

**Ordonnance  
sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une cu-  
ratelle ou d'une tutelle (OGP)**

**Rapport explicatif**

**Novembre 2011**

## Introduction:

En vertu du droit en vigueur, les cantons établissent des règles spéciales pour le placement et la garde des fonds (du pupille), ainsi que pour la comptabilité, la forme des rapports et la reddition des comptes (art. 425, al. 2, CC). Plusieurs cantons ont édicté de telles normes sous la forme d'ordonnances, de circulaires ou de recommandations. Afin de favoriser l'application uniforme du droit fédéral, le Conseil fédéral arrête les dispositions relatives au placement et à la préservation des biens (art. 408, al. 3, CC rév.). Ces dispositions, en vertu de l'art. 327c, al. 2, CC rév., s'appliquent aussi au placement et à la préservation des biens des mineurs sous tutelle.

L'ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGP) part du principe que les personnes chargées de la gestion des biens disposent des connaissances de base nécessaires pour déceler les besoins financiers des personnes concernées et choisir en leur nom la stratégie de placement qui convient (art. 400, al. 1, CC rév.). Cependant, l'ordonnance ne fait pas appel à des instruments de placement complexes, car l'on ne saurait escompter que les placements de biens soient opérés par des experts financiers.

## Art. 1

La compétence de gérer des biens dépend du type de mesure ordonnée. Elle est établie dès lors que l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte institue une curatelle de représentation chargée de gérer le patrimoine, une curatelle de gestion ou une tutelle (droit de l'enfant). Les biens comprennent tous les droits et obligations de la personne concernée qui ont une valeur pécuniaire. En font partie non seulement les sommes en espèce, les titres et les immobilisations corporelles (objets mobiliers et biens immobiliers), mais encore, par exemple, le revenu quelle que soit sa source, les intérêts, les rentes, les avoirs, les participations, et les utilisations de droits (par exemple, brevets ou licences)<sup>1</sup>.

## Art. 2

Les biens des personnes concernées doivent être placés de manière sûre et rentable et sans dépréciation. Du but de la protection de l'adulte et de l'enfant découle le principe suivant: lors du placement des biens de la personne concernée, le curateur ou le tuteur visera la sécurité avant le rendement, en d'autres termes la préservation des biens avant leur accroissement<sup>2</sup>. Dans ce cadre, le respect du principe de prudence est de mise. Ce principe revêt aujourd'hui d'autant plus d'importance que la crise financière qui s'est produite en 2009 a provoqué une insécurité générale quant à l'évolution des marchés financiers, suite à des baisses et de fortes fluctuations des cours des actions, des fonds de placement et d'autres produits financiers structurés.

Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a renoncé à définir ce qu'il fallait entendre par placement sûr dans le domaine de la tutelle (ATF 78 II 338, 343 s.). Les art. 5 et suivants de l'ordonnance précisent la notion de sécurité. Cette notion est prise dans une acception moderne en ce sens qu'elle postule l'individualité des placements. Au demeurant, le placement de valeurs présente la sécurité nécessaire lorsqu'il a été diversifié. Par diversification, on entend la répartition des biens entre des placements aussi différents que possible dans le but d'optimiser le rapport entre rendement et risques pour l'ensemble des biens<sup>3</sup>. Lors du premier placement de biens d'une certaine importance ou de la conversion du placement de

<sup>1</sup> Basler Kommentar, ZGB I-Guler (2010), art. 413 n° 7.

<sup>2</sup> Conférence des autorités cantonales de tutelle (CAT, aujourd'hui COPMA), Recommandations complémentaires concernant le placement de fortune, RDT 3/2009, p. 201; SCHMID Hermann, Kommentar Erwachsenenschutz, art. 408, no 10.

<sup>3</sup> BASLER SCHERER Marianne: Vermögensanlagen unter Erwachsenenschutzrecht“, RMA 3/2011, p. 181

ces biens, il convient d'opter pour une large répartition des risques. S'agissant de placements existants d'une certaine ampleur qui ont été diversifiés, le curateur ou le tuteur devrait prendre l'avis d'au moins une personne indépendante du milieu bancaire.<sup>4</sup>

### Art. 3

Cette disposition instaure une obligation de placement à laquelle le curateur ou le tuteur est astreint. Sont expressément exemptées du placement les espèces qui sont nécessaires à brève échéance pour couvrir les besoins courants de la personne concernée. En d'autres termes, le curateur ou le tuteur ne doit conserver par-devers lui que des espèces indispensables à la personne concernée. Il est tenu de placer l'excédent lors de sa prise de fonctions, conformément aux art. 6 et 7.

