

LA CESSION DE SON PATRIMOINE À SES ENFANTS, LA BONNE SOLUTION ?¹

Michel Mooser

Professeur titulaire à l'Université, notaire à Bulle

Zusammenfassung

Die Frage nach den Vorteilen einer Übertragung des Vermögens an die eigenen Kinder wird häufig gestellt, insbesondere im Hinblick auf einen späteren Eintritt in eine Wohn- oder Pflegeeinrichtung. Die Antwort kann aber nicht allein von diesem Kriterium abhängig gemacht werden. Die freiwillige Abtretung von Vermögenswerten an die eigenen Kinder hat vielfältige Auswirkungen; die Folgen in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht sind bloss ein Element unter mehreren. Und selbst in diesem Bereich wird die Abtretung kaum eine echte Umsetzung des Willens darstellen, das eigene Vermögen in der Familie zu halten.

Nach einigen grundsätzlichen Überlegungen zur Zweckmässigkeit einer Abtretung des Vermögens an die eigenen Kinder behandelt der Autor die Folgen einer solchen Abtretung in privatrechtlicher (Eherecht, Sachenrecht und Erbrecht), betriebsrechtlicher und steuerrechtlicher Hinsicht. Danach beleuchtet er die Problematik in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht und illustriert diese durch Beispiele.

¹ Cette contribution fait suite à une conférence présentée à Fribourg le 25 octobre 2007, puis à Bulle (28 avril 2008) et à Estavayer-le-Lac (6 mai 2008), organisée par le Tribunal cantonal, en collaboration avec la Chambre des notaires fribourgeois, dans le cadre de la *Journée européenne de la justice civile*.

PLAN

Introduction

- I. Quelques considérations générales, liées à l'opportunité d'un transfert
 1. *Un acte volontaire, résultant d'une pondération d'intérêts*
 2. *Un acte gratuit ou onéreux*
 3. *La maîtrise des biens*
 4. *La perspective statistique de devoir séjourner dans un EMS*
 5. *La transparence de l'opération*
- II. Les conséquences en droit privé
 1. *En droit matrimonial*
 2. *En droits réels*
 3. *En droit successoral*
 - a) L'existence et l'étendue de la libéralité
 - b) La prise en compte de la libéralité
- III. Les conséquences en droit des poursuites
- IV. Les conséquences fiscales
 1. *Sous l'angle de l'imposition ordinaire*
 2. *L'imposition liée au transfert*
 - a) Les droits de mutation et de donation
 - b) Les impôts sur les gains immobiliers
- V. Les conséquences au niveau des régimes sociaux
 1. *Principes généraux*
 2. *Applications*
 3. *La prise en compte d'un découvert*
 - a) Un ordre de subsidiarité
 - b) La dette alimentaire
 - c) L'aide sociale

Conclusion : Brève réponse à la question posée

INTRODUCTION

« Maîtriser sa succession, aider un fils à construire sa villa, mettre ses économies à l'abri du comptable de l'EMS, voire se mettre volontairement en situation d'insolvabilité en espérant échapper à ses créanciers ; les raisons d'anticiper l'appel de la grande faucheuse et de

donner ses biens à ses enfants sont nombreuses²». *Ces motifs* répondent tout d'abord à la volonté naturelle de « laisser quelque chose » à ses enfants, dans l'idée que l'« on n'a pas travaillé toute sa vie pour rien » : une tendance de l'être humain, aussi fondamentale que la volonté d'acquérir, est celle de donner et de partager. Ils peuvent aussi reposer notamment sur la volonté de ne plus avoir à entretenir et gérer un immeuble, le souhait d'anticiper un partage successoral, le vœu de payer moins d'impôts, la nécessité d'apporter des améliorations coûteuses à un bâtiment. *La question* de savoir s'il est avantageux de transférer son patrimoine à ses enfants *est ainsi fréquemment posée*, surtout dans la perspective de l'admission dans un EMS. Une telle cession est même souvent conçue comme un moyen d'échapper aux charges du home et de mettre ce patrimoine à l'abri.

La réponse à la question posée ne peut reposer sur ce seul critère. La cession volontaire d'éléments patrimoniaux à ses enfants (ou à des tiers) a des *incidences multiples* ; les conséquences en droit des assurances sociales n'en sont qu'un élément. On verra du reste que, même dans ce domaine, la cession ne peut être envisagée comme une véritable solution à la volonté de conserver son patrimoine dans la famille.

Les *incidences* d'un transfert de patrimoine sont de nature juridique ; elles relèvent du droit privé (infra II), en particulier du droit matrimonial (II.1), des droits réels (infra II.2) et du droit successoral (infra II.3). Elles se manifestent aussi en droit des poursuites (infra III), en droit fiscal (infra IV) et en droit des assurances sociales (infra V). Avant de les présenter, il convient toutefois de faire quelques considérations générales, qui tiennent de l'évidence mais qui, en termes d'opportunité, pourront aussi servir de base à la réponse à la question posée (infra I).

