder à certains éléments de son patrimoine selon l'art. 395 al. 3 CC. Tous les autres éléments du patrimoine restent donc toujours à la libre disposition de la personne concernée (art. 395 al. 3 CC a contrario);⁶² ces éléments du patrimoine font ainsi l'objet d'une compétence concurrente du curateur et de la personne concernée. C'est cette situation qui est décrite par l'art. 9 al. 2 let. b OGPCT selon lequel l'autorité "définit [...] les biens dont la personne concernée peut disposer elle-même". C'est le lieu de préciser que ces biens à libre disposition (qui font, pour ainsi dire, l'objet d'une "liberté originaire de disposer") ne doivent pas être confondus avec les biens mentionnés par l'art. 409 CC qui statue que le curateur met des montants appropriés à la libre disposition de la personne concernée.⁶³ Pour ces derniers biens, il n'y a qu'une "liberté dérivée de disposer": l'art. 409 CC ne s'applique donc qu'aux biens sur lesquels portent les pouvoirs du curateur (art. 395 al. 1 CC). [S. 192]

3.2 Principes d'investissement

3.2.1 En général

Sur la base de l'art. 408 al. 3 CC, le Conseil fédéral a édicté des dispositions relatives au placement et à la sauvegarde des biens en présence d'une curatelle. Les principes d'investissement prévalant déjà sous l'ancien droit⁶⁴ se retrouvent aux nouveaux art. 2 et 5 al. 3 OGPCT:⁶⁵ le principe de prudence prime sur les autres considérations, à savoir que la sécurité du placement l'emporte sur le rendement.⁶⁶ La notion de la sécurité doit tenir compte de la situation personnelle et des besoins individuels et concrets de la personne concernée.

De plus, il faut mentionner deux autres principes d'investissement. D'une part, la diversification adéquate offrant un rapport optimal⁶⁷ entre risque et rendement⁶⁸ étant précisé qu'il convient de garder à l'esprit que pour les fortunes de moindre ampleur il est presque impossible de diversifier le placement.⁶⁹

⁶¹ Cf. à ce sujet aussi Käslin (2014) op. cit. nbp. 35, 200 ss.

⁶² MCF (2006) 6680, 6686; Dörflinger Peter, Zusammenarbeit zwischen KESB und den Banken – Art. 9 der Verordnung über die Vermögensverwaltung (VBVV), RMA 2013, 353–378, 373; Aguet (2013) op. cit. nbp. 58, 43; Rosch in Rosch et al. (2011) op. cit. nbp. 30, CC 394/395 N 4; Balestrieri (2011) op. cit. nbp. 6, 220; Schmid Hermann, Erwachsenenschutz Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, 2010 Zurich, CC 395 N 7.

⁶³ MCF (2006) 6686; Balestrieri (2011) op. cit. nbp. 6, 220.

⁶⁴ COPMA, Recommendations, RDT 2009, 203–206; Office fédéral de la justice, Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV) – Begleitbericht, Mai 2012, 2, <www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft/erl-ber-d.pdf>. Begleitbericht (2012).

⁶⁵ Cf. notamment Geiser Thomas, Vermögenssorge im Erwachsenenschutzrecht, RMA 2013, 329–351, 329 ss et le résumé chez Balestrieri (2011) op. cit. nbp. 6, 217 s et les références citées.

⁶⁶ Basler Scherrer Marianne, Placement de fonds et droit de protection de l'adulte, RMA 2011, 189–200, 193. Ce principe était déjà ancré dans les anciennes recommandations de la COPMA de 2001 qui limitaient les placements de fortune à l'épargne, aux obligations de caisse des banques cantonales avec garantie de l'Etat, aux obligations de la Confédération et des cantons ainsi qu'aux lettres de gage, aux biens immobiliers ou aux prêts garantis par des gages immobiliers et enfin aux biens immobiliers à usage personnel: voir COPMA, Recommendations pour le placement de fortune dans le cadre de mandats tutélaires, RDT 2001, 336–339, 338. Voir par ailleurs déjà ATF 52 II 319, 321 cons. 2. Notamment en période d'inflation, les risques à prendre sont plus importants. Basler Scherrer (2011) op. cit. nbp. 66, 192 s.: « C'est pourquoi les immobilisations corporelles ne sont envisageables que sous réserve d'une capacité de risque suffisante pour « supporter » les fluctuations de cours. »

⁶⁷ Art. 2 al. 2 OGPCT. Cf. Begleitbericht (2012) op. cit. nbp. 64, 3.