Sous l'empire du droit actuel, le tuteur doit l'intérêt de toute somme d'argent qu'il a laissée improductive plus d'un mois (art. 401, al. 1, CC). Ainsi, aujourd'hui, c'est lui qui répond au premier chef du défaut de placement. Selon le nouveau droit, en revanche, la responsabilité du dommage causé par un acte illicite ou une omission du curateur ou du tuteur incombera exclusivement au canton (art. 454, al. 3, CC rév.), l'action récursoire contre l'auteur du dommage étant réservée (art. 454, al. 4, CC rév.). En l'occurrence, une question se pose: pour le placement auquel il n'a pas procédé, le curateur ou le tuteur doit-il s'acquitter d'un intérêt rémunérateur au sens de l'art. 73, al. 1, CO ou d'un intérêt moratoire selon l'art. 104, al. 1, CO<sup>5</sup> Il appartient à la jurisprudence de trancher cette question. La prescription de cette créance ne court pas avant que la curatelle ou la tutelle ait été levée (art. 455, al. 3, CC rév.).

### Art. 4

Les titres (uniquement ceux qui sont émis sous la forme physique), les objets de valeur, les bijoux, etc. doivent, par principe, être conservés auprès d'un établissement bancaire au sens de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques<sup>6</sup>. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte peut aussi ordonner qu'ils soient conservés dans un local ou un meuble à elle protégé contre le feu et le vol. Ce sera notamment le cas si elle veut limiter les possibilités d'accéder à ces valeurs. Par ailleurs, il peut arriver qu'il n'apparaisse ni nécessaire ni judicieux de déposer les valeurs dans une banque. On ne voit pas, par exemple, pourquoi une personne atteinte de démence ne pourrait plus garder chez elle sa collection ancienne de tableaux. Il y a donc lieu de prendre toujours en compte les spécificités de chaque cas.

### Art. 5

L'ordonnance repose sur le principe selon lequel, dans le choix du placement, le curateur ou le tuteur ne devrait pas se laisser guider, au premier chef, par la recherche de la sécurité mais par les besoins concrets de la personne concernée.

Aussi la sécurité du placement se détermine-t-elle toujours cas par cas en fonction de la capacité de la personne protégée à supporter des risques<sup>7</sup>. Le curateur ou le tuteur doit donc, par principe, adopter une approche globale tenant compte des éléments suivants:

S'agissant de la personne protégée:

- l'âge;
- l'état de santé;
- le coût des besoins courants;
- les dépenses extraordinaires prévisibles (uniques ou répétées);
- les expectatives éventuelles d'un droit;
- la couverture des risques par les assurances sociales et privées;
- la pension putative de la personne concernée au placement;

---

<sup>4</sup> CAT (aujourd'hui COPMA), Recommandations complémentaires concernant le placement de fortune, RDT 3/2009, p. 201.

<sup>5</sup> Basler Kommentar, ZGB I-GULER (2010), art. 401 n° 9.

<sup>6</sup> RS 952.0

<sup>7</sup> BASLER SCHERER Marianne : Vermögensanlagen unter Erwachsenenschutzrecht, RMA 3/2011, p. 181 .

S'agissant des biens à gérer:

- le montant;
- la date du placement;
- la durée du placement;
- le risque d'inflation<sup>8</sup>.

La planification des liquidités est aussi un moyen d'assurer la sécurité des placements. Il s'agit de répartir les biens entre des placements à court, moyen et long terme<sup>9</sup>.