La présente contribution a principalement pour but de mettre le doigt sur la variété des éléments à prendre en compte avant de prendre la décision de transférer ou non son patrimoine à ses enfants. Elle ne peut constituer qu'un *survol de la matière*. Par ailleurs, chaque cas présente ses propres particularités et doit être analysé individuellement.

² RÜF ANTOINE, La Liberté du 24 octobre 2007 (article annonçant la conférence du 25 octobre suivant).

L'objet de la cession peut consister en biens mobiliers (par exemple des avoirs bancaires, des espèces, des tableaux ou autres meubles meublants) ou immobiliers (une maison d'habitation par exemple). Le plus souvent, la question de savoir s'il convient ou non de procéder à une cession (en faveur des enfants) se rapporte directement à des valeurs immobilières, plus particulièrement à l'immeuble qui sert de logement de l'aliénateur et de son conjoint (les parents).

I. Quelques considérations générales, liées à l'opportunité d'un transfert

Le transfert de son patrimoine à ses enfants doit en premier lieu être analysé *en termes d'opportunité*. Il n'est pas inutile de rappeler à ce propos quelques principes de base.

1. Un acte volontaire, résultant d'une pondération d'intérêts

L'aliénation de tout ou partie d'un patrimoine n'est pas imposée à l'aliénateur. Elle ne procède que d'une *démarche volontaire*.

En principe, le maintien d'un bien dans les mains de son propriétaire (les parents) se traduit, au moment du décès de celui-ci, par le transfert, réalisé par l'effet de la loi (art. 560 CC), de ce bien en faveur des héritiers (légaux et/ou institués). Assez naturellement, le patrimoine appartenant à des personnes ayant des enfants devrait donc revenir à ces derniers, le jour en tout cas du décès du conjoint survivant ; l'attribution à l'un des héritiers reposera sur un contrat de partage. Sous cet aspect, *le fait de procéder à un acte d'aliénation entre vifs ne se justifie que pour des motifs particuliers*. Ceux-ci peuvent tenir par exemple

- à l'existence de familles recomposées (et à la co-existence d'enfants communs et non communs),
- à la volonté d'anticiper un partage futur (qui suppose une volonté unanime, le moment venu, de tous les héritiers, en relation avec tous les éléments du contrat),
- au fait que l'attributaire souhaite ou doit apporter à l'immeuble des transformations que lui seul est en mesure d'assumer.

L'aliénation présente des avantages et des inconvénients (pour chacune des parties, voire pour des tiers) ; ce n'est que la *pondération* de ces éléments qui permettra de prendre la décision de procéder, ou non, à une telle aliénation.

2. *Un acte gratuit ou onéreux*

L'aliénation d'éléments patrimoniaux, même en faveur des enfants, peut avoir lieu à *titre gratuit ou onéreux*. Dans le premier cas, elle comporte un élément de libéralité, équivalant à la valeur de l'objet transféré. Dans le second, l'acquéreur assume à l'égard de l'aliénateur une prestation égale à cette valeur, ce qui a pour effet que l'aliénateur dispose, dans son patrimoine, de la contre-valeur de ce qu'il a transféré ; il y a remploi. Les parties peuvent convenir que l'acquéreur assumera certaines contre-prestations (par exemple la reprise d'une dette ou la constitution d'un droit d'habitation), dont la somme est inférieure à la valeur vénale de l'objet ; on est alors en présence d'un *acte mixte* (*negotium mixtum cum donatione*), contenant une libéralité égale à la différence entre la valeur vénale et la somme des contre-prestations. Un acte entièrement onéreux ne fait généralement pas difficulté ; la présente contribution concerne avant tout les cas où il présente un caractère *de libéralité*.

3. *La maîtrise des biens*

Seul le propriétaire peut profiter économiquement d'un immeuble (en l'occupant lui-même ou en le donnant à bail) et en disposer (en l'aliénant ou en le grevant, par exemple, de gages immobiliers en vue d'obtenir un emprunt à des conditions financièrement plus avantageuses qu'un prêt sans garantie). Le fait pour le propriétaire de conserver la propriété lui assure une réserve de valeur et une certaine liberté économique ; le fait de s'en défaire peut le priver de celle-ci et restreindre par exemple ses projets de vie. Il incombera donc avant tout à l'aliénateur de s'assurer que *le transfert projeté ne nuise pas à ses propres intérêts*.

