

PROTECTION DE L'ADULTE

NOUVEAU DROIT : IMPACT SUR LES BANQUES

Corinne Zellweger-Gutknecht

29.10.2013

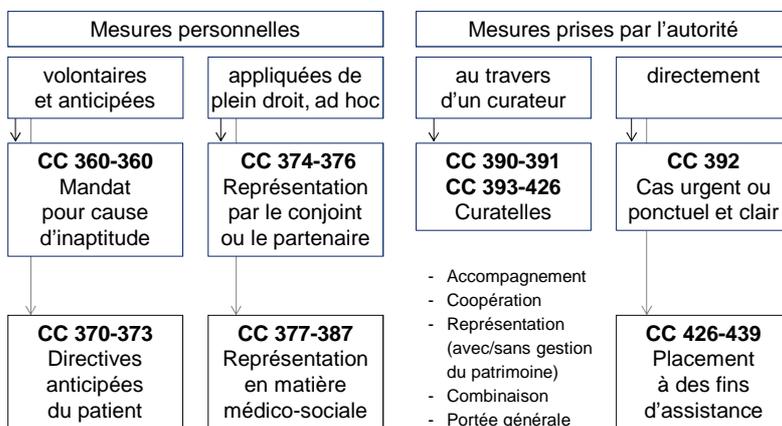
corinne.zellweger-gutknecht@rw.uzh.ch

Table des matières

- I. Introduction : vue d'ensemble des mesures**
- II. Renseignements**
- III. Administration et exploitation du patrimoine (centrées sur la curatelle)**
- IV. Surveillance (centrée sur le mandat pour cause d'incapacité)**
- V. Fin : Résiliation**

Annexe : La personne concernée : comment savoir ?

I. Introduction : vue d'ensemble des mesures



II. Renseignements

A. Devoir et pouvoir d'aviser les autorités

Devoir d'information supplémentaire (CO 397a)

- impératif
- pour tout mandataire
- client (*semblant*) frappé d'une incapacité de discernement
- durabilité probable
- susceptible de sauvegarder les intérêts du client

[Parenthèse : CC 389, 443 I & CO 397a]

Art. 389 CC

¹ L'autorité de protection de l'adulte **ordonne une mesure**:

1. lorsque l'appui fourni à la personne ayant besoin d'aide ... ne suffit pas ...;
2. lorsque le besoin d'assistance et de protection de la personne incapable de discernement n'est ... pas suffisamment garanti par une mesure personnelle anticipée ou par une mesure appliquée de plein droit.

Art. 443 CC

¹ Toute personne a le **droit d'aviser** l'autorité ... qu'une personne semble avoir besoin d'aide. Les dispositions sur le secret professionnel sont réservées.

Art. 397a CO

Lorsque le mandant est frappé d'une incapacité de discernement probablement durable, le mandataire **doit en informer** l'autorité ... pour autant que la démarche paraisse appropriée au regard de la sauvegarde de ses intérêts.

II. Renseignements

A. Devoir et pouvoir d'aviser les autorités

Devoir d'information supplémentaire (CO 397a)

- impératif
- pour tout mandataire
- client (**semblant**) frappé d'une incapacité de discernement
- durabilité probable
- susceptible de sauvegarder les intérêts du client
- justification en cas d'une atteinte aux LB 47 ; CC 28 ; CP 173 ; LPD

Pouvoir d'information (CC 443 I)

- quand une personne «semble avoir besoin d'aide»
- secret professionnel du banquier : est-il compris dans la réserve ? → **oui !**
- Prudence ! → **La banque n'a pas de droit d'aviser l'autorité.**

II. Renseignements

B. Devoir de renseigner l'autorité

En vue des affaires d'urgence ou ponctuelles et claires

- l'autorité doit agir directement d'elle-même
- conformément à CC 392 I ou 403

En vue des procédures en première instance (CC 443 ss.)

- l'autorité de protection agit d'office
ou elle est saisie selon CC 368, 373, 376, 381, 385 ou 419
- CC 448 I → pas seulement en cas de CC 445
- LB 47 ne fait pas partie des exceptions de CC 448 II et III

Droit de refus: selon CC 450f en connexion avec CPC 165 s.

