



Organisation de l'administration des biens dans le cadre d'une curatelle

I. Situation de départ

L'APEA X. est en train d'affiner la procédure relative aux placements financiers en collaboration avec le centre de gestion de mandats X (je suis la responsable du département processus de placement de fortune).

Au regard de la gestion « sur mesure » des revenus et de la fortune des personnes sans retrait de la capacité à agir, nous avons encore des incertitudes quant à la mise en oeuvre liée à l'art. 395 al 3 CC :

En ma qualité de responsable de la gestion des mandats, je tiens - pour des raisons de clarté juridique envers la personne concernée et les institutions bancaires – à ce qu'il soit clairement défini quels actifs sont exclusivement administrés par le curateur et bien entendu, lesquels par la personne concernée. En outre, il convient de définir quels actifs restent éventuellement accessibles au curateur avec le consentement de l'autorité (signature collective APEA - curateur).

Les attributions claires ont pour nous également des raisons pratiques sur le plan administratif, de sorte à faciliter le règlement des signatures avec les banques, lorsque la signature du client n'est pas requise sur les contrats. D'une part, la démarche peut s'avérer très laborieuse, d'autre part, il est purement impossible d'obtenir la signature de personnes incapables de discernement, surtout celles ayant besoin de soins.

Je suppose qu'à quelques rares exceptions près, le curateur se doit d'administrer tous les biens – hormis le compte autogéré (parfois même deux ou trois). Les gestions partielles devraient constituer des cas exceptionnels.

En ma qualité de responsable de la gestion des mandats et pour des raisons purement technico-administratives, la meilleure solution consiste à instituer l'art. 395 al. 3 CC

comme norme pour toutes les gestions de revenus et de biens sans limitation de la capacité pour les valeurs patrimoniales à gérer par le curateur.

La question se pose à présent de savoir si l'art. 395 al. 3 CC n'a peut-être pas atteint "ses limites":

- Pour le moment de l'ordonnance: lors de l'instauration du mandat, les valeurs patrimoniales ne sont souvent pas dûment consignées afin que la cession puisse s'opérer. En outre, le moment serait souvent prématuré. "L'organisation du compte" devrait logiquement être confiée au curateur.
- Quant à l'étendue de la restriction d'accès: la clarté juridique de la gestion exclusive s'applique non seulement au compte du trafic des paiements, mais aussi à l'ensemble des comptes gérés par le curateur (le cas échéant, uniquement avec consentement de l'APEA).

II. Questions

- a. Lors de l'instauration de l'administration de l'ensemble des revenus et des biens, le plus simple serait en règle générale de proscrire l'accès à toutes les valeurs patrimoniales par une formulation négative intégrée au préalable à la décision d'instauration de la personne concernée sur la base de l'art. 395 al. 3 CC et d'ordonner au curateur d'affecter les comptes nécessaires à la personne concernée pour gestion. Cette démarche serait-elle autorisée ou disproportionnée? Les biens matériels (commentaire bâlois, message relatif à la révision CC) parlent (malheureusement) d'une répartition claire des actifs individuels. Cette démarche permettrait également de résoudre le problème de la gestion du règlement des signatures entre l'instauration et l'établissement de l'inventaire.
- b. Sur la base des biens matériels, nous partons plutôt du principe que tous les actifs sont libellés individuellement. Pour les nouveaux comptes à ouvrir, le grand inconvénient réside également dans le fait que cette démarche fera toujours l'objet d'une nouvelle décision (il se peut qu'il soit de temps à autre recommandé d'ouvrir un compte d'épargne bénéficiant d'un meilleur rendement; de tels changements seraient très lourds). Y aurait-il une solution simple?
- c. Est-il possible de proscrire l'accès à tous les actifs gérés par le curateur au-delà des comptes de trafic des paiements de la personne concernée, ou serait-ce également disproportionné?

- d. Je pars du principe que pour la plupart des personnes concernées sans retrait de la capacité à agir, qui se montrent en règle générale coopératives, l'ordonnance de l'art. 395 al. 3 CC ne constitue aucun problème. Pour la majorité des gens, il est compréhensible qu'une gestion des comptes et qu'un décompte corrects requièrent une définition claire quant à qui est habilité à disposer d'un compte. Serait-il acceptable d'obtenir l'approbation pour un accès limité à tous les comptes lors de l'audition de la personne concernée?

III. Considérants

Vous évoquez d'une part la conclusion des contrats sur le placement et la gestion de valeurs patrimoniales, et d'autre part la réglementation de l'autorisation de disposer d'une fortune sous curatelle ou tutelle. Les deux points sont réglés à l'art. 9 OGP.