La propriété constitue une garantie pour les créanciers du propriétaire ; les biens du débiteur sont ainsi soumis à la *mainmise de ses créanciers*. Généralement, la situation financière des personnes qui envisagent de céder la propriété de leurs biens à leurs enfants est « stabilisée » : d'ordinaire, les engagements qu'ils sont amenés à

prendre sont limités et connus ; les dettes qu'ils ont contractées (pour acquérir leur logement) ont été (partiellement) amorties ; leurs besoins financiers sont (une fois les enfants « hors de la coquille ») réduits. La situation financière de leurs enfants ne présente pas ces caractéristiques. Elle peut être plus fragile, à la faveur par exemple d'une faillite de leur entreprise, de la perte de leur emploi, de l'incapacité de travail ou d'un divorce. Sous cet aspect, la maîtrise des biens est en principe mieux garantie, lorsque ceux-ci se trouvent dans le patrimoine des parents que des enfants. *L'idée de faire en sorte que les biens « restent dans la famille » en les transférant entre vifs aux enfants est généralement fausse.*

Toujours sous l'angle de la maîtrise, la propriété des biens n'est assurée, lorsque ceux-ci se trouvent encore en mains des parents, que par un nombre limité de personnes : le père et/ou la mère. Lorsqu'en revanche les biens – singulièrement les immeubles – sont transférés à plusieurs enfants, ceux-ci doivent *exercer cette maîtrise ensemble*, que ce soit selon les règles de la copropriété ou de la propriété commune (infra II.2), ce qui suppose en principe une entente suffisamment bonne entre eux et peut présenter des risques de frictions (par exemple lorsqu'il s'agit de s'entendre sur le principe de la vente d'un immeuble, en particulier sur la personne de l'acquéreur et le prix, ou sur les modalités de l'entretien d'un bâtiment, etc.).

4. La perspective statistique de devoir séjourner dans un EMS

L'argument le plus fréquemment avancé pour transférer son patrimoine à ses enfants se rapporte à la volonté d'éviter que ce patrimoine ne soit mis à contribution, voire anéanti à brève échéance, en vue de supporter les charges de l'EMS. Concrètement, les personnes concernées sont souvent disposées à se défaire d'une partie importante, voire essentielle, de leur patrimoine, pour éviter que ce patrimoine ne serve de couverture aux frais du home.

Les *données statistiques* montrent cependant que les séjours en EMS ne constituent pas la règle. Selon les informations qui nous ont été communiquées, 6.5 % des personnes de plus de 65 ans séjournent dans une telle institution (cette proportion passant à 17 % pour les personnes de plus de 80 ans) ; la durée moyenne du séjour en EMS est inférieure à 6 mois. Pour le canton de Fribourg, le nombre de personnes concernées est de 1700 en moyenne.

5. *La transparence de l'opération*

Les actes de transfert entre vifs ainsi envisagés portent généralement sur des valeurs importantes (qui constituent le plus souvent l'essentiel du patrimoine de l'aliénateur). La décision d'y procéder (ou non) est le plus souvent lourde de conséquences, tenant à la situation de l'aliénateur ou de l'acquéreur. Dans ce contexte, les parents ont, fréquemment et de façon légitime, le souhait de traiter tous leurs enfants de façon égale. L'expérience montre que l'absence d'égalité est de nature à déchirer, souvent durablement, des familles jusqu'alors soudées. *La transparence* la plus totale et une *égalité* (ou une inégalité consciemment vécue) seront une base solide à des relations familiales de qualité.

II. Les conséquences en droit privé

1. *En droit matrimonial*

Il convient de relever *deux éléments* :

1° Quel que soit le régime matrimonial, un époux ne peut, sans le *consentement exprès de son conjoint*, aliéner la maison ou l'appartement familial (art. 169 CC). Si donc le transfert a pour objet l'immeuble qui abrite le logement familial, il ne peut être valablement réalisé que si le conjoint de l'aliénateur a donné son accord à la transaction.

2° Lors de la liquidation du régime matrimonial (qui a lieu en particulier en cas de divorce ou de décès) légal (de la participation aux acquêts, art. 181 CC), les acquêts (qui constituent pour l'essentiel les biens acquis pendant le régime à titre onéreux, selon l'art. 197 CC) sont partagés en valeur, chaque époux ayant droit à la moitié du bénéfice de l'autre (art. 215 al. 1 CC). Si un bien constituait un acquêt (ou si, constituant un propre, il existait une récompense – art. 209 – ou une créance – art. 206 CC), son aliénation (en faveur des enfants) a pour effet une réduction correspondante des acquêts et, par voie de conséquence, de la prétention de l'autre conjoint. C'est la raison pour laquelle la loi prévoit une *réunion matrimoniale* de certains biens qui faisaient partie des acquêts et dont l'époux a disposé par libéralité entre vifs sans le consentement de son conjoint (art. 208 CC). Pour éviter toute difficulté, il convient d'emblée de recommander aux

parties de ne réaliser l'opération en question, même si elle ne concerne pas le logement de famille, que pour autant que *le conjoint de l'aliénateur donne son accord*.