⁶⁸ Basler Scherrer (2011) op. cit. nbp. 66, 193.

⁶⁹ Dans le même sens plusieurs participants à la procédure de consultation relative au projet d'ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (P-OGP) en lien avec l'art. 2 et 5 P-OGP: cf. Audition (2012) op. cit. nbp. 46, 2.

D'autre part, la planification de la liquidité (art. 5 al. 3 OGPCT): les besoins courants et les dépenses extraordinaires prévisibles doivent être couverts en tout temps sans qu'il faille liquider des biens à un moment où un placement déterminé ne peut être cédé qu'à perte.⁷⁰ Dans ce contexte, les nouvelles prescriptions visant les placements dans le domaine de la prévoyance professionnelle (OPP 2) peuvent servir de référence dans le cas individuel puisqu'ils intègrent les considérations les plus récentes en matière de placements de fortune adéquats compte tenu du risque.⁷¹

3.2.2 Biens pour les besoins courants

Le placement des biens destinés à couvrir les besoins courants est réglé dans le catalogue de l'art. 6 OGPCT. Cela étant, cette réglementation laisse nombre de questions irrésolues. Malheureusement, le rapport explicatif du Conseil fédéral⁷² – dont curieusement la version de mai 2012 n'existe qu'en allemand alors même qu'elle a subi bien des modifications par rapport à la version française de novembre 2011⁷³ qui n'est donc plus d'actualité – n'est pas d'un grand secours. Il est en effet quasiment muet sur tous les points dont la mise en œuvre suscite des interrogations dont certaines seront brièvement exposées ci-dessous.

Par exemple, il n'est pas convaincant, qu'à l'art. 6 al. 1 let. c OGPCT les obligations à intérêt fixe des cantons ne soient pas mentionnées,⁷⁴ alors que la let. a autorise des dépôts auprès d'une banque cantonale jouissant d'une garantie illimitée de l'Etat sans prévoir de montant maximal. Seule la let. c tient ainsi [S. 193] compte de la solvabilité des cantons (qui ne sont bien entendu pas tous cotées AAA), mais non la let. a. Dès lors que les obligations des cantons étaient encore mentionnées dans la première version OGPCT, mais ont disparu dans la version définitive, il est probable qu'elles sont tout simplement passées aux oubliettes. Cela étant, dans ce domaine, il serait bien plus cohérent d'autoriser les obligations à intérêt fixe de tous les créanciers suisses du secteur public cotées AAA ou comparable.⁷⁵

L'art. 6 al. 1 let. b OGPCT limite les dépôts auprès des banques ne jouissant pas d'une garantie illimitée de l'Etat à concurrence du montant maximum des dépôts privilégiés prévu par l'art. 37a LB, soit 100 000 francs par institut. Cette règle ignore qu'il existe une dizaine de banques dont les "dépôts privilégiés" au sens de l'art. 37a LB dépassent de loin la limite supérieure du système de protection des déposants de six milliards de francs (art. 37h al. 3 let. b LB). Peut-être qu'en établissant la règle de la let. b, le Conseil fédéral a pris en considération la garantie implicite de l'Etat dont profitaient jusqu'alors les "banques d'importance systémique" (cf. art. 7 ss. LB). En tout cas, une autre explication n'est pas évidente.

Selon l'art. 6 al. 1 let. e OGPCT, enfin, les créances peuvent être garanties par des gages de valeur stable. Cela étant, il semble étrange que l'investissement direct en biens de valeur stable ne soit pas admis autrement que sous la forme des immeubles mentionnés à la let. d. A moins qu'il faille déduire de la combinaison de ces deux règles que le gage de valeur stable correspond aux "gages immobiliers"

⁷⁰ COPMA (2001) op. cit. nbp. 66, 338 et les références citées; Basler Scherrer (2011) op. cit. nbp. 66, 193 s.

⁷¹ Basler Scherrer (2011) op. cit. nbp. 66, 191; Breitschmid Peter/Kamp Annasofia, Vermögensverwaltung im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes, in Wider Diana et al. (ed.), Berne 2013, 155–176, 167 et note 72; « Verwaltungskommission » de l'Obergericht zurichois, Anlage und Hinterlegung von Mündelvermögen, RMA 2000, 60–66, 65.

⁷² Begleitbericht (2012) op. cit. nbp. 64.

