

### Aus der Praxis – Nouvelles de la pratique – Casi della pratica

## Curatelle de portée générale sur un enfant majeur handicapé et perception de prestations d'assurances sociales: quelle place pour l'APEA? Prise de position de la Commission de travail de la COPMA<sup>1</sup>

### 1. Situation de départ

Un parent s'occupe de son enfant majeur handicapé qui vit à la maison et dont il est le curateur de portée générale<sup>2</sup>. L'allocation pour impotent (art. 42<sup>ter</sup> LAI), mais aussi la rente AI et les prestations complémentaires, sont versées directement au parent curateur, sans formalité particulière. Craignant apparemment des abus, certaines autorités de protection exigent la signature d'un contrat d'assistance ou de prise en charge (*Betreuungsvertrag*) entre le parent et son enfant, qui sera soumis au consentement de l'autorité en vertu de l'art. 416 al. 3 CC («*les contrats passés entre la personne concernée et le curateur sont soumis à l'approbation de l'autorité de protection de l'adulte, à moins qu'il ne s'agisse d'un mandat gratuit donné par la personne concernée*»).

### 2. Le versement direct en mains du parent curateur

Les prestations d'assurance sont en principe versées à l'avant droit, soit ici l'enfant majeur invalide et impotent. Toutefois, les Directives concernant les rentes de l'assurance vieillesse, survivant et invalidité fédérale du 1<sup>er</sup> janvier 2003 (état au 1<sup>er</sup> janvier 2015) tiennent compte de la situation particulière de la personne placée sous curatelle. En tenant compte du mandat et des pouvoirs du curateur, elles précisent ainsi que si «*l'avant droit est sous curatelle de portée générale au sens de l'art. 398 CC, la rente ou l'allocation pour impotent doit être versée au curateur, à moins que celui-ci ne désigne expressément, en tant que destinataire, un tiers, une autorité ou la personne sous curatelle elle-même (art. 1 OPGA). Le curateur est libre de prendre de telles dispositions*»<sup>3</sup>. Il y est également précisé que «*Les rentes ne peuvent être versées à un curateur au sens des art. 393 à 397 CC que si son pouvoir de disposer de la rente repose sur un titre juridique valable, ou si le versement de la rente en ses mains est requis par l'autorité de protection de l'adulte compétente. La rente ne peut être versée à un mandataire pour cause d'inaptitude*

<sup>1</sup> Elaborée par Philippe MEIER, professeur à l'Université de Lausanne, membre de la Commission de travail.

<sup>2</sup> La situation est identique si les deux parents sont (co)curateurs.

<sup>3</sup> N 10039–10041. Cf. également M. VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI) – commentaire thématique, Genève 2011, N 2297 et N 3305 ss.

que dans les limites du mandat (art. 360 ss CC).» Dans le cas d'espèce, on a affaire à une curatelle de portée générale. Le versement en mains du parent curateur (chargé de manière globale de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et de la représentation juridique de l'enfant, art. 398 al. 2 CC) est ainsi conforme à la loi; aucune description spécifique des tâches confiées n'est nécessaire dans la décision<sup>4</sup>. L'autorité qui institue la mesure n'a pas à mentionner expressément le droit d'encaisser les prestations, pas plus qu'elle ne doit exiger un contrat à ce sujet entre la personne concernée et le curateur, ou une procuration de l'intéressé à son curateur.

Les ressources en question figureront en revanche dans l'inventaire établi selon l'art. 405 CC ou dans une annexe à celui-ci, selon la conception plus ou moins large que l'on aura de la notion de «valeurs patrimoniales» figurant à l'art. 405 al. 2 CC<sup>5</sup>.

### 3. L'usage des fonds par le parent curateur

#### 3.1 La situation en cas de contrat

Si le versement ne pose pas de difficulté particulière (ch. 2 ci-dessus), autre est la question de l'*utilisation* par le parent-curateur de ces ressources pour financer l'entretien (logement, nourriture) et l'assistance qu'il fournit à la personne concernée.

Comme l'enfant n'est pas mineur (et que l'autorité parentale prolongée n'existe plus depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013), il n'est pas possible d'appliquer les règles sur l'administration du patrimoine de l'enfant (art. 319 ss CC), ni (en tout cas directement) celles relatives à la participation de l'enfant à son propre entretien (art. 276 al. 3 CC, art. 323 al. 2 CC). A l'inverse, la présomption de prise en charge gratuite lorsque des parents nourriciers sont des proches parents de l'enfant (art. 294 al. 2 CC) n'entre pas en ligne de compte non plus<sup>6</sup>.

