
Zeitschrift für
Vormundschaftswesen

Revue du
droit de tutelle

Rivista di
diritto tutelare

Schulthess 

Recommandations pour le placement de fortune dans le cadre de mandats tutélares

Conférence des autorités cantonales de tutelle (CAT)

Conferenza delle autorità cantonali di tutela (CAT)

Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK)

1. Exposé de la situation de départ

Les dispositions restrictives concernant le placement de la fortune pupillaire en vigueur dans bien des cantons d'une part, les nouvelles possibilités de placement offertes sur le marché des capitaux d'autre part, ont animé la discussion relative aux formes de placement admissibles selon l'esprit du droit de tutelle et provoqué de nombreuses questions aux autorités de surveillance. L'année passée, une interpellation entreprise par la conférence des autorités de tutelle a démontré que plusieurs cantons ne disposaient d'aucune législation cantonale sur le placement de la fortune pupillaire, que dans quelques cantons il n'existe actuellement que des ordonnances très anciennes, et que, durant ces dix dernières années, 13 cantons ont édicté des ordonnances, des circulaires et des recommandations qui prennent en considération, de diverses façons, l'évolution de la situation qui s'est modifiée au cours des années, tout en retenant l'idée commune d'une certaine libéralisation par rapport aux anciennes conceptions. Les recommandations ci-après tiennent compte de la doctrine et de la jurisprudence récentes et s'appuient pour le surplus sur des ordonnances qui viennent d'être rendues par quelques cantons.

2. Loi, doctrine et jurisprudence

L'article 401 al. 1 CC oblige le tuteur/la tutrice à placer sans retard à intérêt et en sûreté l'argent comptant non utilisé pour l'entretien courant du pupille. L'alinéa 2 renforce encore l'importance de cette obligation en stipulant que le tuteur/la tutrice doit l'intérêt de toute somme d'argent laissée improductive pendant plus d'un mois. Néanmoins, en cas d'administration de fortune dans le cadre de mesures tutélares, la conservation des biens reste plus importante que leur accroissement.

L'art. 402 CC traite des placements en capital qui n'offrent pas des garanties suffisantes et oblige le tuteur à convertir ces valeurs en placements sûrs; il est précisé que cette conversion doit être faite en temps opportun et de manière à sauvegarder les intérêts du pupille.

Ces dispositions démontrent la situation conflictuelle de base opposant la sûreté et le rendement selon le principe de portée générale: davantage de sûreté, d'autant moins de rendement, et d'autant plus de rendement, d'autant moins de sûreté. Selon le but poursuivi généralement par le droit tutélaire, la sûreté prime

en principe le rendement. Mais la loi ne définit pas ce qui constitue un placement sûr au sens du droit tutélaire. Jusqu'à maintenant, le Tribunal fédéral a également renoncé à formuler une définition (ATF 78 II 338, 343ss). Généralement, on entend par là un placement à risque minime, respectivement un placement conservatoire dans des valeurs nominales garanties (Senn, p. 91ss). Une définition plus précise n'est pas possible; car les compositions de fortune et les situations personnelles des interdits sont trop multiples. Il est par ailleurs incontesté que la question de sûreté des placements ne relève pas du droit, mais de considérations d'ordre économique. Dans cette optique, on peut formuler des critères qui sont importants aussi bien pour la politique de placement en général que pour le cas particulier.

3. Eléments déterminants pour un placement pupillaire sûr

En principe, il convient de s'inspirer de considérations d'ordre général en retenant les éléments suivants:

Par rapport à la personne assistée:

- l'âge
- l'état de santé
- les besoins financiers pour l'entretien courant
- les dépenses particulières à envisager (uniques ou répétitives)
- le revenu éventuel
- les espérances successorales éventuelles
- les risques couverts par les assurances sociales ou privées
- la volonté présumée de la personne assistée de placer des fonds

Par rapport à la fortune à administrer:

- montant de la fortune
- montant du placement
- durée du placement
- risque d'inflation

Généralités:

Lorsque la fortune est importante et que l'entretien de longue durée d'une personne selon ses espérances de vie est bien garanti, on peut envisager de déroger dans une certaine mesure au principe de la sûreté absolue des placements de fortune et de procéder au moins pour une partie des biens – dont l'importance est à déterminer dans chaque cas particulier en proportion de la fortune totale – à des placements présentant davantage de risque, mais offrant une meilleure rentabilité. Dans ce cas, la répartition du risque mérite une attention toute particulière.