1. En ce qui concerne les **contrats sur le placement et la sauvegarde** des biens, il ressort clairement sur la base de l'art. 9 al. 1 OGP que le curateur et le tuteur concluent ces contrats avec la banque et que ces derniers doivent être approuvés par l'APEA (Kurt Affolter, droit de protection de l'adulte: mesures de protection officielles et relations avec les banques, congrès suisse sur le droit bancaire 2013, p. 206). En d'autres termes, la signature de la personne sous curatelle n'est pas requise, puisque le curateur peut agir légalement en son nom, même si la capacité à agir n'a pas été restreinte ou retirée (art. 394 al. 3 CC).
2. Pour **identifier la personne sous curatelle** (art. 4 loi sur le blanchiment d'argent), cette dernière n'est pas tenue de se rendre à la banque, et la banque ne doit pas disposer d'équipes sur le terrain chargées de trouver et d'identifier les pupilles dans des unités d'urgence hospitalières, des cliniques psychiatriques ou établissements médico-sociaux – ou pour les enfants en bas âge dans les hôpitaux pour enfants et maternités. La banque satisfait à ses obligations de diligence conformément à la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), lorsque l'APEA lui présente une décision notariée d'institution d'une curatelle. Elle peut en réalité partir du principe que l'APEA n'érige pas de curatelles fantaisistes, mais qu'elle a identifié les personnes sous curatelle (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 de juillet 2013 ch. 32). Seule le **curateur** doit **s'identifier** au moyen d'une pièce d'identité (carte d'identité, passeport).

3. Afin que le curateur puisse ouvrir un nouveau compte, il a besoin du **consentement de l'APEA** en vertu de l'art. 9 al. 1 OGP. Pour le commerce électronique lié au compte, le curateur est seul tenu pour responsable lorsque le compte est destiné à la couverture des besoins courants du pupille (art. 6 al. 1 let. a et b). Selon la procédure standard, l'APEA doit donc **retirer l'accès** à de tels comptes aux personnes sous curatelle, sur la base de l'art. 395 al. 3 CC, ce qui n'a rien d'exceptionnel. Aucune fiduciaire ne peut répondre d'une gestion de compte si des tiers (notamment le mandant) devaient avoir accès à ladite gestion. Si cette démarche est souvent omise en pratique, cela découle du fait que de nombreuses instances publiques professionnelles disposent de solutions techniques internes auxquelles l'accès est de facto proscrit aux personnes sous curatelle.

4. La mise en œuvre de l'art. 9 al. 2 OGP (comparer à ce sujet ch. 31 des recommandations ASB-COPMA de juillet 2013) est plus problématique. Selon cette disposition, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte détient le pouvoir décisionnaire
 - a) *sur les valeurs patrimoniales dont le curateur ou le tuteur peut disposer de manière autonome ou uniquement avec l'approbation de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte au nom de la personne concernée;*
 - b) *sur les valeurs patrimoniales dont la personne concernée peut elle-même disposer.*

Si les clarifications de l'APEA se déroulent correctement, les actifs disponibles (notamment comptes et dépôts) ont en règle générale été définis (hormis en présence d'une situation financière vague) à partir du moment de l'instauration de la mesure. A défaut de clarification, l'APEA ne peut que difficilement décider si des parts de revenu ou tout le revenu, des parts du patrimoine ou tout le patrimoine sont à placer sous curatelle, si la capacité à agir de la personne concernée doit être partiellement restreinte, si l'accès à des actifs spécifiques doit être proscrit et à quel profil le curateur doit satisfaire afin de pouvoir gérer le mandat de manière compétente. Les curateurs professionnels ne sont a priori pas tous aptes à satisfaire à tous les besoins inhérents à l'assistance personnelle, à la représentation juridique et à l'administration des biens, mais doivent être nommés en fonction du profil de la personne sous curatelle, raison pour laquelle

l'instauration de la mesure, les difficultés prévisibles et les spécialités requises doivent être mises en perspective par l'APEA.

En l'absence d'une curatelle de portée générale (art. 398 CC) ou tutelle (art. 327a-327c CC), l'APEA ne peut restreindre le pouvoir de disposer de certains actifs au seul pouvoir de représentation du curateur ou au pouvoir de représentation collectif du curateur associé à celui de l'APEA, lorsque la personne sous curatelle est soit limitée dans sa capacité à agir ou que le droit d'accéder à ces actifs lui a été pros crit. En d'autres termes: l'instauration des recommandations ASB-COPMA en vertu de l'art. 9 al. 2 let. a CC et ch. 31 ne peut, légalement, pas être réalisée sans les restrictions respectives vis-à-vis de la personne concernée, puisque la curatelle sans restriction de la capacité à agir et à disposer engendre en principe un pouvoir administratif parallèle de la personne sous curatelle et du curateur.

