



CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Madame la Conseillère fédérale
Simonetta Sommaruga
Cheffe du Département fédéral de justice
et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Réf. : PM/15010678

Lausanne, le 7 mars 2012

Réponse à la procédure d'audition relative à l'Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle (OGP)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous vous remercions pour la consultation citée en titre et vous prions de trouver ci-dessous nos déterminations.

A titre préliminaire, nous souhaitons relever que cette ordonnance régleme au niveau fédéral ce qui était l'objet du Règlement concernant l'administration des tutelles et curatelles du 20 octobre 1982 (RATu ; RS 211.255.1) pour le canton de Vaud et qui était devenu particulièrement inadapté dans la liste des placements autorisés sans décision spéciale de la justice de paix.

Les articles 6 et 7 de l'OGP sont à notre sens beaucoup plus larges et plus adéquats. Le RATu sera dès lors remplacé par cette ordonnance et abrogé, ce qui ne laisse plus de marge de manoeuvre cantonale sur la base de l'art. 408 al. 3 nCC.

Il y a lieu de relever que cette ordonnance est particulièrement exigeante par rapport aux compétences requises des curateurs et tuteurs concernant la stratégie de placements rentables puisque le curateur/ tuteur devra "disposer des connaissances de base nécessaires pour déceler les besoins financiers des personnes concernées et choisir en leur nom la stratégie de placement qui convient". On attend, dès lors, beaucoup du tuteur/curateur avec une grande responsabilité via l'action récursoire du canton.

Dans le canton de Vaud, les tutelles et curatelles sont assumées à la fois par des professionnels, à savoir l'Office du Tuteur général, ainsi que par des tuteurs/curateurs privés recrutés parmi les citoyens.

Actuellement, la Justice de paix (autorité tutélaire dans le canton de Vaud) rencontre des difficultés à recruter des citoyens qui acceptent d'assumer ces mandats. Avec cette nouvelle ordonnance et les compétences requises sur le plan financier, cela va impliquer encore plus de difficultés pour les Justices de paix en matière de recrutement des tuteurs/curateurs privés diligents et compétents parmi les citoyens lambda. Le tuteur/ curateur ne pourra plus être nommé au hasard par la Justice de paix. Nous doutons fortement que les Justices de paix parviennent à trouver des tuteurs/curateurs dont les compétences répondent aux nouvelles exigences et qui seront volontaires pour mettre ses compétences au profit d'un mandat tutélaire.

En cas d'échec, l'on devrait envisager qu'au sein de la Justice de paix, les assesseurs aient de telles compétences pour apporter leur soutien aux tuteurs/curateurs ; cela est du reste prévu par l'art. 400 al. 3 nCC.

Cependant, à l'heure actuelle, la difficulté réside également dans la recherche d'assesseurs compétents, possédant des compétences telles que requises dans la nouvelle législation. L'on peut également se demander ensuite, en cas de faute et de dommage causé par une mauvaise gestion du tuteur/curateur, si l'action récursoire pourra être intentée contre le tuteur/curateur si ce dernier a usé des conseils prodigués par les assesseurs.

Il est vrai que l'idée de l'ordonnance reprend l'idée du nouveau droit qui souligne que le curateur doit administrer les biens confiés avec diligence (art. 408 al. 1 nCC) et que l'autorité veillera à désigner une personne qui possède les compétences requises pour cette administration (art. 400 al. 1 nCC).

Pour les grosses fortunes et les situations complexes, cela implique que les autorités tutélaires ne nomment que des fiduciaires et autres professionnels en matière financière (comptable, etc.).

Par ailleurs, le canton de Vaud a mis en place un bureau d'aide aux tuteurs et curateurs privés (BAC) pour aider et soutenir les curateurs/tuteurs privés dans leurs fonctions. Cette ordonnance suppose ainsi la professionnalisation du BAC, avec des personnes disposant de compétences reconnues en matière financière. Ceci qui implique pour le canton de Vaud une charge financière nouvelle.