L'assistance fournie par un proche ne doit en principe être rémunérée que s'il en est disposé ainsi contractuellement ou légalement. L'on pourrait notamment songer à un contrat d'entretien viager (art. 521 CO), à un mandat de soins (*Pflegeauftrag*, art. 394 ss CO), à un contrat de pension ou d'hébergement (*Pen-*

<sup>4</sup> Comm Fam-MEIER, Berne 2013, art. 398 CC N 28.

<sup>5</sup> Sur la controverse doctrinale: BSK ZGB I-AFFOLTER, 5<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014, art. 405 N 19 avec références. Pour un modèle de prise en compte de ces ressources dans l'inventaire: Guide pratique COPMA – Droit de protection de l'adulte, Zurich 2012, N 7.18.

<sup>6</sup> En vertu de l'art. 328 CC, les enfants (même majeurs) et les père et mère sont tenus réciproquement d'une dette alimentaire lorsqu'ils vivent dans l'aisance et qu'à défaut d'une telle assistance, le proche tomberait dans le besoin. Cette assistance peut, voire doit aussi être fournie par des prestations en nature. Un enfant majeur pourrait réclamer, si une telle préention paraît pouvoir raisonnablement être imposée à ses parents, l'hébergement et l'assistance. A l'inverse, les père et mère pourraient, toujours aux mêmes conditions, exiger de l'enfant vivant dans l'aisance qu'il participe à sa prise en charge, en l'occurrence par la remise de tout ou partie des prestations touchées des assurances sociales. Compte tenu des conditions très strictes posées à la dette alimentaire, il n'en sera cependant pas question ci-après.

*sionsvertrag*) ou à un contrat de travail (art. 319 ss CO), le cas échéant tacite (art. 320 al. 2 CO)<sup>7</sup>.

Les autorités exigent la conclusion d'un contrat le font naturellement pour pouvoir approuver ensuite ce contrat en vertu de l'art. 416 al. 3 CC (la question d'une éventuelle application concurrente de l'art. 416 al. 1 ch. 2 CC – contrat de longue durée relatif au placement de la personne concernée – peut demeurer ouverte).

Or, en vertu de l'art. 14 al. 2 2<sup>ème</sup> par. Tit. fin. CC, les parents qui détenaient une autorité parentale prolongée et qui sont devenus, au 1<sup>er</sup> janvier 2013, des curateurs de portée générale, sont dispensés de l'obligation de remettre un inventaire, d'établir des rapports et des comptes périodiques et de requérir son consentement pour certains actes aussi longtemps que l'autorité n'en a pas décidé autrement. Cette dispense s'applique également au cas de figure prévu à l'art. 416 al. 3 CC qui nous occupe ici. L'autorité peut naturellement décider de réinstaurer de manière générale ou sectorielle ces différentes obligations, par exemple en se limitant à exiger la conclusion d'un contrat d'assistance soumis à son approbation.

Dans les autres cas, les parents, en tant que proches selon l'art. 420 CC, peuvent être dispensés totalement ou partiellement, de ces mêmes devoirs. Les pratiques sont actuellement très divergentes, même si la doctrine préconise de faire preuve de retenue dans l'octroi de cette dispense<sup>8</sup>. Lorsque la pratique est libérale, la question soumise se résout apparemment d'elle-même: avec une dispense complète selon l'art. 420 CC, la question de l'application de l'art. 416 al. 3 CC ne se pose tout simplement plus.

Dans ces cas de dispense, légale ou par décision, des consentements de l'art. 416 CC, il reste cependant à envisager une intervention directe de l'APEA au titre de l'art. 403 al. 1 CC: l'autorité pourrait en effet considérer qu'il existe toujours un risque de conflit d'intérêts.

En passant par un contrat, il est ainsi difficile d'éviter l'intervention, à un titre ou un autre, de l'autorité de protection (peu importe que le contrat soit conclu de manière expresse, tacite ou par actes concludants). Le droit à l'usage des ressources d'assurances sociales par le curateur parent peut cependant se fonder à notre avis sur la loi, de trois manières différentes, qui toutes rendent la construction contractuelle superflue.

