



Tâche de l'APEA relative aux avis spéciaux en matière de faillite (art. 40 al. 2 let. d OAOF)

I. Situation initiale – l'APEA reçoit l'avis spécial relatif à l'ouverture de la faillite

En référence à l'art. 40 OAOF, certains offices des faillites communiquent à l'APEA une *ouverture de faillite à l'encontre de parents d'enfants mineurs*.

II. Question – Quelles actions l'APEA doit-elle entreprendre?

Question clé: quel besoin d'agir en résulte pour l'APEA?

Nos réflexions:

En vertu de l'art. 219 LP, les créances liées à l'administration de la fortune de l'enfant appartiennent à la 2^{ème} classe et sont donc des créances privilégiées par rapport à la 3^{ème} classe de faillite. Les parents sont les faillis et simultanément les détenteurs de l'autorité parentale. Ils ont probablement puisé dans la fortune de l'enfant avant que les problèmes financiers surviennent. Dans la pratique, cette situation est loin d'être claire. Sous l'angle abstrait, il existe en effet un conflit d'intérêts, raison pour laquelle l'APEA devrait nommer un curateur pour l'enfant conform. à l'art. 306 CCS. Voilà pour la théorie.

Dans la pratique, la question suivante se pose: parallèlement au liquidateur, un curateur devrait-il "investiguer" la masse en faillite pour définir si et à concurrence de quel montant une créance de l'enfant justifiée existe à l'encontre des parents afin qu'elle puisse être intégrée à la faillite?

- Existe-t-il des alternatives pertinentes au scénario de la question précédente?
- Une omission pourrait-elle éventuellement entraîner des prétentions en responsabilité envers l'APEA?
- D'autres actions sont-elles nécessaires de la part de l'APEA?
- D'autres conseils à nous donner?

Nous vous remercions par avance pour votre aimable réponse.

III. Considérants

1. Conformément à la formulation de l'ordonnance applicable (art. 40 al. 2 let. d OAOF), l'office des faillites est par principe soumis à l'obligation d'informer. Dans ce contexte, il conviendrait d'investiguer auprès de l'autorité de surveillance chargée de la faillite les raisons de cette information lacunaire. Lors d'une telle demande et si la démarche décrite ci-après ne devait pas s'appliquer, je vous recommanderais de vous renseigner en parallèle sur les attentes de l'office des faillites à l'égard de l'APEA.

2. En vertu de l'art. 40 al. 2 let. d OAOF (SR 281.32), les avis spéciaux sont adressés à l'autorité tutélaire compétente dans le cadre de la procédure ordinaire lorsque le failli exerce la puissance parentale ou s'il est tuteur. Comme l'indique la formulation, cette disposition d'ordonnance respecte encore l'adaptation terminologique adoptée lors de la révision de 2008 (en vigueur depuis 1.1.2013). Les avis spéciaux concernent les créanciers de la procédure de faillite et exigent de l'office des faillites d'adresser un exemplaire de l'annonce de faillite par courrier non recommandé à chaque créancier dont les noms et domiciles sont connus. L'objectif de cet avis de faillite est de permettre aux créanciers de prendre connaissance de la publication de la faillite, lourde de conséquences (BSK LP-LUSTENBERGER, art. 233 N 3, art. 232 N 28 ss.).

3. Comme vous le précisez justement à mon sens, le détenteur de l'autorité parentale en état de faillite se trouve confronté à une collision d'intérêts relative à la représentation de l'enfant détenant une créance à son encontre, situation qui – de par la loi – l'empêche d'honorer sa représentation légale des intérêts de l'enfant (art. 304, 306 al. 2 et 3 CCS). A ce stade se pose donc la question du besoin d'agir de l'APEA:
 - a. Si l'enfant est soumis à l'autorité parentale conjointe, et que seul un des parents est en faillite, alors cela n'empêche en principe pas l'autre parent de préserver les intérêts de l'enfant. L'enfant est également suffisamment représenté par un seul parent, raison pour laquelle des mesures officielles s'avèrent superflues lorsque le parent concerné qui n'est pas en état de faillite est à même et a la volonté de préserver les intérêts de l'enfant.

 - b. Si le parent failli ne peut pas sauvegarder les intérêts de l'enfant en raison d'une collision d'intérêts ou s'il n'y a rien à préserver puisque l'enfant n'est pas considéré comme un créancier, alors les mesures officielles sont également superflues. Cela s'applique expressément aux cas où un enfant n'a jamais possédé de fortune ou s'il possède des biens mais que ces derniers sont clairement distincts du patrimoine du parent failli.

 - c. S'il existe des confusions, par exemple parce que des pensions alimentaires ou rentes pour enfants sont versées sur le compte du parent failli et ne sont pas utilisées tous les mois pour subvenir à l'entretien courant de l'enfant mais à des fins d'épargne ou d'acquisitions planifiées à moyen voire long terme pour l'enfant, alors des créances de l'enfant peuvent sans autre en résulter à l'encontre du parent failli.

 - d. Ce constat s'applique en particulier au cas où le parent failli a utilisé la fortune de l'enfant pour ses propres besoins. Cette situation peut à la fois se produire dans des circonstances „normales“ et, plus spécifiquement, être engendrée par les donations faites suite à la panique engendrée par l'initiative sur la réforme de la fiscalité successorale qui aurait incité des parents à faire don de leur fortune conséquente à leurs enfants, certains de pouvoir continuer à en disposer comme de par le passé (cf. document en annexe).