2. *En droits réels*

On distingue, en droits réels, la propriété et les droits réels limités.

La *propriété* confère la maîtrise totale et exclusive d'une chose, dans les limites de l'ordre juridique (cf. art. 641 CC) ; le propriétaire peut en particulier user de l'objet du droit, en jouir (percevoir les fruits) et en disposer. En cas d'aliénation, la propriété passe de la personne de l'aliénateur (les parents) à celle de l'acquéreur (les enfants). Lorsque l'acquisition a lieu en faveur de plusieurs personnes (propriété collective), il faut choisir entre la *copropriété* (art. 646ss CC) et la *propriété commune* (art. 652ss CC).

En matière immobilière, le propriétaire du fonds est également propriétaire des constructions (principe de l'accession, consacré par l'art. 667 al. 2 CC) ; lorsque l'immeuble appelle des travaux de rénovation ou d'entretien importants, qui devraient être financés par l'acquéreur, le transfert de la propriété à ce dernier lui permet d'investir sur son propre bien et facilite l'octroi de prêts hypothécaires.

Les *droits réels limités* confèrent une maîtrise partielle sur une chose. Ce sont les servitudes, les droits de gage et les charges foncières. La question des droits réels limités se pose en relation avec les droits que l'aliénateur entend se réserver, notamment lorsqu'il veut s'assurer de pouvoir occuper (en principe sa vie durant) pour lui-même et son conjoint l'immeuble aliéné (ou un appartement que comprend celui-ci). Pour l'essentiel, on distingue généralement, parmi les droits permettant de répondre à cet objectif, le *droit d'habitation* et l'*usufruit*. La distinction est d'importance. Elle concerne par exemple la possibilité de remettre à bail (admise en matière d'usufruit, art. 758 al. 2 CC, niée en cas de droit d'habitation, art. 776 al. 2 CC), la répartition des charges fiscales (infra IV), le service de la dette hypothécaire (l'intérêt est supporté par l'usufruitier, art. 765 CC, non pas par le bénéficiaire du droit d'habitation, cf. art. 778 CC), l'entretien de l'immeuble (réduit dans le cas du droit d'habitation, art. 778 CC) ou les assurances (supportées par l'usufruitier, mais pas par le bénéficiaire du droit d'habitation). Dans le calcul des prestations

complémentaires AVS, effectué pour une personne séjournant dans un EMS, l'usufruit est pris en compte comme revenu (du fait que l'usufruitier peut mettre à bail son logement), tandis que le droit d'habitation ne l'est pas. Généralement, lorsque l'immeuble ne comprend qu'un logement, la constitution d'un usufruit s'impose.

La constitution d'un droit réel limité en faveur des parents appelle encore *deux remarques* :

1° L'existence d'un droit réel limité n'empêche pas les propriétaires de vendre. Mais ce droit est opposable à tous tiers acquéreurs de l'immeuble, dont il suit le sort. A ce titre, il est pour les parents de meilleure qualité qu'un simple droit personnel (bail ou prêt à usage) et, a fortiori, qu'une simple autorisation donnée à bien plaie d'occuper le logement.

2° Le droit réel limité prend *rang* après les gages existants (cf. art. 812 CC). Si le créancier obtient la vente forcée de l'immeuble grevé (le propriétaire n'étant pas en mesure d'assumer ses charges, art. 816 CC), et qu'il n'a pas été désintéressé, il a la faculté d'obtenir une *deuxième mise à prix* de l'immeuble, à l'occasion de laquelle la servitude constituée après le gage pourrait être radiée ; cette situation peut conduire les aliénateurs à perdre leur droit et à devoir dès lors quitter l'immeuble qu'ils ont habité comme propriétaires d'abord, comme bénéficiaires d'un droit d'habitation ou d'un usufruit ensuite.

3. *En droit successoral*

Une aliénation réalisée du vivant de l'aliénateur peut avoir des incidences sur la succession de celui-ci. La question est double ; elle concerne tout d'abord l'existence et l'étendue de la libéralité que comporte l'acte de transfert ; elle se rapporte ensuite aux effets de cette libéralité sur les droits des (co)héritiers.

a) L'existence et l'étendue de la libéralité

L'existence et l'étendue d'une libéralité ne font guère difficulté lorsque la cession porte sur des sommes d'argent. Elle est plus délicate lorsqu'elle a pour objet d'autres biens, par exemple des actions, des meubles meublants ou des immeubles ; la difficulté peut encore être accentuée lorsque l'aliénation s'accompagne de certaines contre-prestations assumées par l'acquéreur.