⁷³ Office fédéral de la justice, Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGP) – Rapport explicatif, Novembre 2011, <www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2165/Rapport_expl_OGP_fr.pdf>.

⁷⁴ Geiser (2013) op. cit. nbp. 65, N 3.7.

⁷⁵ Cf. aussi la proposition de Basler Scherrer (2011) op. cit. nbp. 66, 198.

qui étaient déjà prévus par les recommandations de la COPMA de 2001 et 2009 et aussi par l'ordonnance lucernoise⁷⁶ qui a servi de modèle.⁷⁷

3.2.3 Biens pour les besoins supplémentaires

Dans des cas plutôt rares, la personne concernée dispose de biens additionnels ne servant pas à assurer l'entretien courant, mais destinés à couvrir d'autres besoins (respectivement des dépenses supplémentaires). Ici, des placements présentant un peu moins de sécurité, mais offrant une meilleure rentabilité⁷⁸ – qui sont susceptibles de lutter contre le risque d'inflation plus élevé pour la partie des biens avec un horizon de placement à long terme – sont possibles. De plus, les conséquences d'une éventuelle matérialisation de ces risques ne compromettent pas immédiatement le maintien du niveau de vie antérieure et appropriée de la personne concernée.⁷⁹ L'art. 7 OGPCT qui est pertinent relativement à cette partie de la fortune suscite lui aussi quelques réflexions supplémentaires.

Premièrement, plusieurs lettres requièrent un placement auprès d'une contrepartie "très solvable" ou bien "von guter Bonität" selon la version allemande (art. 7 al. 1 let. a–c OGPCT). L'ordonnance utilise donc la même terminologie que l'art. 5 al. 3 OPP 3. Le Tribunal fédéral a précisé – certes dans un contexte différent – que cela correspondait à la notation A ("Single A-Rating, Investmentgrade")⁸⁰ et le § 24 al. 1 let. b de l'ancienne ordonnance lucernoise exigeait lui aussi une notation A ou supérieure;⁸¹ cette condition n'est donc pas nouvelle. Ce qui est cependant surprenant, c'est la let. d concernant les fonds de placement mixtes – eux-mêmes passablement controversés notamment en raison de leurs coûts: la solvabilité des sociétés dont le fonds détient des actions ou autres valeurs mobilières n'est pas définie du tout. Or, il ne semble pas qu'il y ait une explication logique à cette exception. Partant, il se justifie d'exiger (en vertu d'une interprétation par analogie) que de telles sociétés présentent elles aussi au moins une notation A. **[S. 194]**

Deuxièmement, l'art. 7 al. 1 let. b OGPCT autorise notamment des actions en francs suisses si elles ne dépassent pas 25% "de la fortune totale" mais ne précise pas quelle fortune totale est visée. S'agit-il de celle incluant les placements indirects (fonds de placement mixtes) ou/et de celle incluant les dépôts au titre du pilier 3a (selon l'art. 7 al. 1 lit. d et e OGPCT) qui peuvent toutes deux contenir des actions? Il n'est pas non plus clair si les valeurs immobilières – qui représentent souvent une part importante de la fortune totale – sont incluses ou non. Nous recommandons d'appliquer par analogie les principes de l'art. 6 OPCC concernant les investisseurs qualifiés: selon ces principes, "les avoirs de la prévoyance professionnelle" (al. 3) ne sont jamais considérés pour établir la fortune pertinente et pour établir si la fortune totale excède 5 millions de francs, les valeurs patrimoniales immobilières (des clients très fortunés) sont prises en compte pour un montant de 2 millions de francs nets au maximum.⁸²

⁷⁶ Cf. § 23 al. 1 let. d Verordnung über das Vormundchaftswesen des Kantons Luzern du 25 septembre 2001, <http://srl.lu.ch/frontend/versions/106/pdf_file>. Cependant, ni les recommandations ni l'ordonnance lucernoise ne prévoient une limitation à la valeur stable. En revanche, l'ordonnance lucernoise fixait la limite de gage à 75% de la valeur fiscale du gage. Dans l'OGPCT, on cherche en vain une telle limite.

⁷⁷ Begleitbericht (2012) op. cit. nbp. 64, 4.

⁷⁸ Cf. COPMA (2001) op. cit. nbp. 66, 338: « obligations de caisse de banques soumises à la loi sur les banques, obligations en francs suisses de sociétés faibles, parts à des fonds immobiliers suisses et parts à des fonds de placement mixtes en francs suisses comprenant un maximum de 25% d'actions et 50% de titres étrangers ».