Enfin, l'on peut se demander si le titre de l'ordonnance ne devrait pas être plus précis et reprendre l'idée et termes du nouveau droit, à savoir les termes de protection de l'adulte et de l'enfant. Il serait dès lors envisageable que le titre soit « *ordonnance sur la gestion du patrimoine en matière de protection de l'adulte et de l'enfant* ».

Commentaires article par article du projet :

Ad Article 1 :

A notre sens, l'ordonnance devrait préciser le type de curatelle concernée (de représentation ou de gestion).

Nous relevons que nous rencontrons des problèmes dans la pratique, lorsque par exemple des grands-parents ouvrent des comptes épargne bloqués pour leurs petits-enfants qui sont sous tutelle, sans nous en parler.

Ad Article 2 :

L'ordonnance pose le **principe de prudence**, à savoir la sécurité avant le rendement, la préservation des biens avant leur accroissement. Ce principe est d'autant plus important dans le contexte de la crise financière depuis l'année 2009. L'ordonnance précise la notion de sécurité, notion non définie par le Tribunal fédéral, et stipule qu'il convient de diversifier autant que possible les placements.

Ce principe renvoie une nouvelle fois encore aux compétences accrues du curateur/tuteur en matière financière, surtout s'agissant des grosses fortunes.

Ce principe est concrétisé dans le nouveau droit selon la doctrine (cf. ouvrage de Meier/Lukic, Introduction au nouveau droit, 2011, p. 264ss).

Le rapport explicatif concernant l'OGP souligne que "le curateur devrait prendre l'avis d'au moins une personne indépendante du milieu bancaire". On songe ainsi notamment à une fiduciaire. Mais que se passe-t-il si la Justice de paix a déjà nommé une fiduciaire? Celle-ci devrait prendre l'avis d'une autre fiduciaire qui lui est concurrente sur le marché ?

Le curateur devrait-il (ou pourrait-il, s'il le souhaite) systématiquement déléguer la gestion de la fortune du pupille à un gestionnaire privé? La question est sensible car le nouveau droit implique une gestion personnelle du mandat (art. 400 al. 1 nCC).

Cet article est très contraignant pour un curateur/tuteur puisqu'il prévoit à son alinéa 3 que les risques sont réduits par une répartition du patrimoine entre plusieurs catégories de placement, plusieurs régions et plusieurs branches de l'économie.

Par ailleurs, à la lecture de l'art. 2 al. 3 OGP, on pourrait croire qu'il suffit de diversifier les placements pour ne pas se voir reprocher une prise de risque. En réalité, comme l'indique la version allemande (« *Das Risiko ... gering zu halten* »), tout comme le rapport explicatif en version allemande (« *das Rendite-/Risikoverhältnis ... zu optimieren* »), la diversification est l'un des éléments du principe de prudence. Il serait dès lors opportun de rédiger l'art. 2 al. 3 OGP comme suit : « *Une réduction des risques doit être visée par une répartition (etc)* ».

Il sied également de se demander si la personne à protéger devrait supporter, en sus de la rémunération prélevée sur sa fortune en faveur de son curateur, les honoraires du professionnel en matière de placement de fortune consulté par son curateur? La personne à protéger paie ainsi deux fois des services pour la gestion de son placement de fortune au vu des contraintes dictées par l'ordonnance.

Ad Article 3 :

Le délai, bien que déjà d'actualité en vertu de l'actuel art. 401 al. 1 CC, semble court vu les diverses exigences de l'ordonnance qui requiert une analyse en profondeur de la situation du pupille. En effet, ce délai d'un mois est déjà prévu actuellement par le RATU et la pratique a démontré qu'il est impossible à respecter.

Par ailleurs, il nous semblerait opportun que l'ordonnance précise s'il faut tenir compte d'intérêts moratoires ou d'intérêts rémunérateurs. Dans d'autres domaines, cela a été fixé expressément. A titre d'exemple, l'on peut citer le règlement sur l'assurance vieillesse et survivants ou encore l'ordonnance sur les échéances et les intérêts en matière d'impôt fédéral direct du 10 décembre 1992.

