



23 août 2023

Révision de l'ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT)

Synthèse des résultats de la procédure de consultation



Table des matières

1	Généralités	3
2	Liste des organismes ayant répondu	3
3	Remarques générales concernant l'avant-projet	3
4	Remarques sur des questions particulières et sur les différents articles	4
4.1	Remarques générales	4
4.2	Art. 1	4
4.3	Art. 2	5
4.4	Art. 3	5
4.5	Art. 4	5
4.6	Art. 5	6
4.7	Art. 6	6
4.8	Art. 7	7
4.9	Art. 8	7
4.10	Art. 9	11
4.11	Art. 10	16
4.12	Art. 11	16
4.13	Art. 12	21
4.14	Art. 13	23
4.15	Art. 14	23
4.16	Art. 15	23
4.17	Art. 16	23
4.18	Introduction de points supplémentaire dans l'OGPCT	23
5	Accès aux avis	24
	Anhang / Annexe / Allegato	25

Condensé

Le Conseil fédéral a ouvert le 27 septembre 2019 la consultation relative à un avant-projet de révision totale de l'ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT). La consultation a duré jusqu'au 17 janvier 2020. Au total, 42 avis ont été soumis (26 cantons, 3 partis ainsi que 13 organisations et autres participants).

La grande majorité des participants à la consultation a exprimé son accord et son soutien quant à la nécessité générale d'une révision (totale). Elle adhère à l'avant-projet dans son ensemble, au motif que l'ordonnance devient ainsi plus précise et plus adaptée à la pratique, ce qui améliore et clarifie la situation juridique au profit de tous les acteurs concernés. Tous les cantons, deux partis ainsi que l'immense majorité des organisations se sont prononcés en faveur de l'avant-projet. À l'inverse, seul un parti et un petit nombre d'organisations ont pris position contre la révision, et ce pour des motifs de principe.

De nombreuses remarques et suggestions d'amélioration ont été formulées concernant les différentes dispositions et propositions. Elles concernaient aussi bien la forme (en particulier la numérotation, la mise à jour et les renvois) que le fond (placements conformes, autorisation et consentement).

1 Généralités

La procédure de consultation relative à l'avant-projet de l'ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGPCT) a duré du 27 septembre 2019 au 17 janvier 2020. Les cantons, les partis représentés à l'Assemblée fédérale, les associations faîtières des communes, des villes, des régions de montagne et de l'économie œuvrant à l'échelle nationale ainsi que d'autres organisations intéressées ont été invités à y participer.

26 cantons, 3 partis ainsi que 13 organisations et autres participants se sont exprimés, ce qui fait en tout 42 avis.

Deux organisations ont renoncé expressément à se prononcer¹.

2 Liste des organismes ayant répondu

Une liste des cantons, des partis, des organisations et des autres participants ayant déposé un avis figure en annexe.

3 Remarques générales concernant l'avant-projet

Pratiquement tous les cantons ont expressément reconnu la nécessité d'agir et approuvé l'avant-projet dans son ensemble² ; aucun canton n'a rejeté la révision. Plusieurs cantons jugent l'avant-projet convaincant sur le plan matériel³ et y voient une nette amélioration par rapport à la situation actuelle⁴ ; selon d'autres cantons, l'ordonnance gagne en précision⁵ et en

¹ ASM, UVS

² AG, p. 1 ; AI, p. 1 ; AR, p. 1 ; BE, p. 1 ; BL, p. 1 ; BS, p. 1 ; FR, p. 1 ; GE, p. 1 ; GR, p. 1 ; LU, p. 1 ; NE, p. 1 ; NW, p. 1 ; OW, p. 1 ; SG, p. 1 ; SH, p. 1 ; SO, p. 1 ; TG, p. 1 ; TI, p. 1 ; UR, p. 1 ; VD, p. 1 ; VS, p. 1 ; ZG, p. 1 ; ZH, p. 1

³ BS, p. 1

⁴ GR, p. 1

⁵ AG, p. 1 ; NE, p. 1 ; SH, p. 1 ; VS, p. 1 ; ZG, p. 1

adéquation avec la pratique⁶. Enfin, pour un canton, l'avant-projet clarifie un certain nombre de points susceptibles de générer des inégalités de traitement⁷.

Des trois partis à s'être exprimés sur l'avant-projet, deux le soutiennent⁸. L'avant-projet constitue selon eux une solution praticable et bien pensée pour établir, dans l'intérêt de tous les acteurs concernés, la sécurité juridique requise et pour protéger efficacement le patrimoine des personnes concernées⁹. Un parti est opposé à la révision¹⁰. Il estime qu'il faudrait au lieu de cela adapter l'ensemble du régime de l'APEA de manière à ce qu'à l'avenir, des collaborateurs de l'APEA qui s'avèrent souvent inadaptés à la tâche qui leur est confiée ne puissent plus disposer d'un pouvoir arbitraire et pratiquement illimité sur les personnes concernées et leurs biens¹¹.

L'écrasante majorité des organisations qui ont pris position sur l'avant-projet soutiennent également la révision, du moins sur le principe¹². Leurs avis contiennent de nombreuses propositions d'amélioration des différentes dispositions.

4 Remarques sur des questions particulières et sur les différents articles

4.1 Remarques générales

Différents participants à la consultation ont critiqué le fait que, dans le cas des art. 1 à 4 de l'AP-OGPCT, la numérotation a été modifiée par rapport à l'ordonnance en vigueur. Selon eux, il risque d'en résulter une perte de concordance entre la nouvelle ordonnance et la pratique actuelle¹³.

Plusieurs participants ont constaté qu'avec l'abrogation de l'art. 5, al. 1, de la loi sur les placements collectifs (LPCC) au 1^{er} janvier 2020, les renvois à cette disposition perdent leur sens et qu'il faut pour cette raison renvoyer à l'art. 10, al. 3, LPCC¹⁴. Ils avancent que, de même, la loi fédérale sur les services financiers (LSFin) et la loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2020, n'ont pas été prises en compte dans le projet de révision¹⁵. Selon eux, l'ordonnance révisée doit pour cette raison prévoir que seuls puissent être effectués des apports dans des placements collectifs de capitaux qui, en vertu de la LPCC, sont ouverts à tous les investisseurs, donc aussi aux clients privés. Enfin, ils estiment que les personnes concernées doivent toujours être qualifiées de clients privés au sens de l'art. 4 LSFin, indépendamment de leur patrimoine global¹⁶.

4.2 Art. 1

Un canton demande que l'OGPCT dispose que son champ d'application n'inclut pas les opérations effectuées dans le cadre d'un mandat pour cause d'inaptitude¹⁷. Un autre participant suggère d'examiner si l'ordonnance ne devrait pas s'appliquer par analogie (c'est-à-dire sans

⁶ AG, p. 1 ; BL, p. 1 ; BS, p. 1 ; SO, p. 1

⁷ NE, p. 1

⁸ PLR, p. 1 ; PS, p. 1

⁹ PS, p. 1

¹⁰ UDC, p. 1

¹¹ UDC, p. 1

¹² economiesuisse, p. 1 ; insieme, p. 1 ; APEA Toggenburg, p. 1 ; APEA Werdenberg, p. 1 ; ASCP, p. 2 ; ASA, p. 1 ; SwissBanking, p. 1

¹³ BS, p. 1 s. ; PLR, p. 1 ; economiesuisse, p. 2 ; COPMA, p. 1 ; SwissBanking, p. 2 ; UNIGE, p. 1 ; ASG, p. 1 s.

¹⁴ SwissBanking, addendum, p. 1 s. ; UBCS, p. 3

¹⁵ ASG, p. 2 ; UBCS, p. 4 s.

¹⁶ ASG, p. 16

¹⁷ AR, p. 2

les nombreuses autorisations par l'APEA) aux mandats pour cause d'inaptitude, lorsque qu'un tel mandat ne contient pas de prescriptions quant au placement du patrimoine¹⁸.

Pour un autre canton, il faut en outre indiquer clairement si les actes de la personne concernée elle-même – à condition qu'elle ait l'exercice des droits civils – sont soumis à l'OGPCT ou si seuls les actes des curateurs le sont. Toujours selon ce canton, il faudrait songer à limiter le champ d'application de l'OGPCT aux actes de gestion du patrimoine des curateurs¹⁹.

Pour finir, un autre canton encore pose la question de savoir s'il ne serait pas plus simple de prévoir que les principes de l'OGPCT devraient servir comme critère de diligence pour chaque mandat, sans arrêter d'exception²⁰.

4.3 Art. 2

Un canton suggère de définir en plus la notion d'assurance dans la disposition²¹.

4.4 Art. 3

Un canton demande que l'OGPCT indique clairement si les actes de la personne concernée elle-même – à condition qu'elle ait l'exercice des droits civils – sont inclus dans son champ d'application. Le cas échéant, celui-ci pourrait être limité aux actes de gestion du patrimoine des curateurs²².