#### Art. 6

Plus les biens sont conséquents et mieux est assuré l'entretien d'une personne à long terme compte tenu de l'espérance de vie, plus il est loisible à la personne chargée de la gestion du patrimoine de s'écarter d'un mode de placement généralement considéré comme sûr pour investir une partie au moins des biens dans des secteurs plus risqués où les placements ont cependant un rendement supérieur. A la lumière de ces considérations, l'OGP établit une distinction entre deux catégories de biens, qui obéissent à des règles de placement plus ou moins rigoureuses selon le cas. Matériellement, l'OGP s'inspire des dispositions sur le placement et la préservation des biens que contient l'ordonnance du canton de Lucerne sur la tutelle, qui est entrée en vigueur le 25 septembre 2001. Celle-ci distingue trois types de placements de biens: ceux qui servent à couvrir les besoins courants de la personne concernée [§23], ceux qui visent la constitution de réserves pour la couverture de besoins supplémentaires [§24], enfin les placements des autres biens [§25]. L'OGP n'opère cependant pas de distinction entre réserves pour besoins supplémentaires et placement des autres biens. Du reste, dans la pratique, une telle distinction qui n'est pas décisive pourrait, cependant, engendrer des problèmes de délimitation.

Il apparaît opportun et compatible avec les intérêts patrimoniaux des personnes concernées de soumettre les biens qui servent à couvrir les besoins courants aux règles classiques de placement (fonds d'épargne, obligations de caisse de banques cantonales pleinement garanties par l'Etat, obligations de la Confédération et des cantons et lettres de gage, immeubles à l'usage personnel de la personne concernée). Aux fins de déterminer le coût engendré par les besoins courants, il y a lieu de se référer notamment à l'art. 5 OGP.

Les placements auprès de Postfinance sont exclus car cet organisme financier n'a pas de licence bancaire. S'il devait en obtenir une à l'avenir, il devrait être considéré comme une banque au sens de l'OGP.

#### Art. 7

Les biens qui servent à constituer des réserves pour la couverture de besoins supplémentaires peuvent, en revanche, être placés sous une forme offrant une sécurité moindre, telle que des obligations de caisse émises par des banques n'ayant pas la garantie pleine et entière de l'Etat, des obligations libellées en francs suisses et émises par des sociétés bénéficiant d'un niveau élevé de solvabilité, des parts de fonds de placement mixtes en francs suisses dont la fortune se compose d'actions, à raison de 25 % au maximum, et de titres d'entreprises étrangères, à raison de 50 % au maximum, enfin des immeubles de rapport. Sur ce point, l'ordonnance reprend grosso modo les dispositions sur le placement des réserves pour la couverture de besoins supplémentaires, telles qu'elles figurent au § 24 de l'ordonnance du 25 septembre 2001 sur la tutelle adoptée par le canton de Lucerne. Il est à noter que la Conférence des autorités cantonales de tutelle s'est inspirée de cette ordon-

---

<sup>8</sup> CAT (aujourd'hui COPMA), Recommandations pour le placement de fortune dans le cadre de mandats tutélaires, RDT 6/2001, p. 336.

<sup>9</sup> BASLER SCHERER Marianne : Vermögensanlagen unter Erwachsenenschutzrecht, RMA 3/2011, p. 182.

nance pour établir en 2001 ses recommandations complémentaires concernant le placement de fortune<sup>10</sup>.

Le respect du devoir de diligence du curateur ou du tuteur implique non seulement que celui-ci acquière le savoir technique nécessaire mais encore qu'il prenne des conseils supplémentaires lorsqu'il doit faire face à des situations complexes. Il n'est pas indispensable que l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte dispose elle-même de spécialistes des placements. Il serait toutefois idéal qu'elle puisse travailler en réseau avec un partenaire compétent appartenant au milieu de la finance.

Le nouveau droit de la protection de l'adulte prévoit que l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte prend des mesures en fonction des besoins de la personne concernée (art. 391, al. 1, CC rév.). Elle peut donc ordonner un placement qui s'écarte des principes fixés aux art. 6 et 7 si la situation financière de la personne concernée s'avère exceptionnellement favorable, compte tenu de ses besoins personnels, au sens de l'art. 5.

C'est sciemment que nous avons renoncé à prévoir l'application par analogie des dispositions relatives au placement de la fortune dans le domaine de la prévoyance professionnelle (art. 49 à 59 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité; OPP2). En effet, les caisses de pension sont gérées de manière professionnelle. Aussi disposent-elles des spécialistes et de l'infrastructure technique et administrative nécessaires. Au demeurant, il leur incombe de gérer des capitaux sans commune mesure. Enfin, leur besoin de liquidités est planifiable de manière plus précise que celui d'une personne sous tutelle ou sous curatelle<sup>11</sup>.