<sup>7</sup> H. LANDOLT, *Angewandtenpflege – Freiwilligen-, Gratis- oder Lohnarbeit*, RSAS 2013 472 ss; K. M. WEISS/D. HOFSTETTER, *Die Qualifikation von Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige und ihre Bedeutung im Erbrecht*, PJA 2014 342, 349 ss.

<sup>8</sup> Sur l'application de l'art. 420 CC, CH. HAFELI, *Private Mandatsträger (Prima) und Angehörige als Beistand*, RMA 2015 198, 208 ss. Dans une directive du 23 avril 2015, l'APEA de la Ville de Berne a retenu comme principe la dispense (totale) dans les cas de curatelles sur des enfants handicapés exercées par les parents; elle a cependant établi une liste de critères devant amener à renoncer à cette dispense (dont notamment le fait que la personne concernée est uniquement prise en charge par sa famille, sans intervention d'un établissement extérieur pendant la journée).

### 3.2 La justification légale de l'utilisation des ressources

#### 3.2.1 La rémunération et le remboursement des frais du curateur<sup>9</sup>

Comme on l'a vu, en vertu de l'art. 398 al. 2 CC, la curatelle de portée générale couvre tous les domaines de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et des rapports juridiques avec les tiers. L'assistance personnelle consiste en une aide dans la vie quotidienne (hygiène, santé, ménage, etc.) ainsi qu'en un soutien dans les relations personnelles et sociales de la personne concernée<sup>10</sup>. L'art. 400 al. 1 CC précise que le curateur exécute les tâches qui lui sont confiées en personne. Il est habilité, dans l'intérêt de la personne protégée, à déléguer certaines tâches à des tiers ou à se faire assister, en particulier justement dans le domaine de l'assistance personnelle. Le curateur est responsable que l'assistance et les soins adéquats soient effectivement fournis<sup>11</sup>.

Le curateur doit être rémunéré pour les tâches qu'il exerce; il a également droit au remboursement des frais justifiés (art. 404 al. 1 CC). Cela vaut pour l'ensemble des tâches qui lui sont confiées, y compris pour l'assistance personnelle<sup>12</sup>.

Dans la situation envisagée, les prestations encaissées des assurances sociales sont affectées à ces deux postes: rémunération du temps consacré, indemnisation des frais (logement, frais de véhicule par ex.). En les prélevant au fur et à mesure de leur encaissement, le curateur parent touche des acomptes sur une rémunération et une indemnité de frais qui seront ensuite fixées définitivement par l'autorité. En attendant la fixation de l'indemnité et le décompte de frais lors de l'examen des comptes selon l'art. 410/415 CC (ou au moment particulier fixé par le droit cantonal ou par l'autorité), le prélèvement d'acomptes est admis pour les curatelles lourdes et onéreuses, mais aussi, plus généralement, lorsque la longue période de décompte (tous les deux ans) s'applique<sup>13</sup>. Pour des raisons de simplification administrative (surtout dans le cas de curatelles ayant remplacé les anciennes autorités parentales prolongées), il doit être possible de prélever de tels acomptes sur les prestations régulières perçues par ou pour la personne concernée (l'approbation tacite de l'autorité découlant de la mention de ces ressources à l'inventaire). Certes, tant l'art. 125 ch. 2 CO que l'art. 20 al. 2 LPGA interdisent en principe toute compensation avec les rentes versées<sup>14</sup>, mais dans le cas présent, la compensation n'interviendra qu'au moment où une décision définitive de l'autorité est entrée en force (sans compter que les prestations touchées sont payées au curateur précisément pour l'entretien – au sens large du terme – qu'il

<sup>9</sup> La solution esquissée sous ch. 3.2.1 ne peut s'appliquer qu'aux curateurs soumis à l'obligation de rapports et comptes et rémunérés pour les tâches. Ce n'est pas toujours le cas: les parents peuvent avoir justement été dispensés de cette obligation et ne pas toucher de rémunération (mais en cas de dispense complète, l'art. 416 al. 3 CC ne s'applique plus). Les raisonnements présentés sous ch. 3.2.2 et 3.2.3 demeurent en revanche valables.

<sup>10</sup> P.-H. STENAUER/CH. FOUNTOLAKIS, *Droit des personnes physiques et protection de l'adulte*, Berne 2014, N 1198.

<sup>11</sup> BSK ZGB I-REUSSER, 5<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014, art. 400 N 30.