Sur la base de ces considérations, il apparaît raisonnable et compatible avec les intérêts de la personne tutélairement assistée, de distinguer trois masses de biens et de fixer pour chacune d'elles des directives de placement strictes¹.

- Les éléments de fortune qui servent à assurer l'entretien courant sont soumis aux règles conservatoires classiques du placement de fortune (épargne, obligations de caisse des banques cantonales avec garantie de l'Etat, obligations de la Confédération et des cantons, ainsi que des lettres de gage, des biens immobiliers ou des prêts garantis par des gages immobiliers, des biens immobiliers à usage personnel).
- Pour les éléments de fortune destinés à couvrir d'autres besoins, on peut admettre, après consultation et propositions de spécialistes, les placements suivants qui offrent un peu moins de sûreté: obligations de caisse de banques soumises à la loi sur les banques, obligations en francs suisses de sociétés fiables, parts à des fonds immobiliers suisses et parts à des fonds de placement mixtes en francs suisses comprenant un maximum de 25% d'actions et 50% de titres étrangers.
- Pour le surplus de la fortune, d'autres placements sont admissibles après consultation et suggestions de spécialistes, mais uniquement avec le consentement de l'autorité tutélaire. Il s'agit, par exemple, des parts à d'autres fonds mixtes émises par des sociétés de fonds sous la direction de banques cantonales ou de grandes banques suisses, actions de sociétés fiables et biens immobiliers à rendement élevé.

Le concept ci-après prend également en compte le besoin de sûreté et distingue deux groupes de placement:

- placements non limités qui comprennent ceux mentionnés dans le premier groupe ci-dessus;
- placements limités qui comprennent par exemple: les obligations en francs suisses émises par des débiteurs fiables domiciliés à l'étranger, obligations en Euro ou US-Dollars émises par des débiteurs de première catégorie, actions de sociétés solides et financièrement puissantes cotées à la bourse suisse.²

¹ Ce concept est à la base de l'ordonnance tutélaire du canton de Lucerne entrée en force le 1^{er} mai 2001: Ordonnance sur l'administration, le placement et la conservation de la fortune dans le cadre tutélaire, modification du 9 février 2001.

² Cf. Les directives pour le placement de la fortune pupillaire de l'autorité tutélaire de Zürich du 28 septembre 1999.

4. Application par analogie des directives de la prévoyance sociale aux placements de fortune³

Guler⁴ estime que les principes mentionnés dans les articles 49 à 52 OPP 2 quant à la notion de fortune, la répartition de la sûreté et du risque, le rendement et les liquidités sont applicables sans modifications aux directives de placements pour la fortune pupillaire. Les autres dispositions ne sont pas ou restrictivement applicables au droit tutélaire. Quelques arrêts cantonaux se réfèrent à ces directives et les déclarent applicables.

Plusieurs raisons s'opposent à une prise en considération inadéquate des règles sur le placement des avoirs de caisses de pensions qui sont gérées professionnellement et disposent ainsi d'un personnel adéquat et d'une infrastructure technique et administrative; elles ont des capitaux totalement différents à investir, et leur besoin de liquidités peut être déterminé avec davantage de précision que pour une personne assistée tutélairement. Le placement par des moyens dérivés, possible selon OPP2 dans la mesure où une analyse des risques a été effectuée, serait fort problématique.

5. La conversion de placements de capitaux (art. 402 CC)

La garantie insuffisante constitue la cause déterminante justifiant l'obligation de convertir. Cependant, selon la doctrine et la jurisprudence, les exigences sont moins sévères que lorsqu'il s'agit d'un premier placement. C'est ainsi que la situation personnelle de la personne mise sous tutelle peut être prise en considération dans la mesure où il n'existe pas de facteurs particuliers d'insécurité (ATF 48 II 428). Dans cette optique, les actions d'une société anonyme familiale peuvent par exemple rester en possession du pupille, même si la répartition du risque n'offre pas des garanties maximales⁵.

La conversion ne doit pas intervenir en temps inopportun (art. 402 al. 2 CC), soit à un moment où un placement déterminé ne peut être aliéné qu'avec perte⁶.

Doctrine:

H. J. Senn, Mündelsichere Kapitalanlagen, thèse Zürich 1972

Commission administrative de l'Obergericht de Zürich, placement et dépôt de la fortune pupillaire, RDT 2/2000 p. 60 à 66

³ Ordonnance sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2, RS 831., 441.1, art. 49 à 56a).

⁴ Commentaire du code civil, art. 401 N 10.

⁵ Guler op.cit. art. 402 N 3.

⁶ Idem N 4.