#### Art. 8

Les placements de capitaux qui n'offrent pas une sûreté suffisante doivent être remplacés par des placements sûrs, cette conversion ne devant pas être opérée en temps inopportun ni contre les intérêts de la personne concernée. Le moment le plus opportun pour procéder à la conversion est fonction, dans chaque cas, des circonstances concrètes. Sous l'empire du droit actuel, il est loisible, selon la jurisprudence, d'appliquer des règles moins strictes pour la conversion de placements existant que pour les premiers placements. Ainsi l'on peut prendre en compte la situation personnelle de la personne concernée pour autant que cela n'engendre aucun risque particulier pour la sécurité des biens (ATF 48 II 428). L'art. 8, al. 3, OGP est lié à l'art. 412, al. 2, CC rév. Lorsque, par exemple, des immeubles de famille ou une entreprise familiale ont été l'objet d'un héritage, il convient d'apprécier l'opportunité de renoncer à leur aliénation dans l'intérêt de la personne concernée. Lorsque la personne concernée hérite de parts d'une entreprise familiale, il convient que le curateur ou tuteur examine s'il ne serait pas possible d'ordonner la poursuite des activités de l'entreprise ad intérim.

#### Art. 9

La personne concernée dont la capacité civile a été restreinte par une mesure de protection de l'adulte ne peut plus conclure avec la banque des actes juridiques en toute autonomie et valablement. Il arrive aujourd'hui que les banques refusent de reconnaître au curateur ou au tuteur la qualité pour agir au nom de la personne concernée, quand bien même celui-ci a produit l'acte de nomination délivré par l'autorité de tutelle. Ainsi, le curateur ou le tuteur est dans l'incapacité de s'acquitter de sa mission de représentation des intérêts de la personne concernée. Tel que libellé, l'art. 9 OGP vise à lui permettre de sauvegarder les intérêts de la personne concernée, sans devoir se heurter à des formalités excessives. Il sera, en effet, habilité à conclure avec la banque, pour le compte de la personne concernée, tous les con-

---

<sup>10</sup> CAT (aujourd'hui COPMA), Recommandations pour le placement de fortune dans le cadre de mandats tutélaires, RDT 6/2001, p. 336.

<sup>11</sup> CAT (aujourd'hui COPMA), Recommandations pour le placement de fortune dans le cadre de mandats tutélaires, RDT 6/2001, p. 336.

trats nécessaires au placement et à la préservation des biens de celle-ci, ce qui inclut le droit de se faire délivrer par la banque, sans complications, une carte EC qui lui permettra de retirer l'argent de poche nécessaire à la personne concernée.

#### Art. 10

Les relevés bancaires devraient faire ressortir que la personne concernée est partie au contrat conclu avec la banque et que les objets du placement sont des biens appartenant à une personne sous tutelle ou sous curatelle.

#### Art. 11

Quand bien même les biens sont gérés consciencieusement et diligemment, on ne saurait exclure que des pertes se produisent. Afin de permettre à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte de se couvrir et aux curateurs et tuteurs de se protéger contre d'éventuelles actions en responsabilité, il importe que toutes les décisions d'une certaine importance, qui concernent l'aliénation d'éléments du patrimoine ou la conversion de placements, soient dûment motivées. Par ailleurs, il convient que toutes les manifestations de la volonté des personnes concernées, capables de discernement, soient consignées. L'obligation de documenter les décisions implique la tenue d'une comptabilité simple faisant état des dépenses et des recettes et indiquant l'état de la fortune.

Les exigences auxquelles doit satisfaire la comptabilité varient en fonction de l'importance économique que revêtent les recettes et la fortune de la personne concernée.

Cette disposition doit être mise en relation avec l'obligation de tenir les comptes, statuée à l'art. 410 CC rév. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte a le droit de demander en tout temps aux curateurs et aux tuteurs qu'ils présentent les comptes. En outre, au titre des dispositions spéciales applicables aux proches (art. 420 CC rév.), elle peut les exempter en tout ou partie d'établir des comptes.

#### Art. 12

La conversion en placements licites doit être opérée sitôt que possible. Si le délai maximum pour le faire est fixé à une année, c'est pour tenir compte du fait que la conversion de certains placements, tels que les immeubles sans rendement, prend un certain temps.

#### Art. 13

Le Conseil fédéral ayant décidé, le 12 janvier 2011, de mettre en vigueur le droit de la protection de l'adulte au 1<sup>er</sup> janvier 2013, l'OGP entrera en vigueur à la même date.