⁷⁹ Basler Scherrer (2011) op. cit. nbp. 66, 194 s.

⁸⁰ Cit. TF 2A.438/2005 (8 février 2006) cons. 3.2.4.

⁸¹ Cf. COPMA (2001) op. cit. nbp. 66, 338 qui requérait des contreparties « faibles » et lequel parlait op. cit. nbp. 66, 334 de « bonitätsmässig erstklassigen Schuldner ».

⁸² Calculé sur la base de la valeur vénale, déduction faite de toutes les dettes grevant le bien immobilier; cf. al. 3 et 4.

Troisièmement, on peut se demander si l'art. 7 OGPCT vise vraiment à assurer une "diversification adéquate" (au sens de l'art. 2 al. 2 OGPCT) dès lors qu'il ne prévoit quasiment que des placements en francs suisses (let. a-d).⁸³

Quatrièmement, l'art. 7 al. 1 let. e OGPCT traitant des "dépôts au titre du pilier 3a" ne peut être pertinent que pour des contributions régulières – dès lors que les rachats dans le troisième pilier ne sont pas possibles.⁸⁴ On ne comprend guère pourquoi cette disposition ne permet que les seules contributions fiscalement privilégiées, mais liées dans le pilier 3a – mais non celles au titre du pilier 3b.⁸⁵ En outre, cette disposition omet de prendre en compte que les contributions au titre du pilier 3a appartiennent parfois à l'entretien courant. C'est notamment le cas pour les travailleurs indépendants ne possédant pas de deuxième pilier pour lesquels de telles contributions (prenant la fonction d'un 2e pilier) sont destinées à couvrir les besoins courants appartenant aux actes nécessaires au quotidien.⁸⁶ Dans ces cas, l'accord de l'autorité, pourtant requis par l'alinéa 2, n'est pas nécessaire et empiète sur la compétence du curateur – comme nous allons voir.⁸⁷

3.2.4 Fortunes particulièrement favorables

Enfin, la loi mentionne encore une troisième masse de biens: celle qui rend la situation financière de la personne concernée particulièrement favorable. Par analogie avec l'art. 6 OPCC, cela devrait correspondre à des fortunes atteignant cinq millions de francs nets au minimum.⁸⁸ Dans de tels cas, l'autorité de protection peut autoriser d'autres placements (art. 7 al. 3 OGPCT) étant précisé que si la situation est extrêmement favorable, quasiment tout placement peut être admis.

3.3 Compétences

3.3.1 En général

On l'a dit plus haut: le régime des compétences découle uniquement de la loi et ne peut être élargi ou restreint par ordonnance, car la délégation à l'art. 408 al. 3 CC n'inclut ni l'étendue des biens ni les compétences, mais seulement les principes d'investissement. Si la loi prévoit généralement un placement sans l'accord de l'autorité – l'art. 416 CC contient quelques cas – il ne convient pas d'exiger cet accord pour de tels placements au niveau de l'ordonnance. La limite se trouve à l'art. 417 CC: en cas de justes motifs, l'autorité de protection peut décider qu'un acte lui soit soumis pour approbation. Mais il n'appartient pas à l'ordonnance de l'exiger à l'avance et en général.

L'art. 9 OGPCT prévoit que l'autorité de protection doit rendre une décision sur les compétences du curateur, décision qui doit toujours s'inscrire dans le cadre des limites légales. Ces limites se fondent toutes sur le même principe essentiel qu'il convient d'expliquer ci-après.

Selon l'art. 408 al. 2 CC, le curateur peut agir indépendamment, soit sans l'accord de l'autorité, pour éteindre des obligations en acceptant des prestations dues par les tiers (ch. 1) ou en payant des dettes dans la mesure où cela est indiqué (ch. 2). La source fondamentale régissant les actes indépendants du curateur se trouve cependant au ch. 3: le curateur peut [S. 195] représenter, si nécessaire, la personne concernée pour "ses besoins ordinaires".

⁸³ Pour une diversification par rapport aux monnaies en cas des patrimoines moyennes et grandes Geiser (2013) op. cit. nbp. 65, N 2.12.

⁸⁴ Interprétation a contrario de la liste exhaustive de l'art. 7 OPP 3 a contrario.

⁸⁵ Cf. déjà Geiser (2013) op. cit. nbp. 65, N 3.10.

⁸⁶ Geiser (2013) op. cit. nbp. 65, N 3.10.

⁸⁷ Cf. II.3.3.