II. Renseignements

B. Devoir de renseigner l'autorité (suite)

Principe de la séparation des fonctions :

- le représentant se procure les données en question et les transmet ensuite – si besoin est – à l'autorité

"Exception" (*)

- si l'autorité a requis en vain des informations ; ou si les données soumises sont susceptibles d'être incomplètes
- cela peut indiquer un conflit d'intérêts (CC 403 I) ou tout autre risque de porter atteinte aux intérêts de la personne concernée

* → transition en procédure de première instance (CC 443 ss.) → **CC 419**

II. Renseignements

B. Devoir de renseigner l'autorité (suite)

Au-delà des états de fait susmentionnés, OGPCT 10 III et IV

- n'ont pas de base légale ;
 - heurtent le principe de proportionnalité (CC 389) ; et
 - ne sauraient justifier en soi une exemption du secret bancaire.
- Notamment, l'autorité de protection doit toujours prendre l'initiative elle-même pour obtenir des informations.
- Le CC ne prévoit point de droit à n'importe quel échange automatique d'informations au profit de l'autorité de protection.

II. Renseignements

C. Devoir de renseigner les représentants ou tiers

Exemples :

- le curateur lors de l'établissement d'un inventaire (CC 405)
- une autorité désignée par le droit cantonal en cas d'inventaire public (CC 405 III et 580 ss.) ;
cf. p.ex. LaCC/GE 86 I en connexion avec 112 I :
notaire désigné par le juge de paix
- personnes désignées (CC 392 III)

II. Renseignements

D. Devoir de renseigner le client

La banque doit renseigner (CO 398 II et 400)

- le client ayant un droit de disposition ;
 - originaire (CC 395 I, e contrario)
 - dérivé (CC 409)
- le client sans droit de disposition mais capable de discernement (CC 410 II par analogie)

mais non

- le client incapable de discernement (→ incombe au représentant)
- nonobstant : garder toute documentation pour des renseignements ultérieurs (héritiers ; rétablissement de la capacité de discernement)

III. Administration et exploitation du patrimoine

A. Patrimoine concerné

Mandat pour cause d'incapacité

- l'étendue du patrimoine affecté découle du mandat

Représentation légale

- l'ensemble des biens de la personne concernée
- sous réserve d'un mandat pour cause d'incapacité ou d'une curatelle

Curatelle

- l'autorité de protection définit
 - la partie affectée (CC 395) ; et
 - concurrentement, la partie des biens restant à la libre disposition de la personne concernée (OGPCT 9 II let. b) → à ne pas confondre avec les biens selon CC 409 !

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Principes d'investissement En général

- délégation de compétences législatives (CC 408 III)
- principe de prudence (OGPCT 2 I)
= la sécurité prime la rentabilité
- diversification adéquate (OGPCT 2 II)
= rapport optimal entre risque et rendement
- planification de la liquidité (OGPCT 5 III)
= pas de liquidation des biens en temps inopportun

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Principes d'investissement Biens destinés à couvrir les besoins courants

Art. 6 OGPCT

- ¹ Seuls les placements suivants sont autorisés ...:
- a. dépôts libellés au nom du déposant, y compris obligations et dépôts à terme, auprès d'une banque cantonale jouissant d'une garantie illimitée de l'Etat;
 - ...
 - c. obligations à intérêt fixe de la Confédération et lettres de gage émises par les centrales d'émission de lettres de gage;
 - ...

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Principes d'investissement Biens destinés à couvrir les besoins courants (suite)

OGPCT 6

- ¹ Seuls les placements suivants sont autorisés ...:
- b. dépôts libellés au nom du déposant, ..., auprès d'une autre banque ..., à concurrence du montant maximal par institut prévu [par l'art. 37a LB];

LB 37h III let. b

- ³ Le système d'autorégulation est approuvé aux conditions suivantes :
- b. il limite à 6 milliards de francs au plus la somme des contributions dues ;

LB 7

- ¹ ... banques d'importance systémique ... (?)

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Principes d'investissement Biens destinés à couvrir les besoins courants (suite)

OGPCT 6 :

- ¹ Seuls les placements suivants sont autorisés ...:
- d. immeubles destinés à l'usage personnel de la personne concernée et autres immeubles de valeur stable;
 - e. créances garanties par des gages de valeur stable;

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Principes d'investissement Biens destinés à couvrir les besoins supplémentaires

OGPCT 7

- ¹ ..., les placements suivants notamment sont autorisés ... :
- a. obligations ... émises par des sociétés très solvables;
 - b. actions ... émises par des sociétés très solvables, ...;
 - c. fonds obligataires ... comprenant ... dépôts de sociétés très solvables, ...;
 - d. fonds de placement mixtes ..., composés ... d'actions ... et ... de titres d'entreprises étrangères ...

exVerordnung über das Vormundschaftswesen des Kantons Luzern

§ 24 I b ... guter Bonität (mindestens Rating A internationaler Agenturen), ...