Une association suggère par ailleurs de préciser dans l'ordonnance que le patrimoine doit être placé conformément à un plan et ne pas générer de coûts inutiles du fait d'une activité de placement chaotique ; en outre, l'objectif de préservation de la fortune en valeur nominale devrait selon elle être expressément inscrit dans l'ordonnance²³. Enfin, elle demande la création d'un al. 3 énonçant que les placements dans des instruments financiers devraient être aisément négociables et pouvoir être résiliés de manière appropriée²⁴.

4.5 Art. 4

Plusieurs cantons font valoir que les explications relatives à l'art. 4 ne reflètent pas le contenu de la disposition proposée²⁵ et qu'elles manquent de clarté²⁶. Ils expriment leur désaccord avec l'affirmation contenue dans le rapport explicatif selon laquelle la délimitation des différentes autorisations a posé des problèmes dans la pratique²⁷.

Un canton explique que, dans la pratique, une grande partie des « autorisations » sont des accords donnés par l'APEA au sens de l'art. 9 qui concernent la restructuration complète d'un portefeuille de titres et qui constituent également des consentements au sens de l'art. 416, al. 1, ch. 5, CC. Il existe donc, selon lui, un risque que les établissements financiers se protègent sur la base du nouvel art. 4 et exigent par la suite dans tous les cas une décision de

¹⁸ ASG, p. 3

¹⁹ GR, p. 2

²⁰ VD, p. 2

²¹ AG, p. 1

²² GR, p. 2

²³ ASG, p. 4

²⁴ ASG, p. 4 s.

²⁵ BL, p. 1 ; GE, p. 2

²⁶ SO, p. 1 ; ZH, p. 1

²⁷ BL, p. 1

l'APEA, et ce peut-être même dans les cas pour lesquels l'OGPCT ne prévoit pas d'autorisation de l'APEA²⁸.

Un canton propose, pour des raisons de clarté, de reprendre dans l'ordonnance les explications du rapport explicatif selon lesquelles, lorsqu'un consentement est requis conformément à l'art. 416 CC, l'autorisation de l'APEA selon l'OGPCT est suffisante²⁹. Une organisation demande en revanche qu'il soit précisé dans l'ordonnance que l'absence d'autorisation de l'APEA n'a pas d'incidences sur la validité de l'acte correspondant³⁰.

4.6 Art. 5

Un canton et une association avancent qu'au vu de la situation actuelle en matière de taux d'intérêt, il serait judicieux d'accorder aux mandataires la possibilité de conserver également des espèces dans un coffre à la banque³¹, mais qu'il faudrait pour cela demander l'accord de l'APEA³². Selon eux, cela permettrait aux mandataires de déposer les espèces en toute sécurité et, dans le meilleur des cas, d'économiser des frais en faveur de la personne concernée et d'éviter des intérêts négatifs³³.

Des participants demandent en outre qu'il soit précisé que les espèces devraient en principe être conservées sur un compte d'une banque suisse. Les espèces et les moyens de paiement électroniques devraient alors être mis à la disposition des personnes concernées dans le cadre de l'art. 409 CC.

4.7 Art. 6

Un canton est d'avis que la disposition pourrait inciter le mandataire à conserver des valeurs qui, de par leur nature, nécessitent une gestion courante et risquent de perdre en valeur en cas d'inaction (par exemple en cas d'omission de présenter les coupons d'obligations ou de demander le remboursement à l'échéance, etc.). Il ajoute qu'il ne faut pas non plus négliger les coûts qui en découlent ; ceux-ci sont récurrents et susceptibles d'impacter considérablement les ressources financières de la personne concernée. Il propose donc d'introduire dans l'ordonnance une définition spécifique du type de conservation autorisé en fonction du type de bien³⁴. Pour deux autres participants, les termes « titres », « dépôt fermé » et « conservation » sont dépassés, on parle aujourd'hui d'« effets », de « dépôt ouvert » et de « consignation », et il est de plus en plus rare que les banques proposent des coffres-forts à leur clients³⁵.

Un canton estime que la limitation à deux possibilités de conservation (coffre-fort ou dépôt fermé) est peut-être trop restrictive et susceptible d'exclure de nouveaux services bancaires appropriés³⁶. Une association est en outre d'avis qu'il devrait, dans des cas exceptionnels,

²⁸ BL, p. 1

²⁹ TI, p. 1

³⁰ UBCS, p. 2

³¹ ZH, p. 2 ; ASG, p. 6

³² ASG, p. 6

³³ ZH, p. 2 ; ASG, p. 6

³⁴ TI, p. 2

³⁵ ASG, p. 7 ; voir aussi UBCS, p. 3

³⁶ GL, p. 1

être possible de conserver pour de justes motifs des valeurs dans des banques et des maisons de titres étrangères³⁷.

Un canton demande selon quelles modalités l'APEA est censée surveiller la conservation. Selon lui, comme cette tâche incombe en premier lieu à la banque concernée, la conservation se fait sur ordre et sous la responsabilité du mandataire. Il estime dès lors nécessaire de revoir la formulation³⁸.

Un autre canton juge que les exceptions prévues aux al. 2 et 3 sont inadéquates en raison de leurs répercussions logistiques et financières ainsi qu'en raison des risques qu'elles entraînent ; il ajoute qu'autoriser des exceptions n'est pas du ressort de l'APEA³⁹. Une association explique que, sous l'angle de la pratique, il pourrait être utile de conserver en toute sécurité des valeurs dans le coffre d'un service de curatelle ; il serait dès lors indiqué de ne pas qualifier une telle conservation d'exception⁴⁰.

4.8 Art. 7

Différents participants constatent que, dans le domaine du conseil en placement lié à un portefeuille et de la gestion de fortune, certaines obligations découlant de l'OGPCT et de la LSFIn/OSFin se recourent. Ils estiment qu'il serait nécessaire d'harmoniser la teneur des art. 7 et 12 LSFIn ainsi que de l'art. 17 OSFin⁴¹.

Un canton fait remarquer que les personnes concernées ressortissantes des États-Unis d'Amérique ne peuvent pas investir dans tous les fonds ou toutes les actions, sous peine de faire l'objet de taxes fiscales importantes, voire confiscatoires, de la part de leur État national. La mention de la charge fiscale devrait ainsi figurer dans les éléments à prendre en considération pour choisir le placement. Dans la pratique, cet élément est pris en compte dans la mesure où il a pour effet de diminuer ou de supprimer la rentabilité des investissements⁴².

Une association estime que la formulation « le mandataire tient, autant que possible, également compte de la volonté de la personne concernée » est contraire à l'art. 12 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées (CDPH), la personne concernée ayant droit à ce que son avis soit pris en compte dans la gestion de son patrimoine. L'énoncé actuel de l'art. 7 constitue selon elle une discrimination en raison d'un handicap mental ou psychique au sens de l'art. 8, al. 2, de la Constitution fédérale et des art. 2 et 5 de la CDPH⁴³.

S'agissant de l'al. 2, une association précise que d'autres attentes (notamment de droit matrimonial et successoral) que les seules prestations d'assurance devraient également être prises en compte de manière appropriée⁴⁴.

4.9 Art. 8

Cette disposition a donné lieu à de nombreuses remarques générales :

³⁷ ASG, p. 7

³⁸ GL, p. 1

³⁹ TI, p. 2

⁴⁰ ASCP, p. 1

⁴¹ VD, p. 3 ; economiesuisse, p. 2 ; SwissBanking, p. 3

⁴² GE, p. 1

⁴³ Inclusion Handicap, p. 2

⁴⁴ ASG, p. 8

- Pour un canton, la question de savoir pour combien d'années les besoins courants doivent être prévus et mis en conformité avec la disposition n'est pas tranchée. La pratique des autorités cantonales diverge en la matière, variant entre deux à trois ans pour les unes et dix ans ou l'espérance de vie entière (capitalisation) pour les autres. Dans ce dernier cas, suivant l'âge de la personne concernée et son espérance de vie, l'entier de son patrimoine peut devoir être placé en application de l'art. 8. Par conséquent, il est préférable de déterminer une durée durant laquelle les besoins courants doivent être couverts selon l'art. 8 de manière à réduire les inégalités liées à ces pratiques différentes⁴⁵.
- Un deuxième canton propose de reformuler la disposition de manière à faire une distinction entre les investissements pour lesquels le mandataire peut de par la loi décider lui-même et ceux pour lesquels l'accord de l'APEA est nécessaire⁴⁶.
- Pour un troisième canton, il faut en outre préciser que les placements conformément à la présente disposition ne requièrent pas l'accord de l'APEA⁴⁷.
- Une association considère qu'il faut remanier cette disposition en profondeur et surtout en fonction des risques, et l'adapter à la conjoncture⁴⁸.