<sup>12</sup> BSK ZGB I-REUSSER, 5<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014, art. 404 N 8.

<sup>13</sup> BSK ZGB I-REUSSER, 5<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014, art. 400 N 27.

<sup>14</sup> Sur cette question, Arrêt du TF 5C.162/2002 du 28 janvier 2003, consid. 2.

fournit à la personne concernée, ce qui est conforme aux règles d'affectation de l'art. 20 LPGA et à la ratio legis de l'art. 125 ch. 2 CO).

Une fois l'indemnité fixée par décision, le curateur recevra le complément dû ... ou remboursera le trop-perçu. Si l'autorité a des doutes sur l'usage fait des sommes touchées *pendant* l'exécution de la mesure, elle peut demander des comptes à intervalles plus rapprochés (art. 411 al. 1 CC), voire naturellement confier la curatelle à un mandataire extérieur à la famille<sup>15</sup>.

Il est également possible de prévoir dès l'entrée en fonction, au moment de l'inventaire et de la soumission d'un éventuel budget, le droit pour le curateur de prélever et d'utiliser les sommes en question, sous réserve de décompte ultérieur.

Avec une telle approche, la *rémunération* (au sens propre) sera qualifiée de produit d'une activité lucrative dépendante selon l'art. 17 al. 1 LIFD<sup>16</sup>, ainsi que selon les droits cantonaux (art. 7 al. 1 LHID)<sup>17</sup>. Elle sera imposée au titre du revenu. Du point de vue des assurances sociales, elle sera aussi considérée comme un salaire, en principe soumis à cotisations. L'art. 19 RAVS précise toutefois qu'en cas de rémunération annuelle de CHF 2300.– et moins, la cotisation n'est perçue qu'à la demande de l'assuré<sup>18</sup>. Lorsque la rémunération est prise en charge par la collectivité publique il appartient à l'APEA de s'occuper des déclarations sociales. Par contre si la rémunération est assumée par la personne sous mesure de protection, il appartient au curateur de s'en charger<sup>19</sup>.

L'imposition fiscale des prestations d'assurances servant de rémunération du curateur peut paraître paradoxale, puisque l'allocation pour impotents et les prestations complémentaires sont comme telles *exemptées* d'imposition (art. 24 al. 1 lit. d et h LIFD, art. 7 al. 1 lit. f et k LHID) et de prélèvement de cotisations sociales. Elles perdent donc ce statut en étant transférées au curateur au titre de rétribution. Deux remarques s'imposent cependant:

- En premier lieu, si la personne concernée devait rémunérer un tiers pour les prestations d'assistance fournies et qu'elle utilisait ces mêmes ressources pour le faire, la situation serait exactement la même.
- En second lieu, ce qui précède ne vaut que pour la rémunération proprement dite. Ce qui sert à rembourser des *frais effectifs* engagés pour l'enfant majeur (frais de thérapie, frais de transport et de véhicule, frais de chien d'aveugle, frais de moyens auxiliaires, d'articles de soins et de vêtements, frais de transformation, d'aménagement ou d'entretien particulier du loge-

<sup>15</sup> Pour un cas ayant justifié, sous l'ancien droit, de prononcer une mesure tutélaire (avec un mandataire extérieur) plutôt qu'une autorité parentale prolongée, en raison de la mauvaise gestion des ressources de la personne concernée par la mère de celle-ci: Arrêt du TF 5A\_804/2011 du 15 mars 2012, consid. 2.4.

<sup>16</sup> Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11.

<sup>17</sup> Loi fédérale sur l'imposition des impôts directs des cantons et des communes, RS 642.14.

<sup>18</sup> Cf. à cet égard BSK ZGB I-REUSSER, 5<sup>me</sup> éd., Bâle 2014, art. 404 N 22 ss. Lorsque le curateur a atteint l'âge ordinaire de la retraite, les cotisations ne sont perçues auprès de chaque employeur que sur la part du gain qui excède CHF 1400.– par mois ou CHF 16 800.– par an. À noter que le seul annuel d'exemption de CHF 2300.– peut poser des difficultés lorsque la rémunération définitive est fixée à l'issue de la période «ordinaire» de comptes et rapport de deux ans, puisqu'elle n'est en principe pas ventilée, sous l'angle des assurances sociales, sur deux années.