→ Cf. aussi art. 5 al. 3 OPP 3 et TF 2A.438/2005 (08.02.2006) cons. 3.2.4

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Principes d'investissement Biens destinés à couvrir les besoins supplémentaires (suite)

OGPCT 7

- ¹ ..., les placements suivants notamment sont autorisés ... :
- b. actions ..., leur part ne devant pas excéder 25 % de la fortune totale;

OPCC 6

- ³ Ne sont notamment pas considérés ... les placements directs dans l'immobilier et les prétentions en matière d'assurances sociales ainsi que les avoirs de la prévoyance professionnelle.
- ⁴ La fortune [d'au moins 5 millions] peut comprendre des valeurs patrimoniales immobilières s'élevant à un maximum de 2 millions de francs, à comptabiliser à leur valeur nette. ...

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Principes d'investissement Biens destinés à couvrir les besoins supplémentaires (suite)

OGPCT 7

- ¹ ..., les placements suivants notamment sont autorisés ... : ...
- a. obligations en francs suisses ...;
 - b. actions en francs suisses ...;
 - c. fonds obligataires en francs suisses ...;
 - d. fonds de placement mixtes en francs suisses, ...;

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Principes d'investissement Biens destinés à couvrir les besoins supplémentaires (suite)

OGPCT 7

- ¹ ..., les placements suivants notamment sont autorisés ... :
... ;
d. dépôts au titre du pilier 3a auprès de banques... ou d'institutions
d'assurance ...
...
- ² Ces placements requièrent l'accord de l'autorité de protection de l'enfant
et de l'adulte.

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Principes d'investissement Surplus de la fortune (situation financière particulièrement favorable)

OGPCT 7

³ Si la situation financière de la personne concernée est particulièrement favorable, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte peut autoriser d'autres placements.

Mais : si la situation est extrêmement favorable, quasiment tout placement justifié sur le plan économique doit être admis par l'autorité de protection.

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Principes d'investissement Conversion

- dans un délai raisonnable (OGPCT 8 I) ; et
- pas en temps inopportun (OGPCT 5 III) ; et
- dans les meilleurs délais, mais dans les deux ans au plus tard (OGPCT 12)

Motifs d'exception

- OGPCT 8 II : économie ; situation et (parfois) volonté du concerné ;
- si un bien revêt une valeur particulière pour la personne concernée ou pour sa famille ; et les besoins courants sont couverts ; et n'existent pas de facteurs particuliers d'insécurité → cependant : CC 412 II et CC 416 I ch. 8 en contradiction avec OGPCT 8 III « décision requiert l'accord de l'autorité... »

III. Administration et exploitation du patrimoine

C. Compétences : Curatelle

Le régime des compétences découle uniquement de la loi

- limitant la marge de manœuvre de l'autorité
malgré OGPCT 9 II let. a
- étant déduisible notamment de CC 408 II ch. 3

Sans l'accord de l'autorité, le curateur peut (**CC 408 II**)

- éteindre des obligations à travers
 - la réception des prestations dues par les tiers (ch. 1) ; et
 - le paiement des dettes si cela est indiqué (ch. 2)
- représenter la personne concernée pour «ses besoins ordinaires» (ch. 3)

III. Administration et exploitation du patrimoine

C. Compétences : Curatelle (suite)

CC 408 II ch. 3 : «**besoins ordinaires**» de la personne concernée

- extension de CC 166 et LPart 15 (au lieu des besoins familiaux)
- incluant tout acte juridique nécessaire au quotidien
et dans le cadre des affaires courantes
- selon le niveau de vie habituel jusqu'alors
p.ex. canton de Zurich : CHF 50'000 *
- cas d'application supplémentaires résultant de CC 416 I
(conclusion inverse des ch. 4, 5, 6 et 8)

- limitant notamment OGPCT 6 II, 7 II et 9 II !