L'énumération des catégories de placement autorisées aux let. a à h a donné lieu aux retours suivants :

- De l'avis d'une association, certaines des formes de placement mentionnées ne sont pas adéquates, car elles présentent un risque de fluctuation de valeur ou parce qu'il y a un risque réel de devoir les liquider en temps inopportun pour générer des liquidités à court terme destinées à couvrir les besoins courants. Il en résulte, en particulier pour les let. a à h, une contradiction avec l'art. 3. L'association propose pour cette raison de n'autoriser que les dépôts auprès de banques libellés au nom du déposant et les dépôts à terme⁴⁹.
- Un particulier estime que la disposition mentionne encore des produits qui ne sont plus proposés par la plupart des banques (p. ex. obligations de caisse et dépôts à terme). Toujours selon lui, la disposition mentionne également des placements (obligations à intérêt fixe de la Confédération, des cantons et des communes ; emprunts par lettres de gage) dont la rémunération est aujourd'hui pratiquement nulle, voire négative, et que ces placements ne permettent donc pas d'assurer la couverture des besoins courants⁵⁰.
- Une association demande que les assurances-vie et les assurances de rentes viagères soient également admises dans le cadre de cette disposition, étant donné qu'elles ne peuvent souvent pas être résiliées⁵¹.

⁴⁵ GE, p. 2

⁴⁶ TI, p. 2

⁴⁷ ZH, p. 2

⁴⁸ ASG, p. 10

⁴⁹ ASCP, p. 4

⁵⁰ Kugler, p. 1

⁵¹ ASG, p. 9 ss

- La même association demande encore que les emprunts de collectivités territoriales étrangères soient intégrés dans l'énumération, car ils pourraient constituer un placement judicieux⁵².
- Let. a : un canton demande que le renvoi à la protection accordée aux déposants conformément aux art. 37a ss de la loi sur les banques (LB) (qui figure actuellement à l'art. 6, al. 1, let. b, OGPCT) ou le montant maximal de 100 000 francs soient expressément mentionnés dans l'ordonnance. Cela permettrait de clarifier les choses et de garantir que les curateurs respectent le principe de la protection des déposants⁵³.
- Let. a : un autre canton souligne que la notion de « déposant » laisse subsister une incertitude quant à savoir s'il s'agit de la personne protégée ou du curateur⁵⁴.
- Let. a : une association estime qu'il faut prévoir une limitation aux banques suisses, toutes les banques étrangères ne garantissant pas la protection des déposants⁵⁵.
- Let. b : un canton ne voit pas de raison de privilégier les emprunts des cantons et des communes étant donné que la sécurité des différents types d'emprunts est très variable. Il propose de se baser plutôt sur l'évaluation des agences de notation reconnues par la FINMA et de fixer une solvabilité minimale (au moins « AA »)⁵⁶.
- Let. c : la limitation aux fonds négociés en bourse est jugée trop restrictive par un canton, car elle ne tient pas compte de l'évolution future. Il explique que l'assujettissement à la LPCC est déterminant, car il existe déjà aujourd'hui des fonds qui ne sont pas négociés en bourse, mais qui sont soumis à la LPCC. Il ne voit pas pourquoi il faudrait se limiter aux fonds négociés en bourse⁵⁷ ; une association estime que l'autorisation doit être étendue aux fonds gérés de manière active⁵⁸.
- Let. c : de l'avis d'un canton, la mention explicite des fonds indiciaires est inutile et donc à supprimer⁵⁹.
- Let. c : à la lumière de l'objectif de protection du patrimoine des personnes concernées et de prévention des risques inutiles lors du placement du patrimoine, la possibilité de placements dans des fonds négociés en bourse et des fonds indiciaires est jugée trop risquée par un parti, qui demande que la disposition soit supprimée⁶⁰.
- Let. d : un canton dit ne pas comprendre en vertu de quoi les obligations d'entreprises dont la Confédération, les cantons ou les communes sont les actionnaires majoritaires seraient plus sûres que les obligations visées à l'art. 9, al. 1, let. a et suggère de les intégrer

⁵² ASG, p. 9 ss

⁵³ BE, p. 2

⁵⁴ GE, p. 2

⁵⁵ UBCS, p. 3

⁵⁶ ZG, p. 2 s.

⁵⁷ ZG, p. 2 s.

⁵⁸ UBCS, p. 3 s.

⁵⁹ ZG, p. 2 s.

⁶⁰ PS, p. 2

dans cette disposition⁶¹. Une association propose de supprimer purement et simplement la let. d⁶².

- Let. d : un canton explique qu'en ce qui concerne les dépôts sur les comptes collaborateurs de telles entreprises, une garantie de la collectivité serait particulièrement importante, en plus de sa participation majoritaire. Les comptes collaborateurs auprès d'entreprises ne sont pas soumis à la loi sur les banques et ne sont donc pas privilégiés par la garantie des dépôts. Sans garant, seule l'entreprise elle-même est responsable. Une participation majoritaire de la Confédération, des cantons ou des communes ne constitue donc pas à elle seule une garantie suffisante pour qu'une entreprise ne puisse pas faire faillite. Dans la pratique quotidienne, les comptes collaborateurs ne jouent qu'un rôle très secondaire. Dans la mesure où ils figurent dans le portefeuille de la personne concernée, ils pourraient éventuellement être autorisés par l'APEA sur la base de l'art. 10, al. 3. Le canton demande pour ces raisons que la let. d soit supprimée purement et simplement⁶³.
- Let. e et f : un canton est d'avis que les possibilités de placement prévues à l'art. 8 devraient être limitées aux placements disponibles à court terme. Or les placements visés aux let. e et f (dépôts auprès d'institutions de prévoyance professionnelle et dépôts au titre du pilier 3a) ne sont pas disponibles à court terme et ne peuvent pas être liquidés en temps utile en cas de changement des besoins courants ou de besoins extraordinaires. Le canton estime que les let. e et f doivent dès lors être supprimées⁶⁴.
- Let. f : pour un canton, il ne ressort pas de la formulation si par « dépôts » on n'entend que les comptes 3a. Il juge important de clarifier ce point car, en raison du faible niveau des taux d'intérêt, les banques et les assurances proposent souvent des solutions 3a liées à des titres. Il poursuit en expliquant que ces solutions sont susceptibles de comporter une part élevée d'actions et que la question se pose de savoir comment elles doivent être catégorisées et si, indépendamment de la solution choisie, elles ne devraient pas être soumises à l'autorisation de l'APEA⁶⁵.

Enfin, différents participants à la consultation demandent que d'autres placements soient ajoutés à la liste :

- Selon un parti, d'autres assurances de la prévoyance libre, à savoir les assurances-vie et les assurances de rentes viagères, devraient également être incluses dans la disposition, car il faudrait sinon s'attendre à une perte de la valeur de rachat⁶⁶.
- Deux participants pensent que la détention de parts sociales de banques (en particulier de banques Raiffeisen) devrait également être autorisée, si elle constitue une condition préalable à la tenue de comptes par ces banques. Selon eux, les personnes concernées détiennent souvent déjà des parts sociales avant l'instauration d'une curatelle. Celles-ci devraient alors être converties en placements conformes ou être approuvées par l'APEA, ce qui semble inopportun au vu de la faible valeur de ces parts sociales⁶⁷.

⁶¹ ZG, p. 2 s.

⁶² ASG, p. 11 s.

⁶³ ZG, p. 2 s.

⁶⁴ AR, p. 2

⁶⁵ SH, p. 1 s.

⁶⁶ PLR, p. 2

⁶⁷ ZH, p. 2 ; voir aussi PLR, p. 2

- Une association demande que les produits d'assurance de la prévoyance libre du pilier 3b ne figurent pas dans la liste. Elle explique que l'assurance-vie classique avec constitution de capital, dans le cadre de laquelle l'assuré ne supporte aucun risque de placement, a toujours été considérée comme un placement sûr⁶⁸.
- Un canton note que contrairement à la version en vigueur de l'OGPCT, l'avant-projet ne mentionne plus les prêts garantis (par des gages). Il explique que de tels prêts ne sont toutefois pas rares dans la pratique et il se demande s'ils ne seront plus admis sans consentement exprès au sens de l'art. 416 CC⁶⁹.

4.10 Art. 9

Cette disposition a donné lieu à de nombreuses remarques générales :

- Un canton demande que l'ordonnance indique quels placements requièrent l'autorisation de l'APEA pour éliminer les incertitudes et les ambiguïtés et assurer la sécurité du droit. En effet, si chaque APEA devait décider si les placements visés à l'al. 1 sont soumis à son autorisation, cela conduirait de l'avis de ce canton à une multitude de solutions, ce qui serait contraire à l'objectif de la révision⁷⁰.
- Al. 2, préambule : un autre canton propose de reprendre, dans l'ordonnance, le terme « valeur indicative » qui figure dans le rapport explicatif. Il estime qu'il n'est guère possible de mettre en œuvre en temps utile une limite absolue au sens d'un plafond, car la fortune totale, en particulier en cas de placements dans des titres, évolue constamment. Il conclut qu'en cas de fixation d'un plafond, il faudra déterminer à partir de quand il sera obligatoire de procéder à un assainissement actif⁷¹.
- Al. 2, préambule : un troisième canton considère que la formulation « par rapport à la fortune totale » peut avoir pour conséquence que les clients qui ont placé leur fortune auprès de plusieurs banques devront, pour l'évaluation globale, révéler leurs placements auprès des autres institutions. Il souhaite savoir si tel est effectivement le but du projet. Par ailleurs, il demande si l'expression « fortune totale » désigne (uniquement) la fortune gérée par le curateur ou l'ensemble de la fortune, bien que le curateur n'ait, selon les circonstances, pas forcément accès à l'intégralité de celle-ci⁷².
- Pour un autre canton encore, les placements devraient être convertis en placements conformes en l'espace du délai de deux ans visé à l'art. 15, étant donné que l'avant-projet, à la différence du droit en vigueur, contient une liste exhaustive des placements conformes. Il estime que ce délai est trop court et entraîne un risque de pertes financières pour les personnes concernées. Pour cette raison, il juge nécessaire de supprimer le délai et de procéder à la conversion « dans les meilleurs délais »⁷³.
- Une association rappelle qu'il existe plus de vingt classes de solvabilité. Il s'impose selon elle d'indiquer ici concrètement la fourchette de notation. Les points de vue divergent quant à ce qu'il est permis d'entendre par « sociétés très solvables ». La formulation pro-

⁶⁸ ASA, p. 1 s.