Le principe est simple : sauf en matière agricole (ou la valeur de rendement ou un multiple de celle-ci entre parfois en considération ; cf. art. 17 et 21 LDFR), les biens sont estimés à la *valeur vénale* (cf. art. 617 CC). Lorsqu'ils ont fait l'objet de libéralités entre vifs, les biens cédés sont estimés à la valeur qu'ils avaient au jour de l'ouverture de la succession ou d'après le prix de vente s'ils ont été antérieurement aliénés (cf. art. 630 al. 1 CC pour les rapports). Le plus souvent, pour éviter toutes difficultés futures, il sera utile de procéder à une expertise de la valeur des biens concernés.

Lorsque le cessionnaire assume certaines *contre-prestations*, la libéralité correspond à la différence entre la valeur vénale de l'objet transféré (l'immeuble) et la somme de ces contre-prestations (par exemple sous forme de reprise de dettes). Lorsque l'acquéreur confère à l'aliénateur (et à son conjoint) un droit viager, ce droit doit faire l'objet d'une *capitalisation* (cf. art. 530 CC). La valeur capitalisée est portée en déduction de la valeur vénale.

La *capitalisation* s'opère en multipliant la rente par un facteur de capitalisation. La rente correspond à la valeur que représente annuellement la faculté pour le bénéficiaire de vivre dans l'immeuble en question. Par mesure de simplification, on peut admettre qu'elle est égale, lorsque le droit conféré à l'aliénateur est un droit d'habitation, au montant du loyer. S'il s'agit d'un usufruit, il faut tenir compte des charges assumées par le bénéficiaire. Le facteur de capitalisation est en particulier calculé en fonction de la durée de vie probable du bénéficiaire : plus celui-ci est jeune, plus la durée du droit et la valeur capitalisée seront élevés. Le taux de capitalisation correspond à celui qui est utilisé dans le domaine des rentes viagères (en principe 3.5 %).

Illustration : Albert est veuf et a deux enfants, Bernard et Caroline. Il est propriétaire d'une maison d'habitation (villa) comprenant un appartement, d'une valeur de Fr. 400'000.--. Il est débiteur d'une dette hypothécaire de Fr. 100'000.--. Il envisage de céder la maison à Bernard en s'en réservant l'usufruit ; Bernard reprendra également la dette (étant entendu que les intérêts seront supportés par l'usufruitier).

La valeur capitalisée de l'usufruit se calcule en prenant en compte tout d'abord la rente. Celle-ci correspond à la valeur nette de la faculté d'occuper cet immeuble. On peut admettre en l'occurrence une valeur locative de Fr. 1'800.-- par mois. L'usufruitier doit payer les charges courantes (en l'occurrence

les assurances et les impôts fonciers), de Fr. 1'500.-- par année, ainsi que les intérêts hypothécaires (de Fr. 4'000.-- par année). La rente est égale à la valeur locative annuelle (Fr. 1'800.-- x 12, soit Fr. 21'600.--), diminuée de Fr. 5'500.--, soit Fr. 16'100.--. Pour un homme seul de 75 ans, le facteur de capitalisation est de 9.10³. La valeur capitalisée de l'usufruit est ainsi de Fr. 146'510.--. Comme Bernard reprend également la dette, la valeur de la libéralité qui lui est faite est de Fr. 153'490.-- (Fr. 400'000.-- ./ Fr. 146'510.-- ./ Fr. 100'000.--).

b) La prise en compte de la libéralité

La libéralité faite peut être traitée de diverses façons, qui peuvent du reste se cumuler. On relèvera ici *trois méthodes principales* :

1° Le partage de la libéralité

Il consiste à faire en sorte que l'acquéreur partage avec ses cohéritiers présomptifs (ses frères et sœurs) la valeur de la libéralité contenue dans l'acte de cession. Cette solution a l'avantage que les frères et sœurs sont d'emblée désintéressés (et peuvent aussi disposer de la libéralité) et qu'il n'y a (en raison d'une dispense de rapport adressée à tous les enfants du disposant) plus lieu de tenir compte de la libéralité au jour de l'ouverture de la succession de l'aliénateur. Elle présente, pour l'acquéreur, le désavantage de devoir disposer des fonds nécessaires au paiement des soultes.

Illustration : Dans le cas précédent, la libéralité inhérente au transfert de l'immeuble est de Fr. 153'490.--. Bernard partage d'emblée la valeur de celle-ci avec sa sœur Caroline, à laquelle il verse le montant de Fr. 76'745.--. Les deux enfants sont libérés de tout rapport.

2° Le rapport successoral

Le rapport est l'obligation faite à un héritier légal de « faire rentrer » dans la succession certaines attributions qui lui ont été faites par le de cujus du vivant de celui-ci (art. 626ss CC). Lorsque ces libéralités sont faites à des descendants et qu'elles revêtent une certaine importance (dotations), le rapport est présumé par la loi ; le de

³ Table 1 de STAUFFER/SCHÄTZLE, Tables de capitalisations, Zürich 2001.

cujus peut toutefois dispenser le bénéficiaire de tout rapport (infra 3°). En cas de rapport, le bénéficiaire de la libéralité doit ajouter à la masse des biens à partager (les biens extants) la valeur de ce qu'il a reçu et se laisser imputer la libéralité rapportable sur sa part.