(*) [www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/portal/Deutsch/Vormundschaftsbehoerde/Formulare%20und%20Merkmale/Anlage_und_Aufbewahrung_von_Vermögenswerten_\(Merkmale\).pdf](http://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/portal/Deutsch/Vormundschaftsbehoerde/Formulare%20und%20Merkmale/Anlage_und_Aufbewahrung_von_Vermögenswerten_(Merkmale).pdf)

III. Administration et exploitation du patrimoine

C. Compétences : Curatelle (suite)

Exemple n° 1 (participation)

Transactions concernant la participation à une entreprise ou société.

Le curateur doit-il toujours obtenir l'accord / le consentement de l'autorité de protection ?

III. Administration et exploitation du patrimoine

C. Compétences : Curatelle (suite)

CC 416

¹ ...le curateur ... doit requérir le consentement de l'autorité ... pour:

... ;

8. acquérir ou liquider une entreprise, ou entrer dans une société engageant une responsabilité personnelle ou un capital important;

...

«**Importance**» → appréciée sur la base

- de la capacité financière de la personne concernée ; et
- du risque encouru par rapport au capital.

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Compétences : Curatelle (suite)

OGPCT 7

- ¹ Si la situation personnelle de la personne concernée le permet, les placements suivants notamment sont autorisés ...:
- ...
- b. actions ..., leur part ne devant pas excéder 25 % de la fortune totale;
- ...
- ² Ces placements requièrent l'accord de l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte.
- **Pour les participations non importantes, l'accord de l'autorité de protection n'est pas nécessaire**
OGPCT 7 ne peut pas déroger à CC 408 II ch. 3

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Compétences : Curatelle (suite)

Exemple n° 2 (hypothèques)

Une tranche d'hypothèque à taux fixe arrive à échéance dans 6 mois. Le curateur, a-t-il besoin de l'accord de l'autorité de protection s'il souhaite

- a) rembourser le prêt sans opter pour une nouvelle hypothèque ?
- aa) tranche importante → oui*
- bb) tranche non importante → non
- b) opter pour une nouvelle hypothèque lorsque eu égard aux conditions de l'hypothèque et à la situation personnelle
- aa) tout reste inchangé ou s'améliore → non
- bb) au moins un aspect se détériore d'une manière importante → oui*

* Sans accord, CC 418 et 18 et 19 ss. et 452 al. 1 s'appliquent.

III. Administration et exploitation du patrimoine

B. Compétences

Représentation légale

- CC 374 II ch. 1 et 2
- Par analogie : CC 166 et 169 ; 227 et 228 ; 647a et 647c

Mandat pour cause d'incapacité

- CC 365
- CC 365 I en connexion avec CO 396 II et III ?
- CC 374 et 308 / 416 par analogie ?
- pouvoir spécial (explicite) au-delà de l'administration ordinaire

IV. Surveillance

A. Situation de départ : ATF 134 III 385 cons. 3 et 4

Celui qui, pour cause d'état de faiblesse ..., nécessite protection, représentation et assistance, doit être placé sous curatelle ...
alors même qu'il a accordé une procuration générale à deux personnes, ...

... s'il n'est pas en tout temps à même de contrôler [plutôt : instruire] et de surveiller, du moins en principe, ses représentants, ainsi que de les remplacer au besoin.

IV. Surveillance

B. Après la révision des dispositions sur la protection de l'adulte

Incapacité de discernement

- les intérêts de la personne concernée («le besoin d'assistance et de protection») ne sont pas ou pas suffisamment garantis
- à défaut ou en dépit de mesure
 - personnelle anticipée (CO 405, CC 360) ou
 - appliquée de plein droit (CC 374)
- ▶ CC 389 I ch. 2 : ordonnance d'une **mesure**
 - ▶ CC 368 («notamment») : instructions ; inventaire ; comptes et rapports ; retrait des pouvoirs en tout ou en partie
 - ▶ CC 376 II : retrait du pouvoir en tout ou en partie ; ou curatelle

IV. Surveillance

C. Question essentielle

L'intérêt d'une personne incapable de discernement est-il suffisamment garanti en cas de

- **CO 405** : non → ATF 134 III 385 ; instauration d'une curatelle ;
- **CC 374** : plus l'incapacité de discernement perdure, moins l'intérêt est garanti → MCF 2006 6668 (en cas d'incapacité de discernement durable il faut «en principe» nommer un curateur, car CC 374 vise surtout les cas d'incapacité passagère de discernement) ;