⁶⁹ AG, p. 1

⁷⁰ ZH, p. 3

⁷¹ BE, p. 2

⁷² GL, p. 1

⁷³ TI, p. 2

posée est fort surprenante en raison de son caractère vague et elle ne garantit pas suffisamment que seuls des placements de sociétés suffisamment solvables soient effectués. L'ordonnance révisée laisse de la sorte une trop grande marge de manœuvre aux acteurs quant aux possibilités de placements. Pour l'association, il convient de fixer ici une limite (inférieure) concrète et d'exiger au moins une notation « BBB »⁷⁴.

- La même association ajoute qu'une bonne solvabilité est posée comme condition pour tous les placements de l'art. 9 de l'avant-projet (« Anlagen mit guter Bonität »). Il est selon elle logique de rapporter la solvabilité aux sociétés, pour autant que leur solvabilité puisse être évaluée. Elle propose de reprendre la formulation « Gesellschaften mit guter Bonität », utilisée à l'art. 7, al. 1, let. a, b et c, de l'ordonnance en vigueur, ce qui correspond à la solution retenue en français (« sociétés très solvables »). Toutefois, elle estime qu'il n'est, dans certains cas, pas évident de déterminer la solvabilité, par exemple pour les actions d'une société qui n'est pas notée ou pour les fonds en actions ou les fonds immobiliers. L'association suggère pour cette raison de préciser, dans le rapport explicatif, la notion de bonne solvabilité au sens de « placements de bonne qualité » et d'indiquer également dans quelle mesure la condition de la bonne solvabilité est applicable aux placements ne présentant pas de risque d'endettement⁷⁵.
- Deux cantons estiment que la notion de placement de sociétés très solvables ne se réfère à aucune définition générale⁷⁶, un troisième la trouve trop imprécise⁷⁷. En outre, pour ce dernier, il n'existe pas d'évaluations d'agences de notation reconnues pour tous les placements⁷⁸. Il est par conséquent préférable de préciser les conditions permettant de considérer une société comme solvable, voire très solvable⁷⁹. Selon un participant, il pourrait être judicieux de fixer une notation minimale pour les entreprises dans lesquelles il est possible d'investir⁸⁰. Ainsi, pour les obligations en tant que placements directs comme pour les fonds obligataires, l'exigence d'une solvabilité minimale définie par une agence de notation reconnue par la FINMA pourrait s'avérer pertinente dans la pratique. Pour les placements directs, une notation d'au moins BBB et une diversification suffisante au sein de la catégorie de placement sont recommandées. S'agissant des fonds de placement, un canton recommande que le portefeuille n'excède pas 10 % de notations BBB ou inférieures, car on peut partir du principe que le fonds de placement en question est bien diversifié⁸¹. Dans le secteur financier, une bonne solvabilité est désignée par le terme technique « *investment grade* ». Ce terme devrait être utilisé en conséquence dans le préambule⁸². Un canton demande que la condition de bonne solvabilité soit supprimée et que les principes en matière de placement fixés à l'art. 3 soient observés lors du choix de placements appropriés⁸³.
- Une association suggère de compléter la disposition de sorte qu'en cas de dépassement des seuils fixés à l'al. 2 par suite d'une augmentation de valeur, il ne soit pas obligatoire

⁷⁴ ASCP, p. 4

⁷⁵ UBCS, p. 4 s.

⁷⁶ GE, p. 3 ; GL, p. 1

⁷⁷ ZG, p. 3

⁷⁸ ZG, p. 3

⁷⁹ GE, p. 3

⁸⁰ TI, p. 2

⁸¹ ZG, p. 3

⁸² AG, p. 1

⁸³ ZG, p. 3

de repasser en dessous, mais qu'aucun autre placement ne puisse être effectué dans la catégorie concernée⁸⁴.

L'énumération des catégories de placement aux let. a à k a également donné lieu à de nombreux retours :

- Un canton avance que la disposition ne devrait pas contenir de liste exhaustive des placements conformes (voir art. 7 de l'OGPCT en vigueur). Sinon, les placements courants sur le marché monétaire (échéances inférieures à deux ans) ne seraient pas pris en compte et les nouveaux produits de placement seraient exclus d'emblée⁸⁵.
- Un autre canton demande s'il faut, en relation avec une diversification adéquate des placements, prévoir uniquement des placements en francs suisses. Il soulève la question du fait qu'une partie de la doctrine considère que l'ordonnance va trop loin et n'a pas de fondement juridique⁸⁶.
- Al. 1, let. b : un canton explique que les notions de « fonds en actions en francs suisses » et « d'« actions en francs suisses » ne sont pas suffisamment précises, car elles ne permettent pas de déterminer si des instruments étrangers, tels que des fonds d'actions européennes dévisées en francs suisses ou des titres de participation d'émetteurs étrangers cotés en francs suisses (*sponsored foreign shares*), sont admissibles ou non au titre de cette disposition, la restriction concernant les titres étrangers n'étant applicable qu'à la let. a (voir al. 2, let. b)⁸⁷.
- Al. 1, let. c : de l'avis d'un autre canton, ces placements doivent être biffés⁸⁸. Une association estime au contraire qu'il serait souhaitable et judicieux d'inclure les fonds gérés de manière active⁸⁹.
- Al. 1, let. d : deux cantons se demandent si la limitation du nombre d'actions ne s'applique qu'aux actions étrangères libellées en francs suisses ou également aux actions suisses libellées dans cette même devise⁹⁰. Un autre canton explique comprendre la limitation à 25 % d'actions au sein des fonds de placement mixtes, mais pas celle à 50 % de titres d'entreprises étrangères. Une diversification suffisante et une surveillance stricte des notations sont d'après lui plus importantes⁹¹. Enfin, un quatrième canton suggère de compléter la disposition par une limite maximale pour les devises étrangères afin de limiter le risque de change lié aux placements dans ces fonds⁹².
- Al. 1, let. e : un canton rappelle que, selon le rapport explicatif, seules des assurances-vie sans rendements liés à un fonds ou à des participations sont autorisées, ce qu'il approuve. Toutefois, le texte de l'ordonnance ne mentionne pas expressément cette restriction, ce qui pourrait être source d'incertitudes ; le canton suggère donc de le compléter⁹³.

⁸⁴ ASG, p. 15 s.

⁸⁵ ZH, p. 3

⁸⁶ VS, p. 2

⁸⁷ GE, p. 3

⁸⁸ ZG, p. 3

⁸⁹ UBCS, p. 4 s.

⁹⁰ GE, p. 3 ; VD, p. 4

⁹¹ ZG, p. 3

⁹² ZH, p. 3

⁹³ AG, p. 1

Une association propose d'ajouter une nouvelle formulation à la teneur suivante : « übrige Lebensversicherungen, Leibrentenversicherungen und Kapitalisationsgeschäfte bei Versicherungen, die dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) unterstehen » (autres assurances-vie, assurances de rentes viagères et opérations de capitalisation auprès d'assurances soumises à la loi sur la surveillance des assurances [LSA])⁹⁴.