<sup>19</sup> BSK ZGB I-REUSSER, 5<sup>me</sup> éd., Bâle 2014, art. 404 N 23.

ment occasionnés par un handicap) échappe à l'impôt et aux cotisations sociales. Quant au loyer pour le logement, il sera taxé comme revenu (cf. par ex. art. 21 al. 1 lit. a LIFD), mais sera exempté de cotisations sociales.

Le Tribunal cantonal argovien s'est récemment prononcé sur la nécessité de la conclusion d'un contrat d'assistance (*Betreuungsvertrag*) lorsque l'enfant majeur vit chez le parent-curateur. Sans passer par l'art. 404 CC (comme nous le proposons ici), il a néanmoins suivi un raisonnement analogue<sup>20</sup>. Il a rappelé que la conclusion d'un tel contrat entre le parent curateur et son enfant majeur n'était pas imposée ni même prévue par la législation. Il précise en sus que la décision de nomination en tant que curateur et la description du mandat suffisent à légitimer les actions des parents et que la conclusion d'un contrat n'est donc pas obligatoire. Certes, le risque d'abus découlant de la relation de dépendance et de l'absence de distance professionnelle entre le parent-curateur et son enfant majeur ne doit pas être sous-estimé. Toutefois, l'utilisation des moyens financiers des personnes sous curatelle peut être suivie de manière suffisante par le biais de l'approbation des rapports et des comptes, qui permet à l'APEA de contrôler si les frais perçus par le curateur pour le logement, l'entretien et l'assistance fournie sont adéquats.

Le résultat doit être approuvé. L'arrêt ne répond cependant pas à la question du *fondement juridique* de l'utilisation des ressources en question par le parent curateur (peut-être à dessein, pour éviter une requalification de revenu imposable).

### 3.2.2 Une obligation légale déduite de l'art. 272 CC

En vertu de l'art. 272 CC, les parents et enfants se doivent mutuellement l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille. Ces devoirs valent également lorsque l'enfant est majeur<sup>21</sup>. L'aide peut prendre la forme de prestations en argent, en nature et/ou en services<sup>22</sup>. L'échange ne prend pas place dans une relation professionnelle mais bien dans la relation familiale. Ces prestations ne sont pas qualifiées de donations<sup>23</sup>. Il s'agit d'une concrétisation légale d'un devoir d'ordre avant tout moral<sup>24</sup>. Ce devoir ne peut en principe pas être invoqué en justice, ni faire l'objet d'une procédure d'exécution (obligation naturelle)<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Obergericht AG – Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz – Arrêt du 27 juillet 2015 (en particulier consid. 3.2).

<sup>21</sup> BK-HEGNAUER, Berne 1997, art. 272 N 15; CRO-CC I-SCYBOZ, Bâle 2010, art. 272 N 6, avec références.

<sup>22</sup> BK-HEGNAUER, Berne 1997, art. 272 N 21; Ph. MEIER/M. STETTNER, Droit de la filiation, 5<sup>me</sup> éd., Genève 2014, N 622, avec références. Cf. aussi K. M. WEISS/D. HOFSTETTER, Die Qualifikation von Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige und ihre Bedeutung im Erbrecht, PJA 2014 342, 345.

<sup>23</sup> BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 5<sup>me</sup> éd., Bâle 2014, art. 272 N 2, qui renvoie aux art. 334 CC et 320 al. 2 CO.

<sup>24</sup> MEIER/STETTNER, Droit de la filiation, 5<sup>me</sup> éd., Genève 2014, N 616

<sup>25</sup> MEIER/STETTNER, Droit de la filiation, 5<sup>me</sup> éd., Genève 2014, N 618.

L'art. 272 CC prévoit néanmoins de véritables devoirs juridiques<sup>26</sup>. Aussi, comme le relève une partie de la doctrine, «si les effets de l'art. 272 sont si peu visibles, c'est avant tout parce que des pans entiers du contenu de cette disposition sont concrétisés par d'autres dispositions plus précises (CC 273 ss, 276 ss ou 301 ss), dispositions qui font une ombre considérable à la règle de base; on ne peut donc exclure que l'art. 272 puisse apporter des réponses aux questions qui ne font pas l'objet de concrétisations (légalles). Cela suppose (...) que les tribunaux précisent eux-mêmes l'un ou l'autre aspect des devoirs mentionnés à l'art. 272; une telle liberté est dépendant à la fois imaginable et souhaitable; elle est par ailleurs nécessaire si l'on veut donner à l'art. 272 l'importance voulue par le législateur»<sup>27</sup>.