Illustration : Dans le cas ci-dessus, Bernard est tenu au rapport. Le montant de celui-ci est de Fr. 153'490.-- (partant de l'idée qu'il n'y a pas eu d'évolution de valeur liée à la conjoncture ou que Caroline a d'emblée admis, au moment de la cession, que le montant du rapport serait invariable). Si les biens extants consistent en des avoirs bancaires de Fr. 250'000.--, la masse à partager s'élève à Fr. 403'490.--. La part de chaque héritier est de Fr. 201'745.--. Comme Bernard a déjà reçu Fr. 153'490.--, il lui reste à recevoir Fr. 48'255.--. La part de Caroline est couverte par les biens extants, le solde de ceux-ci étant versé à Bernard.

Le rapport a lieu d'après la valeur des libéralités au jour de l'ouverture de la succession (art. 630 al. 1 CC), soit au jour du décès de l'aliénateur. La détermination de la libéralité peut faire difficulté, notamment lorsque l'immeuble aliéné a fait l'objet de transformations financées par l'acquéreur (et où il s'agit de connaître l'effet de ces transformations sur la valeur vénale actuelle) ou qu'il y a eu constitution d'un droit viager. Pour cette raison, il est conseillé de fixer d'emblée, au moment du transfert de la propriété, le montant à rapporter. Cette détermination se fait le plus souvent, pour éviter toutes difficultés ultérieures, sur la base d'une expertise, à laquelle devraient se rallier l'ensemble des autres enfants du cédant (créanciers du rapport futur).

Le rapport n'est dû que si le débiteur a la qualité d'héritier. Si le bénéficiaire de la libéralité vient à répudier, parce que par exemple sa part est inférieure au montant du rapport (l'art. 629 al. 1 CC pouvant certes apporter un correctif), il n'est en principe pas tenu au rapport (pour n'être tenu qu'à une éventuelle réduction ; 3°). Cette situation peut être insatisfaisante. L'insolvabilité du débiteur du rapport peut aussi être une difficulté que le rapport (ordonné même en cas de répudiation) peut comporter.

Lorsque la libéralité consiste en une somme d'argent, le bénéficiaire est tenu au rapport pour le montant nominal. Peu importe quel usage il a fait de cet argent, qu'il l'ait bien investi ou dépensé. Le débiteur n'a pas non plus à rapporter les intérêts. Cette situation peut

être source d'inégalités : le bénéficiaire a pu jouir du montant versé dès le jour où il en est devenu propriétaire, tandis que ses cohéritiers ne profitent que du montant nominal, indépendamment du temps séparant l'exécution de la libéralité de la date du décès.

3° La libération du rapport – les réunions et les réductions

L'auteur de la libéralité peut dispenser le bénéficiaire du rapport auquel il serait normalement tenu. Cette situation est de nature à léser *la réserve de cohéritiers*. La réserve est la part héréditaire dont certains héritiers (le conjoint, les ascendants et les descendants, mais pas les frères et sœurs) ne peuvent être privés (cf. art. 471 CC). Elle s'exprime en fraction de la part légale. Pour les descendants, elle est de trois quarts de la part légale. Les libéralités qui devraient normalement être soumises au rapport mais pour lesquelles il y a eu dispense doivent être prises en compte pour le calcul des réserves (art. 527 ch. 1 CC) ; on parle de *réunions successorales*.

Illustration : Dans notre cas, Bernard est expressément libéré de tout rapport du chef de l'acte qui a été passé. Dans le calcul des réserves, le montant de Fr. 153'490.-- doit être réuni. Si Albert laisse une fortune de Fr. 250'000.--, et que l'on ajoute le montant de Fr. 153'490.--, la somme est égale à Fr. 403'490.-- ; il s'agit de la masse de calcul des réserves. La part réservataire de Caroline est de Fr. 151'308.-- (3/8, soit les trois quarts de la part légale d'une demie). Les biens extants (Fr. 250'000.--) suffisent à couvrir cette réserve ; le solde sera versé à Bernard (qui aura eu droit à Fr. 98'692.-- + Fr. 153'490.-- = Fr. 252'182.--).

La libération du rapport, en tant qu'elle est susceptible de léser la réserve des cohéritiers de l'attributaire, crée une « épée de Damoclès » sur celui-ci : il ne saura qu'au décès de l'aliénateur, à la faveur d'une action en réduction, qui sera le cas échéant ouverte contre lui, si l'attribution qui lui a été faite a eu pour effet une lésion de réserve. Pour cette raison, il convient d'éviter des dispenses de rapport opérées à l'insu des cohéritiers.