- Al. 1, let. f : deux cantons sont d'avis que la let. f doit être biffée au motif que les produits structurés qui y sont mentionnés présentent des risques importants⁹⁵ et sont onéreux et difficiles à comprendre pour l'investisseur moyen et les mandataires⁹⁶. Un autre canton estime nécessaire d'introduire ici aussi un pourcentage maximal, par analogie à l'al. 1, let. b⁹⁷. Une association avance que, dans le cas des produits structurés, il n'y a pas de raison de faire de distinction entre les émetteurs suisses et les émetteurs étrangers⁹⁸.
- Al. 1, let. h : un canton demande que la disposition soit supprimée, tout en proposant que les participations selon l'art. 9, al. 3, et l'art. 10, al. 3, AP-OGPCT restent possibles⁹⁹.
- Al. 1, let. j : deux cantons notent que, comme exposé correctement dans le rapport explicatif, le risque de contrepartie est supporté par le client. Le mandataire ne pouvant pas surveiller le risque de contrepartie, en particulier lorsque celui-ci est lié à une banque ou à un agent fiduciaire à l'étranger, ils demandent que ce placement soit supprimé de la liste¹⁰⁰. Ou alors, ainsi que le propose un troisième canton, il faudrait au moins limiter les investissements à des placements garantis par des banques suisses¹⁰¹.
- Al. 1, let. k : un canton demande que la condition « négociés en bourse » soit supprimée, tandis qu'un second demande la suppression de l'intégralité de la disposition¹⁰², les prix de l'or et de l'argent étant très volatiles¹⁰³.
- Al. 2 et 3 : une association considère qu'il n'est pas judicieux de fixer de limite maximale (45 %) pour les placements dans des actions (25 %), des fonds immobiliers (10 %) et de l'or et de l'argent physiques (10 %) par rapport à la fortune totale. La limite devrait au contraire s'appliquer uniquement aux placements destinés à couvrir les besoins étendus, faute de quoi on crée une incitation à réduire la part du patrimoine destinée à couvrir les besoins courants au profit de la part du patrimoine destinée à couvrir les dépenses supplémentaires¹⁰⁴.
- Al. 2 : selon deux cantons, les limites fixées pour les différentes catégories de placement (al. 1, let. d) sont superflues étant donné que des limites supérieures, dont ils approuvent le principe, ont été fixées pour différents placements par rapport à la fortune totale. Et d'ajouter qu'elles étaient déjà contradictoires dans le cas des fonds de placement mixtes : pourquoi, en effet, un fonds mixte ne pourrait-il pas comporter une part d'actions supérieure à 25 %, alors que la let. c autorise les fonds intégraux en actions (100 % d'actions)

⁹⁴ ASA, p. 2

⁹⁵ ZH, p. 3

⁹⁶ ZG, p. 3

⁹⁷ TG, p. 1

⁹⁸ ASG, p. 15

⁹⁹ ZG, p. 4

¹⁰⁰ AG, p. 2 ; ZG, p. 4

¹⁰¹ TI, p. 2

¹⁰² ZG, p. 4

¹⁰³ TI, p. 3

¹⁰⁴ ASCP, p. 5

et même les placements dans des actions individuelles ? La même question se pose selon eux pour la limitation à 50 % de titres d'entreprises étrangères. Ces deux critères ayant à juste titre été intégrés au nouvel al. 2, la let. d de l'al. 1 doit selon eux être supprimée purement et simplement¹⁰⁵.

- Al. 2, let. b : un canton trouve irrationnel que la part des entreprises étrangères ne soit limitée à 50 % que dans le cas des fonds obligataires, mais pas dans celui des fonds en actions, des fonds indiciaires et des fonds de placement mixtes. Cette limitation devrait d'après lui valoir pour toutes les lettres de l'al. 2¹⁰⁶.
- Al. 2, let. b : selon un autre canton, il faut renoncer à la limitation des titres d'entreprises étrangères et, par conséquent, supprimer ce passage. Il est d'avis que cette limitation n'apporte aucune sécurité supplémentaire et complique inutilement la mise en œuvre. Il estime que c'est la surveillance des notations qui importe¹⁰⁷.
- Al. 2, let. c : le canton de Zoug explique qu'en période de taux d'intérêt bas, les placements en fonds immobiliers constituent une bonne alternative et une possibilité de diversification. Il juge la part de 10 % trop faible et demande que la part autorisée soit augmentée à 20 %¹⁰⁸. Pour le canton de Vaud, la limite maximale prévue pourrait également créer des difficultés parce que, dans ce canton, l'estimation des immeubles est faite à leur valeur fiscale et non vénale, ce qui peut compliquer la procédure. En vue d'éviter une telle complication et les coûts y relatifs, il serait selon lui opportun de continuer à faire figurer les immeubles à l'inventaire à leur valeur fiscale et de calculer leur valeur vénale uniquement si l'on se trouve dans le champ d'application de l'art. 9, al. 2. Si la méthode de valorisation prévue dans le rapport explicatif devait être retenue, elle aurait également des conséquences importantes pour les mandataires professionnels, particulièrement en ce qui concerne la gestion du mandat de protection. Pour le canton de Vaud, il est donc clair que le patrimoine de la personne concernée sera impacté par le coût du rapport de l'expert en patrimoine¹⁰⁹.

Enfin, différents participants à la consultation ont demandé que d'autres placements soient ajoutés à la liste :

- Al. 1 : un canton estime que les devises étrangères (sans couverture) doivent être autorisées jusqu'à une limite maximale de 10 %, car elles jouent un rôle important dans la pratique. Il avance qu'une faible part de devises étrangères peut réduire le risque du portefeuille, et ajoute que la plupart des produits standard proposés sur le marché pour des profils de placement équivalents à ceux de l'art. 9, al. 1 et 2, comportent donc une certaine part de devises étrangères non couvertes et qu'il est important que l'article soit formulé en fonction des conditions du marché. Il conclut que ce n'est qu'ainsi qu'un vaste marché aux offres variées pourra se développer, qui sera également intéressant du point de vue des coûts pour les personnes concernées¹¹⁰.

¹⁰⁵ BL, p. 2 ; GR, p. 2

¹⁰⁶ GR, p. 2

¹⁰⁷ ZG, p. 4

¹⁰⁸ ZG, p. 4

¹⁰⁹ VD, p. 4

¹¹⁰ ZG, p. 4

- Al. 2 : le même canton demande de plus que les placements en devises étrangères (sans couverture) soient autorisés¹¹¹.

4.11 Art. 10

Un canton demande pendant combien de temps la « couverture des besoins courants » selon l'al. 3 doit être assurée¹¹².

4.12 Art. 11

L'art. 11 a donné lieu à diverses remarques générales :

- Un canton souligne que la disposition régit deux domaines différents, à savoir les contrats de placement et de conservation de valeurs patrimoniales et les contrats de gestion de fortune. Pour faciliter la compréhension, il suggère de traiter ces deux domaines dans deux articles distincts¹¹³.
- Un autre canton considère que la procédure proposée est complexe et qu'elle pourrait s'avérer difficile à mettre en œuvre, notamment en raison du principe d'égalité de traitement des mandataires. À cet égard, il juge plus simple de prévoir un régime d'autorisation pour tous les investissements prévus à l'art. 9, al. 1 et 3, et de ne procéder à l'analyse de la fortune que dans ce cadre¹¹⁴.

L'al. 1 a donné lieu aux remarques suivantes :

- Trois cantons expliquent qu'en vertu de la teneur de la disposition, la personne concernée sous curatelle ne pourra plus conclure de contrats avec une banque ou une assurance. Ils précisent que cela ne vaudra toutefois que pour les curatelles de portée générale au sens de l'art. 398 CC ou lorsque l'exercice des droits civils de la personne concernée a été limité conformément à l'art. 394, al. 2, CC en ce qui concerne la conclusion de contrats avec une banque ou la gestion des revenus et du patrimoine. Dans la pratique, de tels cas de figure représentent plutôt l'exception : l'exercice des droits civils de la personne concernée est maintenu dans environ 90 % des mesures de protection de l'adulte prononcées. Pour les trois cantons, la formulation de l'al. 1 s'avère pour cette raison trop restrictive. Ils sont d'avis que le maintien de cette formulation aurait pour conséquence d'interdire à la personne concernée de conclure elle-même des contrats avec des banques et, par exemple, d'ouvrir un compte pour son entretien personnel ou de demander une carte de crédit pour ce compte, contrairement aux dispositions de droit quasi civil de l'APEA. Les trois cantons demandent donc que les contrats existants relatifs au placement, à la préservation et à la gestion des biens ne soient par principe pas touchés par l'instauration d'une mesure de protection de l'adulte. Ils estiment que les contrats conclus pendant l'existence d'une mesure de protection de l'adulte devraient pouvoir l'être au nom de la personne concernée, soit par le mandataire soit par la personne concernée elle-même si l'exercice de ses droits civils n'est pas limité à cet égard¹¹⁵.

¹¹¹ ZG, p. 4

¹¹² GL, p. 1

¹¹³ ZH, p. 3

¹¹⁴ TI, p. 3

¹¹⁵ AI, p. 1 ; AR, p. 3 ; GR, p. 2

- Un canton considère que les partenaires contractuels ne devraient pas être énumérés de manière exhaustive, car des contrats devraient également pouvoir être conclus avec d'autres gérants de fortune externes¹¹⁶.
- Deux associations sont d'avis qu'il faudrait aussi renoncer à la notion de gestion, car l'accent est mis ici sur les contrats entre les prestataires institutionnels et une personne dont le patrimoine est géré par un curateur. Elles considèrent que la délimitation par rapport à l'activité de gestion du mandataire manque de clarté¹¹⁷.
- Un canton estime opportun de supprimer la seconde phrase de l'al. 1, dès lors notamment qu'il n'est pas pertinent de soumettre un contrat à l'autorisation préalable de l'APEA alors qu'il ne peut pas être négocié. Il ajoute que l'ordonnance prévoit suffisamment d'autres mesures de protection (art. 11, al. 2 à 4, et art. 13, al. 2, OGPCT)¹¹⁸.