Ad Article 4 :

Cette disposition va certainement être difficile à appliquer lorsqu'il s'agit de collections, bijoux ou autres objets qui ont de la valeur sentimentale pour le pupille et que celui-ci souhaite conserver chez lui (difficile de le priver de ce qu'il aime sans rompre le lien de confiance).

Il y a bien une marge de manoeuvre accordée par l'alinéa 2, mais pour des questions de responsabilité, cet alinéa devrait préciser que, dans le cas d'une telle renonciation, le curateur/tuteur est tenu d'en aviser l'autorité de protection. Celle-ci pourrait alors décider de faire application de l'art. 417 CC (« *En cas de justes motifs, l'autorité de protection de l'adulte peut décider que d'autres actes lui seront soumis pour approbation* »).

Ad Article 5 :

Il nous paraît que l'ordonnance prévoit une possibilité de placement beaucoup plus large que l'actuel RATu, sans l'autorisation spéciale de l'autorité tutélaire. Nous sommes favorables à cet élargissement.

Cet article posera cependant d'importants problèmes à un curateur/ tuteur, car il sera difficile pour lui de se faire une idée aussi précise que possible de la situation du pupille et de ses besoins en un mois. Cela implique à nouveau que pour des personnes fortunées, il faudra nommer des professionnels de la gestion (fiduciaire, comptable, etc.), bien que la délégation de tâches à des auxiliaires demeure possible, malgré l'art. 400 al. 1 nCC (cf. Meier/Lukic, op. cit. n. 542, p. 5247).

En outre, comme déjà indiqué, cela implique également pour les justices de paix une professionnalisation et une spécialisation de ses assesseurs, car ce sont eux qui sont en appui aux tuteurs/curateurs à l'heure actuelle en matière comptable/financière. Actuellement, il n'y a que peu d'assesseurs qui ont des compétences techniques aussi spécifiques. Il nous paraît peu réalisable dans la pratique que la Justice de paix, comme souligné dans le rapport explicatif, puisse travailler en réseau avec un partenaire compétent appartenant au milieu de la finance et ce notamment au vu du fait qu'il faudrait rémunérer ce partenaire pour ses conseils judiciaires. Ainsi, une nouvelle charge financière est créée pour le canton de Vaud.

Et qu'en est-il du BAC ? Va-t-il devoir aider un curateur ou tuteur privé dans une affaire de gestion complexe ? Si oui, est-ce qu'il devra également travailler en réseau avec un "partenaire compétent", ce qui impliquerait éventuellement une charge financière supplémentaire pour le canton de Vaud.

Par ailleurs, si l'art. 2 al. 2 OPG (« *La sécurité des placements l'emporte sur le rendement* ») reprend le principe de prudence déjà posé par les Recommandations de la Conférence des autorités de tutelle (RDT 2009, p. 205), l'art. 5 al. 1 OPG paraît y déroger dans la mesure où, comme exposé dans le rapport explicatif, la sécurité du placement doit se déterminer au cas par cas en fonction de la capacité de la personne protégée à supporter des risques. Outre cette apparente contradiction, une détermination en fonction des circonstances présente deux inconvénients. D'une part, il est irréaliste de transformer des curateurs/tuteurs en experts financiers devant tenir

compte des besoins particuliers de chaque pupille, spécialement dans le canton de Vaud qui a maintenu le système des curateurs/tuteurs privés. D'autre part, l'exigence de l'art. 5 al. 1 OPG est une porte ouverte à des actions en responsabilité de pupilles se plaignant de rendements insuffisants. Il s'impose dès lors de s'en tenir au principe de prudence et de prévoir seulement à l'art. 5 al. 1 OPG que le curateur/tuteur a la faculté de tenir compte de l'ensemble de la situation de la personne concernée.