III. Les conséquences en droit des poursuites

Le créancier qui exerce ses droits contre son débiteur peut en particulier demander la saisie des biens de celui-ci. Le fait pour le débiteur de se dessaisir de son patrimoine peut ainsi nuire à ses créanciers. La loi leur accorde *l'action révocatoire*, qui leur permet d'exercer leurs droits sur certains biens dont le débiteur s'est dessaisi volontairement (art. 285 al. 1 LP), comme s'ils n'avaient pas quitté son patrimoine (cf. art. 291 LP).

L'action révocatoire est ouverte à certaines conditions et dans un certain délai, fixés aux art. 286ss LP. En bref, toute disposition à titre gratuit (à laquelle est assimilée en particulier une aliénation réalisée à un prix largement inférieur à la valeur vénale) faite dans l'année qui précède la saisie ou la déclaration de faillite est d'office soumise à révocation (art. 286 LP) ; sont en outre révocables les actes faits dans les cinq ans qui précèdent la saisie ou la déclaration de faillite dans l'intention reconnaissable par l'autre partie de porter préjudice aux créanciers ou de favoriser certains créanciers au détriment d'autres (dol, art. 288 LP). Par ailleurs, l'art. 193 CC protège les créanciers contre des actes suspects passés entre des conjoints.

IV. Les conséquences fiscales

Il faut distinguer le régime de l'imposition ordinaire (sur le revenu et la fortune) de l'imposition liée au transfert lui-même.

1. *Sous l'angle de l'imposition ordinaire*

Le contribuable (personne physique) est imposé sur son revenu et sur sa fortune (art. 1 let. a et art. 3ss LICD). Dans le cadre de *l'imposition sur le revenu*, le propriétaire qui met à bail ses immeubles est imposé sur le montant des loyers reçus (art. 17 et 22 al. 1 let. a LICD). S'il occupe lui-même un immeuble dont il est propriétaire, la valeur locative de son logement constitue un revenu (art. 22 al. 1 let. b LICD). Inversement, le contribuable peut déduire de son revenu les montants payés au titre d'intérêts (art. 34 al. 1 let. a LICD).

S'agissant de *l'imposition sur la fortune*, les immeubles sont estimés à la valeur fiscale (art. 54 al. 1 LICD) ; les dettes (hypothécaires) sont déduites de l'actif imposable (art. 60 LICD).

Le fait pour le propriétaire retraité de conserver son patrimoine peut conduire à une charge fiscale élevée, si l'on tient compte de la valeur locative et des revenus qu'il réalise (prestations AVS et LPP, etc.). Un dessaisissement de son patrimoine en vue de limiter cette charge appelle *deux remarques* :

- En principe, la charge fiscale sera reportée sur l'acquéreur (les enfants); fréquemment, celui-ci (qui exerce une activité rémunérée) est imposé à un taux plus élevé que l'aliénateur; l'acquisition d'un immeuble peut conduire, sous cet angle, à une situation où la charge fiscale liée à cet immeuble est plus élevée que lorsque celui-ci se trouvait dans le patrimoine de l'aliénateur.
- Lorsque l'aliénateur se réserve un usufruit, l'imposition ordinaire (aussi bien sur le revenu que sur la fortune) est réalisée sur la tête de l'usufruitier (cf. art. 765 CC ; art. 9 LICD) ; l'acquéreur n'est pas imposé. La différence est sensible, lorsque c'est un droit d'habitation qui est accordé par ce dernier : le propriétaire grevé est imposé sur la fortune ; s'agissant de l'imposition sur le revenu, le bénéficiaire supporte la charge liée à la valeur locative, qui est déduite de celle de l'acquéreur.

2. L'imposition liée au transfert

Il faut distinguer les droits de mutation et de donation (prélevés auprès de l'acquéreur) des impôts sur les gains immobiliers (prélevés auprès de l'aliénateur).

a) Les droits de mutation et de donation

L'imposition des transferts (mobiliers ou immobiliers) ne peut reposer que sur le droit cantonal. La souveraineté fiscale appartient au canton de domicile *du donateur* (non pas du donataire), sauf en matière immobilière (où elle appartient au canton du lieu de situation).

Les transferts effectués à titre onéreux sont imposés selon la LDMG, ceux qui sont exécutés à titre gratuit selon la LISD⁴.

⁴ Pour une présentation générale de cette loi, voir MOOSER MICHEL, La loi fribourgeoise sur l'impôt sur les successions et les donations, RFJ 2007, pp. 249ss.

L'imposition des libéralités est en principe la même, selon que le transfert a lieu entre vifs ou pour cause de mort.