4. Conform. à l'art. 40 al. 2 let. d OAOF, l'avis spécial de l'office des faillites ne me semble donc pas obligatoirement entraîner une mesure de protection de l'enfant (curatelle de collision en vertu de l'art. 306 al. 2 CCS), mais plutôt initier l'ouverture d'une procédure d'instruction au sein de l'APEA. Pour toutes les mesures de protection de l'enfant, il n'incombe pas au curateur d'ordonner ou de compléter les clarifications entreprises, cette tâche relevant prioritairement de l'APEA. Si elle conclut sur la base des circonstances observées que les intérêts de l'enfant ne sont pas mis en péril (p.ex. parce que l'enfant n'a jamais possédé de fortune ou que cette dernière existe mais est clairement distincte ou qu'un autre parent est à même de représenter les intérêts de l'enfant), elle peut mettre un terme à la procédure d'instruction par une décision de clôture. Si elle conclut par contre que les intérêts de l'enfant sont mis en péril, elle ordonne une représentation de l'enfant (sur la base de l'art. 306 al. 2 relatif à la sauvegarde des intérêts ou même l'art. 325 CCS à des fins d'administration supplémentaire des biens de l'enfant). Les clarifications de l'APEA doivent englober (sous réserve d'autres réflexions liées au besoin d'informer):
- a. Des informations documentant le lien de filiation et les conditions d'entretien (relations juridiques parents-enfant resp. les rapports de représentation sont, le cas échéant, documentés auprès du contrôle des habitants);
 - b. Les mesures de protection de l'enfant existantes (contrôle des propres activités APEA, éventuellement rapport officiel de la dernière commune d'arrivée);
 - c. Eventuellement, les actuelles procédures de droit matrimonial parallèles (procédure portant sur les mesures protectrices de l'union conjugale, procédure de séparation de corps, procédure de divorce, procédure d'annulation du mariage) et les renseignements sur les mesures ordonnées pour l'enfant et sa protection, à obtenir auprès du tribunal;
 - d. Extraits des dernières taxations fiscales permettant de tirer des conclusions sur les biens de l'enfant;
 - e. Informations sur le revenu et la fortune de l'enfant et du parent failli après audition des personnes concernées (procès-verbal et non pas note au dossier!);
 - f. Transferts de patrimoine plus importants au cours des dernières années entre les parents et l'enfant (notamment donations venant s'ajouter à la fortune de l'enfant, cf. ch. 3.d. ci-dessus) (procès-verbal et non pas note au dossier!);
 - g. Relations et partialité parentales (loyauté envers le parent failli et, ce faisant, risque de collision d'intérêts des deux parents?);
 - h. Informations des parents et notamment du parent failli à propos du patrimoine de l'enfant (procès-verbal et non pas note au dossier). Le cas échéant, l'APEA peut même ordonner l'établissement d'un inventaire des biens de l'enfant dans le cadre des clarifications entreprises (art. 318 al. 3 CCS).

Il convient de tenir compte du fait que le parent failli est également tenu – non pas uniquement sur la base de l'art. 37 OAOF, mais aussi sur son obligation d'entretien et son devoir d'assistance (art. 296, 304, 318, 272 CCS) – de fournir des renseignements sur les droits de l'enfant conformes à la vérité.

5. Les réponses à vos questions se présentent donc comme suit:

- a. Parallèlement au liquidateur, un curateur devrait-il "investiguer" la masse en faillite pour définir si et à concurrence de quel montant une créance de l'enfant justifiée existe à l'encontre des parents afin qu'elle puisse être intégrée à la faillite?**

En règle générale non. Il incombe en principe à l'APEA d'investiguer et de clarifier les faits de manière approfondie, à savoir s'il existe des conditions requérant une représentation de l'enfant ordonnée par les autorités. Ne sacrifiez pas des experts en tant que curateur, en leur transférant des mandats d'investigation officiels.

- b. Existe-t-il des alternatives pertinentes au scénario de la question précédente?**

Oui, les clarifications et évaluations des informations par l'APEA en vertu des ch. 4 a. à g. ci-dessus.

- c. Une omission pourrait-elle éventuellement entraîner des prétentions en responsabilité envers l'APEA?**

Oui, nous pouvons partir de ce principe. Conform. à l'art. 37 let. d OAOF, l'audition du débiteur devrait toutefois mettre en exergue les premiers signes d'un besoin d'agir de l'APEA. Vous ne devriez pas courir un grand risque si vous parvenez à la conclusion – au terme d'une collecte d'informations raisonnable – que des mesures officielles visant à sauvegarder les intérêts de l'enfant sont requises. D'autre part, une base de données saine vous permet, le cas échéant, d'ordonner une curatelle pour sauvegarder les intérêts de l'enfant (art. 306 al. 2 ou alors 325 CCS).

- d. D'autres actions sont-elles nécessaires de la part de l'APEA?**

Selon la situation, il peut être nécessaire de confier l'administration des biens de l'enfant (art. 325 CCS) ou dans tous les cas de prendre les mesures de sécurité adéquates (art. 318 al. 3, art. 324 al. 2 CCS), si les informations collectées laissent conclure que les parents n'arrivent pas à distinguer entre leur propres intérêts et ceux de l'enfant, même après une clarification suffisante.

- e. D'autres conseils à nous donner?**

Aucun.

Kurt Affolter-Fringeli, lic. en droit, avocat et notaire

Ligerz, 1er février 2016