IV. Surveillance

C. Question essentielle (suite)

- **CC 360** : oui, **si le** législateur a voulu substituer la faculté de la personne concernée de surveiller, d'instruire et de révoquer le représentant par les formes prescrites (CC 361), par le contrôle de l'autorité au moment de la confirmation du mandat (CC 363) et par ses facultés d'intervention ponctuelle pendant l'accomplissement (CC 368).
- **Les matériaux n'indiquent pas clairement une telle volonté...**

Conséquence :

Plus l'incapacité de discernement perdure et plus de pouvoir est accordée au mandataire, plus de surveillance systématique lui doit être imposée (inventaire, rapports annuels).

V. Fin

Résiliation de la relation bancaire

- l'autorité de protection n'est plus partie contractante (OGPCT 9 I) ;
- en cas de résiliation d'une relation bancaire,
 - la banque verse le montant brut du solde directement au client ; et
 - l'autorité ne peut plus retenir les montants qui restent ouverts et ne verser que le reste à la personne concernée ;
- si l'autorité veut exercer un droit de rétention à l'égard de la banque, elle a désormais besoin d'une base légale
- cas échéant, réactualiser les lois cantonales d'application du CC ...

Annexe : La personne concernée : comment savoir ?

A. Plus de publication officielle

Abrogation aCC 375, 377 III, 397 II et III

Initiative parlementaire Rudolf Joder, n° 11.449 :

- communication de toute mesure à l'office des poursuites
- mention de toute mesure dans le registre des poursuites
- transmission aux tiers qui en demandent un extrait
- Etat des délibérations : pendante
(donné suite dans les commissions des affaires juridiques CN et CE)

Annexe : La personne concernée : comment savoir ?

B. Renseignements auprès des tiers

Droit à être renseigné (CC 451 II)

- sur l'existence et les effets d'une mesure
- sur requête
- intérêt « rendu vraisemblable » (certaine probabilité)
- intérêt de fait suffit

Risques de

- violer le secret bancaire (LB 47)
- porter atteinte à la personnalité du client (CC 28)
- commettre un délit contre l'honneur (CP 173)
- ...

Annexe : La personne concernée : comment savoir ?

B. Renseignements auprès des tiers (suite)

Demander une confirmation de l'inexistence de mesure au client ?

Alternative possible – consentement anticipé :

« S'il paraît probable que le client nécessite des mesures de protection de l'adulte au sens des art. 360 à 456 CC, le client délègue la banque du secret professionnel en l'autorisant à prendre tous les renseignements jugés nécessaires à ce propos. »

Annexe : La personne concernée : comment savoir ?

C. Information spontanée

En cas de mesure officielle

Systematiquement

- aux débiteurs (CC 452 II) → comptes créditeurs
- par l'autorité (CC 405 II) ou par le curateur (CC 413 III)

Si l'exécution de la mesure l'exige

- aux autres personnes
- par le curateur (CC 413 III)

Par contre : uniquement comme garants

- le mandataire pour cause d'incapacité
- le représentant légal

Annexe : La personne concernée : comment savoir ?

D. Conséquence de l'ignorance des faits de bonne foi

Responsabilité de la personne concernée

incapable de discernement : selon

- les art. 18 CC et 54 CO

ayant une capacité conditionnelle : selon

- l'art. 418 (et 19 s.), 452 al. 1 et 2 CC ; et
- l'art 19 al. 3 et 452 al. 3 (et 19b al. 2) CC ; ou
- l'art. 54 CO par analogie

- Nota : toute répercussion au détriment du client au-delà de ces règles (p.ex. dans les conditions générales) est caduque !

Annexe : La personne concernée : comment savoir ?

D. Conséquence de l'ignorance des faits de bonne foi (suite)

Responsabilité des représentants

Curatelle

- selon le droit cantonal sur la responsabilité ou CO 61 I
- à cause d'une infraction aux CC 413 et/ou 452
- par l'autorité de protection et/ou le curateur
- Nota : CC 454 n'est pas pertinent

Mandat pour cause d'inaptitude ; ou représentation légale

- à cause d'une infraction aux CO 41 ss.
- seulement si le représentant figure comme garant (→ rarement)
- Nota : CC 456 n'est pas pertinent

MERCI
de votre attention.