Ad Article 6 :

Le rapport explicatif exclut un placement auprès de Postfinance au motif que cet organisme financier n'a pas de licence bancaire. Une telle circonstance n'est cependant pas déterminante pour des placements de montants limités destinés aux besoins courants. Il n'y pas lieu de priver un curateur/tuteur de la faculté d'exploiter un compte de chèques postaux, qui est pratique pour effectuer des paiements et ne présente pas davantage de risques qu'un compte bancaire. L'article 6 let. C OPG devrait donc être complété en ce sens qu'un compte auprès de Postfinance soit agréé.

On pourrait ainsi prévoir que Postfinance soit utilisé pour "les espèces qui sont nécessaires à brève échéance pour couvrir les besoins courants de la personne concernée", et que l'excédent doit être placé dans des établissements qui répondent aux exigences de l'ordonnance.

Par ailleurs, il convient de clarifier ce qu'on entend par les notions de « besoins courants » et de « biens » ? S'agit-il de biens ou également de revenus ? S'il s'agit également de revenus, ceux-ci pourraient circuler à notre sens par un compte de chèque postal.

Ad Article 9 :

Cet article peut paraître superfétatoire, car il est logique en droit tutélaire. Une personne sous curatelle/tutelle ne peut pas conclure valablement des actes juridiques avec la banque.

Néanmoins, le point positif est qu'il assoit le rôle des tuteurs et curateurs auprès des banques. Le texte de la disposition est cependant peu étayé par rapport aux motifs exposés dans le rapport explicatif, qui précise que le but est de faciliter la mission des tuteurs et curateurs auprès des banques, afin qu'ils puissent obtenir des informations et passer des contrats avec les établissements bancaires dès leur nomination, sans autorisations tutélaires supplémentaires, dans le but de sauvegarder les intérêts du pupille. Il aurait été adéquat que cet article soit plus précis dans ce sens.

En effet, le but de l'art. 9 étant de faciliter les relations avec les banques, cette disposition devrait exprimer clairement que le curateur ou le tuteur est habilité à conclure les contrats. La formule « *conclut les contrats avec la banque pour le compte de la personne concernée* » paraît en effet se borner à indiquer qu'en cas de contrat, il y a représentation, ce qui ne facilite pas en soi la reconnaissance des pouvoirs du représentant. La teneur de l'art. 9 devrait dès lors être modifiée en ce sens que le curateur ou le tuteur est habilité à conclure des contrats avec les banques en ce qui

concerne les placements de la personne concernée, ces contrats étant libellés au nom de celle-ci.

Ad Article 10 :

A notre sens, cet article stigmatise la personne, puisqu'il prévoit que les relevés de compte et de dépôt soient établis au nom de la personne concernée, avec mention de la curatelle ou de la tutelle. Or, la stigmatisation est contraire à l'idée du nouveau droit.

Ad Article 11:

Cette disposition insiste sur la documentation des décisions en matière de gestion du patrimoine, chose logique vu l'éventuelle responsabilité du curateur/tuteur. Il faudrait aussi veiller à ce que le curateur/tuteur consigne toutes les manifestations de volonté du pupille capable de discernement.

Par ailleurs, dans les textes législatifs, les *décisions* s'entendent généralement de celles qui sont prises par des autorités ; il faudrait préférer à ce terme, s'agissant d'un curateur/tuteur qui peut être privé, à celui d'*options* ou de *choix*.

Le verbe documenter n'est guère usité. Il serait donc préférable de parler d'options ou de choix non pas *documentés* mais *étayés par des documents*.

Au surplus, le rapport explicatif, qui prévoit que les décisions doivent être « *motivées* » (« *begründet* »), devrait seulement indiquer que les options ou choix doivent être *fondés* sur des documents : il n'y a en effet pas à exiger du curateur/tuteur qu'il expose les motifs pour lesquels il a effectués certains choix.

En vous remerciant de l'attention portée à la présente, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de nos sentiments distingués.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LE PRESIDENT



Pascal Broulis

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

Copies

- OAE
- SG DINT
- Office du Tuteur général