L'al. 2 a donné lieu aux retours suivants quant au principe :

- Un canton demande comment il faut comprendre la formulation en vertu de laquelle l'APEA décide d'office ou sur proposition du mandataire et quel est le but poursuivi par les let. a à d. Il note que la marge de manœuvre semble très grande, mais l'utilité n'est pas claire¹¹⁹.
- De l'avis d'un autre canton, il convient de préciser qu'aucune autorisation de l'APEA n'est nécessaire pour les décisions concernant le patrimoine (liquidations de comptes et transferts, etc.) ni pour les placements au sens de l'art. 8 AP-OGPCT, et qu'une telle autorisation n'est pas non plus prévue par l'OGPCT¹²⁰.
- Un troisième canton fait remarquer que les décisions pour déterminer « s'il existe des biens au sens de l'art. 9, al. 1 ou 3 » (let. a), « quels sont les biens dont la personne concernée peut disposer elle-même » (let. c) ou « quel est le droit d'accès aux coffres-forts » (let. d) sont sans rapport avec le titre de la disposition¹²¹.
- Un canton explique que sur son territoire, les APEA examinent la situation économique de la personne concernée lors de la réception de l'inventaire et du budget en début de mesure ou du contrôle des comptes et déterminent ensuite ce qu'il convient de faire avec chaque élément de fortune. L'APEA ne rend pas de décision à ce stade, mais invite au besoin le curateur à adapter le patrimoine aux dispositions de l'OGPCT. Selon lui, ce système fonctionne très bien et il serait judicieux qu'il puisse perdurer. Il serait par conséquent judicieux de conserver la formulation « l'APEA définit » plutôt que « l'APEA décide »¹²².
- Une association critique le fait que l'art. 7, al. 1, et l'art. 11, al. 2, ne prévoient pas la participation de la personne concernée à la gestion de son propre patrimoine. Elle conclut que

¹¹⁶ BS, p. 2 s.

¹¹⁷ COPMA, p. 2 ; SwissBanking, p. 3

¹¹⁸ VD, p. 5

¹¹⁹ GL, p. 2

¹²⁰ BS, p. 2 s.

¹²¹ TG, p. 2

¹²² VD, p. 5

cela constitue une discrimination du fait d'une déficience mentale ou psychique au sens de l'art. 8, al. 2, Cst. et des art. 2 et 5 CDPH¹²³.

Autres remarques concernant l'al. 2 :

- Let. a : un canton fait remarquer que la disposition se rapportant aux contrats sur le placement, la préservation et la gestion des biens, il faudrait aussi établir et approuver un nouveau contrat pour chaque autorisation d'une proposition de placement. Dès lors, la question se pose selon lui de savoir si une analyse de la fortune peut avoir lieu avant que les placements visés à l'art. 9, al. 1 ou 3, AP-OGPCT n'aient été approuvés. Il estime que la mise en œuvre de cette disposition entraînera un surcroît de travail considérable, sans pour autant générer plus de sécurité et de clarté¹²⁴. Un second canton estime que la décision quant à l'existence de biens au sens de l'art. 9, al. 1 ou 3, doit être clairement distinguée de l'autorisation visée à l'art. 11, al. 3 et 4¹²⁵.
- Let. c : trois participants sont d'avis que la réglementation selon laquelle l'APEA doit déterminer les biens dont la personne concernée peut elle-même disposer n'est pas nécessaire et contredit l'art. 395 CC, selon lequel l'APEA détermine (uniquement) les biens sur lesquels portent les pouvoirs du curateur ; ils considèrent que dans la mesure où l'APEA ne prive pas la personne concernée de l'exercice de ses droits civils, ne les restreint pas et ne limite pas l'accès aux biens, la personne concernée conserve l'exercice de ses droits civils et peut disposer de tous ses biens¹²⁶. Deux cantons estiment qu'il faut pour cette raison renoncer à la réglementation en question¹²⁷. Un troisième canton se joint aux deux précédents pour dire que la décision correspondante découle déjà de la décision d'instituer la curatelle et que le curateur peut ouvrir un compte d'argent de poche de manière autonome et sans l'intervention de l'APEA¹²⁸.
- Let. d : une association souligne que les explications relatives aux let. b et c concernent aussi des cas dans lesquels l'APEA accorde l'accès à un coffre-fort au seul curateur ou au client. Elle estime qu'ici aussi, la banque ne doit plus avoir à vérifier si une autorisation au sens de l'art. 416 CC est nécessaire ou si le client est capable de discernement. Le rapport explicatif doit selon elle être complété en conséquence¹²⁹.

L'al. 3 a donné lieu aux retours suivants :

- Un canton est d'avis que la réserve de l'autorisation (« si les placements visés à l'art. 9, al. 1, sont soumis à son autorisation ») n'a pas de lien apparent avec le titre de la disposition et relève sur le fond plutôt de l'art. 9¹³⁰.
- Un autre canton peine à discerner selon quels critères l'APEA doit juger si les placements au sens de l'art. 9, al. 1, sont soumis à son autorisation ou non¹³¹. Un autre canton encore estime qu'il en résulte également une insécurité juridique considérable, la disposition

¹²³ Inclusion Handicap, p. 2 s.

¹²⁴ ZH, p. 4

¹²⁵ VD, p. 6

¹²⁶ SG, p. 1 s. ; ZH, p. 4. ; UBCS, p. 6

¹²⁷ ZG, p. 4 s. ; ZH, p. 4

¹²⁸ AG, p. 2 ; ZG, p. 4 s. ; ZH, p. 4

¹²⁹ UBCS, p. 6

¹³⁰ TG, p. 2

¹³¹ GL, p. 2

laissant présumer que l'APEA décide dans tous les cas, sans exception, si les placements requièrent une autorisation ou non. Or, dans la pratique, dans de nombreux cas, il n'y aura pas de décision (à ce stade)¹³².

- Un participant constate que le rapport entre les différents types d'autorisation des autorités (al. 3 et 4 en relation avec l'art. 4) n'est pas clair non plus, et il demande si le terme « autorisation » est utilisé à dessein ou s'il faut le comprendre comme synonyme de « consentement » au sens de l'art. 416 CC. Il juge aussi nécessaire de préciser à quoi ressembleront les « autorisations » en question : doivent-elles être similaires aux « consentements » selon l'art. 416 CC, c'est-à-dire prendre la forme de décisions, ou la signature du conseiller chargé du dossier sur le formulaire de la banque suffira-t-elle ?¹³³
- Un parti juge que pour garantir une évaluation compétente des risques, les placements pour dépenses supplémentaires selon l'art. 9, al. 1, devraient tous être autorisés par l'APEA¹³⁴.

L'al. 4 a donné lieu aux retours suivants :

- Un canton note que cette disposition pourrait être en contradiction avec l'art. 416, al. 1, ch. 5, CC. Il ajoute qu'en rapport avec des mandats de gestion de fortune, les banques se réservent régulièrement un droit de gage sur les biens gérés pour le client dans le cadre du mandat, de sorte que la question de l'obligation d'obtenir le consentement de l'APEA selon l'art. 416, al. 1, ch. 5, CC en cas de mise en gage de biens de se pose également, l'interprétation de cette disposition laissant une large place à l'examen du cas particulier¹³⁵.
- Un autre canton estime que l'obligation d'obtenir une autorisation pour les placements selon l'art. 9, al. 3, est déjà contenue dans cette disposition, en ce sens que l'APEA peut autoriser d'autres placements si la situation financière de la personne concernée est particulièrement favorable¹³⁶.
- De l'avis d'un troisième canton, il s'impose de supprimer le renvoi à l'art. 11, al. 1 pour éviter tout malentendu : seuls les placements au sens de l'art. 9, al. 3, AP-OGPCT et les contrats de gestion de fortune sont obligatoirement soumis à autorisation, et non les autres contrats bancaires tels que les ouvertures ou les liquidations de compte, etc. L'APEA décide de l'assujettissement au régime de l'autorisation de ces contrats de moindre ampleur dans le cadre du patrimoine relevant de l'art. 9, al. 1, AP-OGPCT (placements pour dépenses supplémentaires)¹³⁷.
- Un autre canton encore est d'avis que l'al. 4 devrait être supprimé dans son intégralité : selon la teneur de cette disposition, les placements visés à l'art. 9, al. 3, sont soumis à l'autorisation de l'APEA. Or l'art. 9, al. 3, contient une formulation potestative susceptible

¹³² BL, p. 2

¹³³ GL, p. 2

¹³⁴ PS, p. 2

¹³⁵ AR, p. 3

¹³⁶ GR, p. 2 s.

¹³⁷ BS, p. 2 s.

d'être mécomprise dans ce contexte, c'est-à-dire en rapport avec la question de savoir si une autorisation est nécessaire¹³⁸.