⁸⁸ Cf. Breitschmid/Kamp (2013) op. cit. nbp. 71, 165 note 65 qui cependant parlent de CHF 2 mio.

Ce pouvoir est une extension du droit de représentation accordé au conjoint par l'art. 166 CC et au partenaire enregistré par l'art. 15 LPart.⁸⁹ En conséquence, le curateur est autonome pour accomplir tous les actes nécessaires au quotidien à la couverture des besoins ordinaires et dans le cadre des affaires courantes de la personne concernée.⁹⁰ A ce titre sont incluses toutes les affaires et transactions financières de portée non importante⁹¹ – comme p.ex. la conclusion d'une assurance-maladie.⁹² C'est le niveau de vie jusqu'alors habituel (art. 5 OGPCT)⁹³ de la personne concernée qui est déterminant.⁹⁴ Ce niveau est à conserver autant que possible et il est même admis [S.] d'entamer le patrimoine administré si besoin est.⁹⁵ Selon la pratique suivie par la ville de Zurich, le curateur peut disposer d'un montant annuel de 50 000 francs,⁹⁶ ce qui permet de donner un ordre de grandeur des dépenses que peuvent occasionner les actes nécessaires prévus par l'art. 408 al. 2 ch. 3 CC dans les cas "usuels". On peut encore déduire de l'art. 416 al. 1 CC, chiffres 4, 5, 6 et 8 a contrario d'autres situations dans lesquelles le curateur chargé de la gestion du patrimoine administre les biens de la personne concernée comme représentant⁹⁷ sans accord supplémentaire de l'autorité de protection. Là aussi, on peut dégager le principe selon lequel le consentement de l'autorité n'est pas nécessaire tant qu'il s'agit d'une administration ou exploitation ordinaire qui consiste en des actes nécessaires au quotidien.⁹⁸ En d'autres termes, le principe fondamental statué par l'art. 408 al. 2 ch. 3 CC – qui limite notamment l'art. 9 al. 2 OGPCT – n'est pas remis en cause par ces dispositions. Deux exemples qui se présenteront assez fréquemment dans la pratique permettront d'illustrer ce qui vient d'être développé.

3.3.2 Exemple n° 1: participations

Le premier exemple concerne les transactions relatives à la participation à une entreprise ou société: le curateur, doit-il toujours obtenir l'accord, respectivement le consentement, de l'autorité de protection? L'art. 416 al. 1 ch. 8 CC règle les limites quantitatives: sont soumis à l'accord de l'autorité les transactions concernant une participation à 100%, une participation incluant une responsabilité personnelle illimitée ou encore un engagement "important". Cette importance doit être appréciée sur la base de la capacité financière de la personne concernée et du risque encouru par rapport au capital.⁹⁹ A contrario on peut en déduire que les participations non importantes ne requièrent pas le consentement de l'autorité.

Toutefois, l'ordonnance peint un tableau différent: elle n'autorise les participations que dans le cadre des dépenses supplémentaires selon l'art. 7 OGPCT – qui requièrent toujours l'accord de l'autorité de protection.

⁸⁹ MCF (2006) 6686. Il en va de même pour l'art. 374 al. 2 ch. 1 CC: Leuba in Leuba et al. (2013) op. cit. nbp. 3, CC 374 N 8.

⁹⁰ Häfeli in Leuba et al. (2013) op. cit. nbp. 3, CC 408 N 9. Cf. aussi Schwander (2012) op. cit. nbp. 7, 1703.

⁹¹ Voir entre autres Wolf/Genna in Geiser Thomas et al. (ed.), Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz, Zurich 2007, LPart 15 N 30 ss. et les références citées.

⁹² ATF 129 V 90, 90 f. cons. 2 et les références citées. Contra: Hausheer Heinz/Reusser Ruth/Geiser Thomas in Berner Kommentar zu Art. 159–180 ZGB, 2e ed. Berne 1999, CC 166 N 54.

⁹³ Begleitbericht (2012) op. cit. nbp. 64, 5.

⁹⁴ Leuba in Leuba et al. (2013) op. cit. nbp. 3, CC 374 N 40 et les références citées. En cas d'affaire urgente, les transactions peuvent dépasser la portée non importante: Schwander (2012) op. cit. nbp. 7, 1703.

⁹⁵ MCF (2006) 6686.

⁹⁶ Breitschmid/Kamp (2013) op. cit. nbp. 71, 160.