Aussi, si les parents doivent l'assistance à leur enfant majeur handicapé en vertu de cette règle (et de leurs devoirs de curateur lorsqu'ils exercent par ailleurs cette fonction), l'enfant est pour sa part tenu de les indemniser de leur temps et de leurs frais dans la mesure où cela paraît équitable, au regard notamment des ressources qu'il perçoit des assurances sociales. La règle posée à l'art. 323 al. 2 CC pour l'enfant mineur («lorsque l'enfant vit en ménage commun avec ses père et mère, ceux-ci peuvent exiger qu'il contribue équitablement à son entretien») devient ainsi d'application générale, par le détour de l'art. 272 CC<sup>28</sup>. S'agissant d'une obligation découlant du droit de la famille, on ne peut plus alors parler de «contrat» au sens de l'art. 416 al. 3 CC, ni de risque de conflit d'intérêts selon l'art. 403 al. 1 CC<sup>29</sup>. L'APEA conserve néanmoins un droit de contrôle de l'utilisation des fonds par le biais des comptes et rapports.

L'avantage d'une telle solution n'est pas à rechercher dans l'application du droit de la protection de l'adulte (le résultat est le même que celui présenté sous ch. 3.2.1 ci-dessus), mais dans les incidences en matière fiscale et d'assurances sociales.

En effet, les «prestations versées en exécution d'une obligation fondée sur le droit de la famille» ne sont ni imposables ni déductibles fiscalement, à l'exception des pensions alimentaires et des contributions d'entretien pour les enfants mineurs (art. 24 lit. e LIFD); la même règle s'applique pour les impôts cantonaux (art. 7 al. 4 lit. g LHID). L'on pense essentiellement ici aux contributions d'entretien pour les enfants majeurs et à la dette alimentaire de l'art. 328 CC. Mais la doctrine range également, parmi les prestations exonérées, la contribution due selon l'art. 323 al. 2 CC<sup>30</sup>. Une application analogique de cette exemption à la

<sup>26</sup> Les prestations versées en application de l'art. 272 CC ne peuvent ainsi être répétées au titre de l'enrichissement illégitime (art. 63 al. 2 CO); BK-HEGNAUER, Berne 1997, art. 272 N 49. CRO-CC I-SVBOZ, Bâle 2010, art. 272 N 13–14.

<sup>27</sup> A noter que BK-HEGNAUER, Berne 1997, art. 272 N 21a voit justement dans les prérogatives parentales prévues pour l'enfant mineur à l'art. 319 al. 1 CC une concrétisation du devoir d'aide économique de l'art. 272 CC.

<sup>28</sup> Un éventuel contrat de travail (art. 320 al. 2 CO), qui pose de nombreux problèmes pas seulement en protection de l'adulte (l'enfant handicapé devient l'employeur, ses parents se trouvent dans un rapport de subordination à son égard!), n'entrerait en ligne de compte que pour les prestations allant au-delà de ce qu'exige l'art. 272 CC (K. PARLI, Die Pfllege von kranken und behinderten Kindern durch Angehörige: Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Problemstellungen, Pfllege-recht 2015, 45).

<sup>30</sup> CRO LIFD-NOEL/LAFFELY MAILLARD/JAQUES, Bâle 2008, art. 24 N 33–35.

contribution versée selon l'art. 272 CC *pourrait* donc être invoquée. Faute de constituer le revenu d'une activité lucrative, ces montants *seraient* eux aussi exonérés de cotisations sociales.

### 3.2.3 Le recours aux dispositions des assurances sociales

En vertu de l'art. 20 al. 1 LPGA, l'assureur peut verser tout ou partie des prestations en espèces à un tiers qualifié ou à une autorité ayant une obligation légale ou morale d'entretien à l'égard du bénéficiaire, ou qui l'assiste en permanence lorsque: a. le bénéficiaire n'utilise pas ces prestations pour son entretien ou celui des personnes dont il a la charge, ou s'il est établi qu'il n'est pas en mesure de les utiliser à cet effet, et que b. lui-même ou les personnes dont il a la charge dépendent de ce fait de l'assistance publique ou privée.

Ces règles s'appliquent aussi aux allocations pour impotents<sup>31</sup>.