- Ce même canton demande de plus qu'il soit examiné si l'exigence d'obtenir une autorisation ne pourrait pas être réglée directement à l'art. 11, al. 1¹³⁹.
- Un parti et une association rappellent que, de plus en plus souvent, des stratégies sont utilisées pour assurer des placements sûrs. Or, ces stratégies de placement ne sont selon eux pas mentionnées dans l'ordonnance. Il en résulte que même si une telle stratégie a été convenue, la banque doit demander l'autorisation de l'APEA pour chaque transaction sur titres, ce qui est contraire au but de la stratégie. Il convient donc, d'après eux, de préciser qu'une autorisation peut porter non seulement sur un placement individuel, mais aussi sur toute une stratégie de placement¹⁴⁰.
- Deux associations estiment que les contrats de gestion de fortune et les stratégies de placement devraient être explicitement mentionnés dans ce contexte. Elles trouvent en revanche inutile que l'APEA doive approuver des contrats-types de prestataires institutionnels. Elles concluent qu'une autorité n'a aucune influence en la matière et que le renvoi à l'art. 11, al. 1, doit être supprimé¹⁴¹.

L'al. 5 a donné lieu aux retours suivants :

- Pour un canton, il va de soi que l'APEA notifie ses décisions aux mandataires – mais aussi aux personnes concernées non mentionnées à l'al. 5 ainsi qu'aux gérants de fortune externes impliqués – en tant que destinataires directs des décisions. Il considère que la liste non exhaustive des destinataires auxquels les décisions sont à notifier peut être supprimée, car l'obligation de notification découle des dispositions de procédure du code civil. Il estime aussi important de prévoir une obligation expresse de notifier les décisions aux banques et aux assurances responsables des comptes ou des dépôts des personnes concernées, car en tant qu'institutions gérant des dépôts ou des comptes ou conservant des biens de toutes natures (coffres-forts, compartiments de coffre-fort, solutions d'assurance), elles doivent être informées des compétences de représentation et de leur étendue. Il juge que cela vaut également lorsqu'elles ne sont pas considérées comme des entités directement concernées parce qu'elles ne sont pas chargées de la gestion de fortune¹⁴².
- Deux cantons trouvent totalement inapproprié que la banque et l'APEA communiquent directement entre elles, excluant du coup le mandataire alors que celui-ci gère le mandat, connaît les besoins de la personne concernée et sait ce qui peut encore advenir, si bien qu'il est le seul à pouvoir planifier les liquidités et les investissements nécessaires à court, moyen et long terme. Ils sont d'avis que la banque ne doit par conséquent pas recevoir la décision de l'APEA¹⁴³.

¹³⁸ GL, p. 2

¹³⁹ GL, p. 2

¹⁴⁰ PLR, p. 1 ; SwissBanking, p. 3

¹⁴¹ COPMA, p. 2 ; SwissBanking, p. 3

¹⁴² BS, p. 2 s.

¹⁴³ VS, p. 2 ; ZG, p. 4 s.

- Deux associations sont d'avis qu'on peut renoncer à mentionner le mandataire, car l'APEA l'informe de toute manière des décisions¹⁴⁴.
- Une association juge la disposition imprécise dans la mesure où les décisions qui y sont mentionnées ou leur communication aux banques et aux assurances ne se réfèrent qu'aux faits régis par l'al. 2 et n'englobent pas – contrairement à ce que laisse supposer la structure de l'article – les décisions d'autorisation conformément à l'art. 11, al. 3 et 4¹⁴⁵.
- Un canton trouve que la disposition n'est pas suffisamment précise. Il se demande en particulier si l'APEA doit communiquer uniquement sa décision portant sur l'autorisation ou également les décisions relatives à l'analyse des biens de la personne concernée. Il estime que les banques n'ont pas à avoir accès à des données personnelles de la personne concernée, ni à toutes les décisions en lien avec les actes de gestion¹⁴⁶.

4.13 Art. 12

Les al. 1 et 2 n'ont donné lieu à aucune remarque.

L'al. 3 a donné lieu aux remarques suivantes :

- Pour un canton, il convient de préciser de quelles assurances il s'agit, et en particulier si les caisses-maladie, les assurances-vie et les assurances sociales sont également incluses. Il faut selon lui aussi préciser dans quels cas une « décision écrite » est nécessaire. Enfin, il note que l'art. 448, al. 1, CC ne prévoit qu'une obligation de collaborer pour les personnes et les tiers impliqués dans la procédure¹⁴⁷.
- Deux associations trouvent choquant que l'APEA soit obligée de passer par le mandataire¹⁴⁸. Un canton est d'avis qu'il faut laisser l'APEA décider quand elle souhaite demander des informations auprès de la banque et quand elle souhaite les demander directement au mandataire¹⁴⁹. Le canton et les deux associations sont d'avis qu'il faut ici privilégier l'actuelle formulation conformément à l'art. 10, al. 3, OGPCT (en l'adaptant en conséquence)¹⁵⁰.
- Une association juge qu'avec la formulation proposée, il est à craindre que les autorités demandent dans tous les cas des extraits de compte et de dépôts au mandataire, ce qui ne correspond pas à l'esprit de la norme. En effet, en cas de dispense de l'obligation d'établir des comptes conformément à l'art. 420 CC, il n'est nécessaire de demander directement des informations relatives aux revenus ni au mandataire ni aux banques et aux assurances. Même dans les cas où le mandataire n'est pas ou que partiellement délié de l'obligation de présenter les comptes, il n'est pas dans l'intérêt de la personne concernée que le mandataire déclare à l'avance aux banques qu'il renonce au secret bancaire. Cette

¹⁴⁴ COPMA, p. 2 s. ; SwissBanking, p. 3

¹⁴⁵ SwissBanking, addendum, p. 2

¹⁴⁶ VD, p. 7

¹⁴⁷ GL, p. 2

¹⁴⁸ APEA, Toggenburg, p. 1 ; APEA Werdenberg, p. 1

¹⁴⁹ TG, p. 2

¹⁵⁰ TG, p. 2 ; APEA, Toggenburg, p. 1 ; APEA Werdenberg, p. 1

renonciation ne doit donc pouvoir être exigée qu'exceptionnellement par les APEA. L'association propose que la disposition soit pour cette raison reformulée comme disposition potestative, pour ne pas contredire l'art. 420 CC¹⁵¹.

- Un canton estime que dans certaines circonstances, une demande directe de l'APEA auprès des banques et des assurances devrait être possible (par exemple en cas de comportement délictueux du curateur). Il propose pour cette raison de supprimer l'al. 3 ou au moins de revoir la formulation des al. 3 et 4¹⁵².
- Un canton explique ne pas comprendre pourquoi il faudrait une décision susceptible de recours pour obtenir des informations ; par ailleurs, la question se pose de savoir qui devrait faire recours contre une telle décision. Comme la collaboration et l'échange d'informations entre l'APEA et les banques fonctionnent parfaitement et sans complication dans la pratique, il juge qu'il serait inopportun de procéder à des changements¹⁵³.
- Une association exprime sa satisfaction quant au fait qu'il est prévu de supprimer l'obligation faite aux banques de remettre automatiquement des rapports à l'APEA. Elle ajoute qu'en cas d'urgence particulière et si les intérêts de la personne concernée ne peuvent être défendus d'une autre manière, l'APEA devrait toutefois pouvoir prendre des mesures provisionnelles sur la base des art. 445 et 448 CC et pouvoir exiger de la banque les informations correspondantes¹⁵⁴.
- Toujours selon l'association susmentionnée, il devrait être précisé que les dispositions de procédure des art. 443 ss CC, en particulier l'obligation d'informer, s'appliqueraient à toutes les questions relatives à la surveillance de l'APEA. Elle estime que c'est important dans la mesure où les banques seraient alors en conflit avec le secret bancaire¹⁵⁵.

L'al. 4 a donné lieu aux remarques suivantes :

- Un canton explique qu'il convient ici également de préciser de quelles assurances il s'agit, et en particulier si les caisses-maladie, les assurances-vie et les assurances sociales sont également incluses¹⁵⁶.
- Deux cantons rappellent que l'APEA ne rend pas de décision pour demander des extraits et des informations, mais qu'elle le fait par la voie d'une simple lettre. Ils demandent que cela soit précisé¹⁵⁷.
- Un canton écrit que les critiques de la doctrine à l'encontre de l'art. 10, al. 3, OGPCT, selon lesquelles la disposition est dépourvue de base légale et inappropriée pour délier les personnes mentionnées du secret bancaire, restent valables pour cet alinéa. D'après lui, une décision formelle de l'APEA ne résout pas le problème¹⁵⁸.

¹⁵¹ insieme, p. 2

¹⁵² GR, p. 3

¹⁵³ ZH, p. 5

¹⁵⁴ UBCS, p. 6 s.

¹⁵⁵ UBCS, p. 6 s.

¹⁵⁶ GL, p. 2

¹⁵⁷ FR, p. 1 ; ZG, p. 5

¹⁵⁸ VS, p. 2

4.14 Art. 13

Un canton fait remarquer que l'APEA ne met pas à disposition de modèles de formulaires ou de contrats-types : dans la pratique, c'est la banque ou le gérant de fortune qui fournit le contrat de gestion de fortune. Le canton demande que le passage soit adapté en conséquence¹⁵⁹.

4.15 Art. 14

Aucune remarque.