5. Il ne ressort pas du texte de loi à quel moment l'APEA édicte ses dispositions conformément à l'art. 9 al. 2 OGP. Pour des raisons pratiques, l'édition peut déjà s'avérer nécessaire dans le cadre de mesures provisionnelles préalables à l'instauration d'une mesure, les dispositions sont au plus tard souhaitables à la décision de mesure, cela reste toutefois aussi possible suite à l'établissement de l'inventaire. Dans ces derniers cas, la question se pose comment le curateur doit gérer les besoins courants, s'il ne dispose pas d'un compte. Si des comptes existent déjà, alors le curateur peut au moins régler les factures et percevoir des paiements en vertu de l'art. 394 al. 3 CC (voir aussi recommandations ASB-COPMA ch. 33), sans que la réglementation de l'art. 9 al. 2 OGP n'ait déjà été ordonnée par l'APEA. La légitimation du curateur s'opère dans ce cas par l'acte de nomination notarié ou un dispositif décisionnel notarié (recommandations ASB-COPMA ch. 14 et 43).
6. Les réponses à vos questions se présentent donc comme suit:
 - a) **Lors de l'ordonnance de l'administration de l'ensemble des revenus et des biens, le plus simple serait en règle générale de proscrire l'accès à toutes les valeurs patrimoniales par une formulation négative intégrée au préalable à la décision d'instauration de la personne concernée sur la base de l'art. 395 al. 3 CC et d'ordonner au curateur d'affecter les comptes nécessaires à la personne concernée pour gestion. Cette démarche serait-elle autorisée ou disproportion-**

née?

La fortune ne se compose pas uniquement d'objets purement bancaires (comptes, dépôts, coffre-fort). Il existe également des biens immobiliers, collections, pierres précieuses, bijoux, etc., raison pour laquelle le montant forfaitaire prévu est déconseillé. Par ailleurs en vertu de l'art. 9 al. 2 OBG, il n'est pas du ressort du curateur, mais **de l'APEA** de procéder à ces attributions et de les communiquer aux personnes concernées (curateur et banque). Comme évoqué précédemment au ch. 5, le travail de clarification approfondi de l'APEA consiste à procéder à ces attributions dans la décision d'ordonnance ou auparavant dans le cadre de la mesure provisionnelle. Il n'est pas question d'APEA fortement sollicitées, mais uniquement de gestion des procédures afin de recueillir les informations nécessaires dans le cadre de l'enquête. Ainsi, à la réception d'un avis de danger p.ex., l'administration de l'APEA ou le membre de l'APEA responsable de la procédure peut exiger des autorités fiscales la dernière taxation, ainsi que l'état des titres (art. 448 al. 4 CC).

- b) Sur la base des biens matériels, nous partons plutôt du principe que tous les actifs sont libellés individuellement. Pour les nouveaux comptes à ouvrir, le grand inconvénient réside également dans le fait que cette démarche fait toujours faire l'objet d'une nouvelle décision (il se peut qu'il soit de temps à autre recommandé d'ouvrir un compte d'épargne bénéficiant d'un meilleur rendement; de tels changements seraient très lourds). Y aurait-il une solution simple?**

La démarche est moins compliquée que prévu. Le curateur doit déposer la demande d'ouverture de compte signée par l'APEA, qui peut ordonner à ce sujet les bases nécessaires (autorisation d'ouverture d'un compte de trafic des paiements) dans la décision d'institution (l'identité du compte ne doit pas encore être connue à cette fin).

- c) Est-il possible de proscrire l'accès à tous les actifs gérés par le curateur au-delà des comptes de trafic des paiements de la personne concernée, ou cela serait-il également disproportionné?**

La démarche est toujours nécessaire en l'absence d'une curatelle de portée générale ou tutelle et lorsque le compte de trafic des paiements est géré par le curateur, ainsi que le reste des relations bancaires par le curateur en association avec l'APEA. La mise en œuvre de l'art. 9 al. 2 OBG n'est pas possible sans les

restrictions nécessaires vis-à-vis de la personne concernée. Si cela ne devait pas s'avérer nécessaire, la question de l'utilité et de l'applicabilité de la curatelle de représentation se pose.

d) Je pars du principe que pour la plupart des personnes concernées sans retrait de la capacité à agir, qui se montrent en règle générale coopératives, l'ordonnance de l'art. 395 al. 3 CC ne constitue aucun problème. Pour la majorité des gens, il est compréhensible qu'une gestion des comptes et qu'un décompte corrects requièrent une définition claire quant à qui est habilité à disposer d'un compte. Serait-il acceptable d'obtenir l'approbation pour un accès limité à tous les comptes lors de l'audition de la personne concernée?

Seule l'audition dans le cadre d'une procédure officielle a valeur de consentement, mais n'est toutefois pas constitutive pour le règlement des signatures. Afin que les droits d'accès soient réglés de manière contraignante, ils doivent avoir été ordonnés par l'APEA (art. 9 al. 2 OBG). Outre les ordonnances de l'APEA, il ne reste en principe pas de place pour les règlements contractuels entre le curateur et la personne sous curatelle avec la banque. Il y a lieu de faire fi de telles constructions hybrides même en présence d'une curatelle d'accompagnement, puisqu'elles sont absolument contraires au principe de transparence et soulèvent des questions de responsabilité, difficiles à résoudre.

Kurt Affolter-Fringeli, lic. iur., avocat et notaire

Ligerz, 24 mars 2014