⁹⁷ Art. 416 al. 1, phrase introductive CC excluant la curatelle de coopération; MCF (2006) 6689.

⁹⁸ Cf. aussi Hausheer Heinz/Reusser Ruth/Geiser Thomas in Berner Kommentar zu Art. 221–251 ZGB, Berne 1996, CC 227 s. N 35.

⁹⁹ Biderbost in Leuba et al. (2013) op. cit. nbp. 3, CC 416 N 34.

L'ordonnance va donc trop loin. La loi présume que les participations non importantes appartiennent à l'administration ordinaire tandis que l'ordonnance qualifie toujours les participations d'administration extraordinaire. Il est vrai que l'ordonnance peut établir des principes d'investissement concernant toutes les participations – aussi bien les participations importantes que les autres. L'ordonnance peut donc interdire les placements en participations pour les biens destinés à couvrir les besoins courants, car c'est une question de principe d'investissement.

En revanche, elle ne peut requérir l'accord de l'autorité de protection que pour les participations importantes. Au-delà, il lui manque un fondement juridique. Donc, si une personne sous curatelle détient en petites quantités (par rapport à sa fortune [S. 196] totale) des actions ou d'autres titres de participation qui respectent les principes d'investissement, le curateur peut conserver et réajuster ce portefeuille sans l'accord de l'autorité. Il en va de même si le curateur veut acquérir une telle participation. Ces actes ne sont donc jamais boiteux mais parfaitement valides.

3.3.3 Exemple n° 2: hypothèques

Supposons qu'une tranche d'hypothèque à taux fixe arrive à échéance dans quelques mois. Le curateur, peut-il informer la banque qu'il souhaite rembourser le prêt sans opter pour une nouvelle hypothèque ou a-t-il besoin de l'accord de l'autorité de protection? La réponse se trouve à l'art. 408 al. 2 CC: selon le ch. 2, le curateur peut décider de régler les dettes sans le concours de l'autorité "dans la mesure où cela est indiqué" (par exemple pour des motifs liés à la fiscalité, par rapport à la fortune totale, au vu du besoin prévisible de liquidités, etc.). Il faut toutefois réserver le cas où le remboursement de la tranche implique une restructuration des placements d'une telle portée qu'on n'est plus en présence d'une affaire ordinaire (ce qui ne sera généralement pas le cas si la tranche était déjà largement amortie) et celui où ce remboursement viole le principe de la planification de la liquidité.

Petite variation: que se passe-t-il lorsque le curateur veut opter pour une nouvelle hypothèque en lieu et place de l'hypothèque actuelle arrivant à échéance? Dans un tel cas, on peut se laisser inspirer par l'art. 166 al. 2 CC¹⁰⁰ par analogie et par l'art. 416 al. 1 ch. 1 CC, dont on peut déduire que les actes qui exposent la personne concernée au risque de perdre son logement requièrent toujours le consentement de l'autorité de protection. Un tel consentement est donc nécessaire s'il est prévisible que ce risque se concrétise et/ou que les conditions de l'hypothèque ou les autres circonstances de la situation personnelle de la personne concernée se détériorent d'une manière importante. Par conséquent, sans l'accord de l'autorité, le renouvellement de l'hypothèque reste un acte boiteux.

Si, en revanche, la situation personnelle de la personne concernée et les conditions de l'hypothèque restent inchangées ou ne se détériorent que d'une manière négligeable, le curateur peut agir de façon autonome. Cela étant, bien que le consentement de l'autorité ne soit pas toujours nécessaire, on constate qu'en pratique les banques le demandent systématiquement pour éviter des actes boiteux.

III. Conclusion

Le bref tour d'horizon sur le nouveau droit de la protection de l'adulte le montre clairement: il subsiste bien des zones d'ombre et il serait souhaitable de combler au moins les lacunes de l'OGPCT par une révision qui devrait intervenir au plus tôt. Dans l'intervalle, lorsque l'on est appelé à formuler les principes d'investissement d'un mandat pour cause d'inaptitude, il est déconseillé de s'appuyer littéralement sur l'Ordonnance ou d'en reprendre les dispositions sans esprit critique.

¹⁰⁰ Schmid in Kren Kostkiewicz et al. (2006) op. cit. nbp. 58, CC 169 N 10: « Im Einzelfall – je nach Massgabe des Einschränkung- bzw. Gefährdungspotenzials – zustimmungsbedürftig kann die Begründung beschränkter dinglicher Rechte sein (... Grundpfandrechte). »