Compte tenu de l'état de santé de l'enfant majeur handicapé, l'on doit admettre que celui-ci n'est pas en mesure d'utiliser les prestations d'assurances sociales aux fins de financer son entretien; il dépendrait de l'assistance publique ou privée (celle de ses père et mère, fondée le cas échéant sur les art. 272 CC ou 328 CC) si elles n'étaient pas gérées par un tiers. L'art. 1 al. 1 OPGA prévoit expressément dans un tel cas que les prestations sont versées au curateur de portée générale (le texte légal parle encore de tuteur) ou à la personne désignée par celui-ci.

L'art. 1 al. 2 lit. a OPGA fixe ensuite à la personne qui reçoit les prestations (ici le curateur) les règles relatives à l'utilisation de ces fonds: ces prestations en espèces doivent être exclusivement affectées à l'entretien de l'ayant droit ou des personnes à sa charge.

S'agissant de l'allocation pour impotent, les mêmes règles peuvent déjà être déduites des conditions matérielles posées à l'octroi de telles prestations, même si l'ayant droit est techniquement la personne concernée, non celle qui l'assiste<sup>32</sup>. En effet, selon les art. 9 LPGA et 42 al. 3 LAI, est réputée impotente toute personne qui, en raison d'une atteinte à sa santé, a besoin de façon permanente de l'aide d'autrui ou d'une surveillance personnelle pour accomplir des actes élémentaires de la vie quotidienne ou la personne vivant chez elle qui, en raison d'une atteinte à sa santé, a durablement besoin d'un accompagnement lui permettant de faire face aux nécessités de la vie.

Dans la mesure où le droit aux prestations lui-même et les règles relatives à la gestion de ces prestations (*elles sont destinées à l'entretien de la personne concernée, ce qui implique leur transfert à des tiers*) sont fixés par la loi et l'ordonnance, un contrat de droit privé entre l'ayant droit et le parent curateur n'est pas nécessaire.

Le recours à l'art. 20 LPGA *pourrait* présenter lui aussi des avantages en termes d'imposition et de soumission à cotisations, en évitant éventuellement une requalification de revenu chez les parents (cf. ch. 3.2.2 ci-dessus).

<sup>31</sup> U. KIESER, ATSG-Kommentar, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2009, art. 20 N 7.

<sup>32</sup> H. LANDOLT, Soziale Sicherheit von pflegenden Angehörigen, PJA 2009, 1233, p. 1238.

#### 4. Conclusion

Indépendamment de toutes considérations pragmatiques (formalités administratives imposées aux parents curateurs qui ont déjà la lourde tâche de prendre en charge leur enfant handicapé), la conclusion d'un contrat entre les parents curateurs et l'enfant, accompagnée de l'intervention de l'autorité de protection fondée sur l'art. 403 CC (conflit d'intérêts) ou/et sur l'art. 416 al. 3 CC, n'est pas requise par la loi.

Le choix du fondement de cette solution (rémunération et remboursement des frais du curateur pour les prestations d'assistance personnelle<sup>33</sup>, application directe de l'art. 272 CC; application de l'art. 20 LPGA) pourrait avoir des conséquences sur le traitement des prestations directement perçues par les parents sous l'angle du droit fiscal et du droit des assurances sociales. Ces questions devraient être discutées directement avec les organes d'application des lois en question.

#### 5. Excursus

La situation est différente lorsque les parents ne sont pas les curateurs de l'enfant (un curateur professionnel lui a été désigné), mais s'en occupent néanmoins à leur domicile. Les trois solutions esquissées ci-dessus ne s'appliquent pas dans un tel cas. Dans la mesure où les prestations sociales sont versées à un tiers (le curateur), puis leur sont retransférées en rémunération (totale ou partielle) de la prise en charge, un contrat entre le curateur et les parents nous paraît ici indispensable. Il ne tombe pas sous le coup de l'art. 416 al. 3 CC, mais pourrait éventuellement devoir recueillir l'accord de l'autorité de protection selon l'art. 416 al. 1 ch. 2 CC s'il porte sur le placement comme tel, et non sur de simples prestations de prise en charge (comme ce sera cependant le cas généralement).

<sup>33</sup> Ce premier raisonnement n'est cependant pas valable si les parents curateurs sont dispensés de l'obligation de rapports et comptes et ne sont pas rémunérés (mais l'art. 416 al. 3 CC n'entre alors pas en ligne de compte non plus).