4.16 Art. 15

Partant d'une période de reddition des rapports (d'en principe) deux ans, trois cantons estiment que le délai maximal pour adapter les placements existants doit être porté à trois ans¹⁶⁰. Si le délai était fixé à deux ans au maximum, il ne resterait plus assez de temps pour procéder à l'examen à effectuer dans le cadre de la reddition des rapports¹⁶¹. Ils expliquent que sur une période de trois ans, tous les dossiers concernés auront passé devant l'APEA et pourraient ainsi être examinés dans le cadre de l'examen ordinaire du rapport, et qu'il ne serait pas nécessaire de mener une procédure distincte pendant une période de reddition des rapports en cours¹⁶².

Deux participants expliquent que si l'ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier, il faudra tenir compte du fait que l'art. 10, al. 4, OGPCT (transmission annuelle automatique, par les banques et les institutions d'assurance, des relevés de compte, de dépôt et d'assurance de la personne concernée) sera abrogé dans la disposition transitoire un jour avant l'entrée en vigueur des autres nouvelles dispositions de l'OGPCT. Cette manière de procéder permettra d'éviter qu'à la fin de l'année, peu avant l'entrée en vigueur de l'OGPCT, l'obligation faite aux banques et aux institutions d'assurance ne s'applique encore une fois¹⁶³.

Trois participants ont par ailleurs demandé que soient ajoutés à la disposition les contrats visés à l'art. 11, al. 1, faute de quoi les nombreux contrats existants seraient annulés à l'entrée en vigueur de l'OGPCT révisée¹⁶⁴.

Comme la révision s'accompagne de modifications nécessitant l'adaptation de directives et de lignes directrices, deux organisations estiment souhaitable de prévoir un délai d'au moins six mois entre le moment de l'adoption par le Conseil fédéral et celui de l'entrée en vigueur¹⁶⁵.

4.17 Art. 16

Aucune remarque.

4.18 Introduction de points supplémentaires dans l'OGPCT

Un canton juge regrettable qu'on ne précise pas les notions importantes suivantes :

¹⁵⁹ ZG, p. 5

¹⁶⁰ AG, p. 2 ; JU, p. 2 ; ZH, p. 5

¹⁶¹ AG, p. 2

¹⁶² JU, p. 2 ; ZH, p. 5

¹⁶³ BS, p. 4 ; SwissBanking, p. 4

¹⁶⁴ BS, p. 3 s. ; ZH, p. 5 ; COPMA, p. 3

¹⁶⁵ COPMA, p. 3 ; SwissBanking, p. 5

- les besoins courants de la personne concernée et la durée à respecter pour la couverture des besoins courants ;
- les dépenses extraordinaires prévisible à prendre en compte ;
- la situation personnelle qui permet des placements particuliers ;
- la situation financière particulièrement favorable de la personne concernée¹⁶⁶.

Un parti note qu'en dépit de la révision totale, une problématique centrale est complètement négligée, à savoir celle de la gestion et de la liquidation de biens-fonds, généralement exigeantes dans la pratique. Il conviendrait selon lui d'élaborer dans ce cadre des prévisions des besoins à long terme et, par ailleurs, de tenir compte du contexte du marché ainsi que des valeurs produisant des intérêts. Il estime qu'il faudrait pouvoir exclure en pratique qu'un immeuble soit aliéné en temps inopportun et que la personne concernée, voire une famille, perde ainsi un bien-fonds. En parallèle, il faudrait s'assurer, pour les placements pour dépenses supplémentaires, que les biens-fonds ne puissent pas être convertis en « autres placements » en vertu de la disposition floue de l'art. 10, al. 2. Il en va de même, par analogie, pour les participations à des sociétés (de famille). Le parti souligne la nécessité de mettre en place des mécanismes de sécurité spécifiques. Dès lors, il convient selon lui d'accorder une attention particulière à la gestion des biens-fonds et d'exclure ceux-ci du champ d'application de l'ordonnance, ou alors de compléter ou de remanier l'ordonnance en profondeur¹⁶⁷.

Une association fait remarquer que l'art. 12 de la CDPH demande la mise en place d'un « contrôle périodique effectué par un organe compétent, indépendant et impartial ou une instance judiciaire ». Cet organe ou cette instance doit aussi surveiller la participation régulière de la personne concernée à la gestion de son patrimoine, en conformité avec les autres dispositions de l'art. 12 CDPH. En l'absence d'une telle surveillance, l'association juge réel le risque que le plénipotentiaire, peu enclin à écouter l'opinion de la personne concernée, commette d'éventuels abus. Il faudrait donc, selon elle, prévoir que l'APEA assure un tel contrôle¹⁶⁸.

5 Accès aux avis

Conformément à l'art. 9 de la loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation¹⁶⁹, le public a accès au dossier soumis à consultation, ainsi qu'après expiration du délai de consultation, aux avis exprimés par les participants, tout comme – après que le Conseil fédéral en a pris connaissance – au présent rapport. Ces documents sont disponibles sous forme électronique sur le site de la Confédération¹⁷⁰. Les avis exprimés peuvent être consultés dans leur intégralité sur le site susmentionné (art. 16 de l'ordonnance sur la consultation]¹⁷¹).

¹⁶⁶ JU, p. 1 s.

¹⁶⁷ UDC, p. 2

¹⁶⁸ Inclusion Handicap, p. 3

¹⁶⁹ RS 172.061

¹⁷⁰ Les avis sont consultables sous : www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation.

¹⁷¹ RS 172.061.1

Verzeichnis der Eingaben
Liste des organismes ayant répondu
Elenco dei partecipanti

Kantone / Cantons / Cantoni

AG	Aargau / Argovie / Argovia
AI	Appenzell Innerrhoden / Appenzell Rh.-Int. / Appenzello Interno
AR	Appenzell Ausserrhoden / Appenzell Rh.-Ext. / Appenzello Esterno
BE	Bern / Berne / Berna
BL	Basel-Landschaft / Bâle-Campagne / Basilea-Campagna
BS	Basel-Stadt / Bâle-Ville / Basilea-Città
FR	Freiburg / Fribourg / Friburgo
GE	Genf / Genève / Ginevra
GL	Glarus / Glaris / Glarona
GR	Graubünden / Grisons / Grigioni
JU	Jura / Giura
LU	Luzern / Lucerne / Lucerna
NE	Neuenburg / Neuchâtel
NW	Nidwalden / Nidwald / Nidvaldo
OW	Obwalden / Obwald / Obvaldo
SG	St. Gallen / Saint-Gall / San Gallo
SH	Schaffhausen / Schaffhouse / Sciaffusa
SO	Solothurn / Soleure / Soletta
SZ	Schwyz / Svitto
TG	Thurgau / Thurgovie / Turgovia
TI	Tessin / Ticino
UR	Uri
VD	Waadt / Vaud
VS	Wallis / Valais / Vallese
ZG	Zug / Zoug / Zugo
ZH	Zürich / Zurich / Zurigo

Parteien / Partis politiques / Partiti politici

PLR	FDP. Die Liberalen PLR. Les Libéraux-Radicaux PLR. I Liberali Radicali PLD. Ils Liberals
PS	Sozialdemokratische Partei der Schweiz (SP) Parti socialiste suisse (PS) Partito socialista svizzero (PS)

UDC	Schweizerische Volkspartei SVP Union démocratique du centre UDC Unione democratica di centro UDC
------------	--

Interessierte Organisationen und Privatpersonen / Organisations intéressées et particuliers / Organizzazioni interessate e privati

economiesuisse	Verband der Schweizer Unternehmen Fédération des entreprises suisses Federazione delle imprese svizzere Swiss Business Federation
Inclusion Handicap	Association faîtière de organisations suisses de personnes handicapées
insieme	Schweizerische Vereinigung der Elternvereine für Menschen mit einer geistigen Behinderung
APEA Toggenburg	Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte de Toggenburg
APEA Werdenberg	Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte de Werdenberg
COPMA	Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutzrecht KOKES Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes COPMA Conferenza per la protezione dei minori e degli adulti COPMA
Kugler	Barbara Kugler, Basel
ASCP	Schweizerische Vereinigung der Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände SVBB Association suisse des curatrices et curateurs professionnels ASCP Associazione svizzera delle curatrici e dei curatori professionali ASCP
ASA	Schweizerischer Versicherungsverband SVV Association Suisse d'Assurances ASA Associazione Svizzera d'Assicurazioni ASA Swiss Insurance Association
SwissBanking	Schweizerische Bankiervereinigung Association suisse des banquiers Associazione Svizzera dei Banchieri Swiss Bankers Association
UNIGE	Universität Genf Université de Genève Università di Ginevra
UBCS	Verband Schweizerischer Kantonalbanken VSKB Union des Banques Cantonales Suisses UBCS Unione delle Banche Cantionali Svizzere UBCS
ASG	Verband Schweizerischer Vermögensverwalter VSV Association Suisse des Gérants de Fortune ASG Associazione Svizzera di Gestori di Patrimoni ASG Swiss Association of Asset Managers SAAM

Verzicht auf Stellungnahme / Renonciation à une prise de position / Rinuncia a un parere

- Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter SVR
Association suisse des magistrats de l'ordre judiciaire ASM
Associazione svizzera dei magistrati ASM
Associazion svizra dals derschaders ASD

- Schweizerischer Städteverband SSV
Union des villes suisses UVS
Unione delle città svizzere UCS