Dans le canton de Fribourg, les acquisitions entre vifs (à titre onéreux ou gratuit) et pour cause de mort, par un conjoint, un ascendant ou un descendant, ne sont pas frappées d'impôt (art. 8 LISD, art. 9 let. f LDMG).

b) Les impôts sur les gains immobiliers

Les transferts immobiliers peuvent donner lieu à un impôt sur les gains immobiliers (art. 1 let. d LICD), dû par l'aliénateur. Toutefois, les actes d'avancement d'hoirie ou de donation échappent en principe à cet impôt ; il y a imposition différée (art. 43 let. a LICD) : tout se passe comme si le transfert n'avait pas lieu. Lors d'une aliénation ultérieure, le délai de propriété déterminant partira de l'acquisition précédente, sans qu'il soit tenu compte des transferts ayant donné lieu à imposition différée ; il y a alors charge fiscale latente pour l'acquéreur. Mais il peut y avoir imposition sur les gains immobiliers lorsque la somme des contre-prestations (sous quelque forme que ce soit, notamment par reprise d'une dette hypothécaire, constitution d'un droit d'habitation ou d'un usufruit) assumée par l'acquéreur dépasse les 80 % de la valeur vénale.

V. Les conséquences au niveau des régimes sociaux

1. Principes généraux

Il convient, pour bien comprendre le mode de prise en compte des libéralités faites volontairement par une personne qui sollicite l'aide étatique (en vue par exemple de couvrir les charges de l'EMS), de rappeler les *principes généraux* suivants :

1. Le résidant supporte en principe seul les charges de l'EMS ; il doit pour cela utiliser ses revenus privés (rentes AVS et LPP, produit des capitaux, etc.) et, si cela ne suffit pas, entamer son capital. Une aide de l'Etat ne lui est accordée que s'il ne dispose pas des moyens suffisants (*principe de subsidiarité*).
2. L'aide étatique prend la forme de *prestations complémentaires* AVS et, subsidiairement (art. 22 al. 1 REMS), de *participation aux frais d'accompagnement*.

3. Le calcul de ces prestations est réalisé sur des *bases techniques* (juridiques), qui tiennent compte des revenus déterminants (infra 5) et des dépenses reconnues (infra 4) ; ces prestations sont accordées si les dépenses reconnues sont supérieures aux revenus déterminants (art. 3a al. 1 LPC).
4. Les *dépenses reconnues* sont calculées différemment selon que la personne concernée vit ou non dans un home. Dans le premier cas, elles sont constituées par la taxe journalière et le montant pour les dépenses personnelles (art. 3b al. 2 LPC). Dans le second, elles sont constituées par la couverture des besoins vitaux (dans le canton de Fribourg, ceux-ci sont arrêtés, sur la base de l'art. 5 al. 1 let. a LPC, pour les personnes seules à Fr. 18'140.--, pour les couples à Fr. 27'210.--, selon l'ordonnance cantonale du 5 décembre 2006, RSF 841.3.12) et le loyer (art. 3b al. 1 LPC ; dans les limites de Fr. 13'200.-- pour une personne seule, Fr. 15'000.-- pour un couple, selon la même ordonnance). A ces montants, s'ajoutent en particulier les intérêts hypothécaires, les cotisations aux assurances sociales et un montant forfaitaire pour l'assurance obligatoire des soins (art. 3b al. 3 LPC).
5. Dans le cadre du calcul des *revenus déterminants*, la *fortune* est prise en compte, au travers de *deux fictions* :
 - 1° Dans une certaine mesure, la *fortune* dont le requérant est propriétaire *est assimilée à du revenu* (art. 3c al. 1 let. c et art. 5 al. 3 let. b LPC) ; cette assimilation a lieu, dans le canton de Fribourg, pour 1/5 dans le domaine des prestations complémentaires AVS (art. 5^{quinquies} de l'Arrêté du 19 mars 1971, RSF 841.3.11), pour 1/10 en matière de frais d'accompagnement (art. 19 al. 4 LEMS).
 - 2° Dans une certaine mesure, la *fortune* dont le requérant s'est dessaisi volontairement *est assimilée à de la fortune qui lui appartient encore* (art. 3c al. 1 let. g LPC). Cette fortune fait toutefois l'objet d'un amortissement (art. 17a OPC) qui est, dans le canton de Fribourg, de Fr. 10'000.-- par année qui sépare l'année qui suit l'exécution de la libéralité et la demande de prestations étatiques. Contrairement à une idée assez largement répandue, il n'y a pas de limite temporelle (par exemple de 5 ou de 10 ans). Le calcul tient également compte du revenu supposé, au taux de 0.5 %, de la fortune

amortie (montant du dessaisissement diminué de l'amortissement annuel).

6. La *valeur déterminante* est en principe la valeur vénale. Pour les immeubles cependant, c'est la valeur fiscale (art. 17 al. 1 OPC), dans la seule mesure où ils servent d'habitation au requérant. Pour les immeubles dont le requérant s'est dessaisi, il s'agit donc de la valeur vénale (art. 17 al. 5 OPC). Cela concerne également les immeubles que n'occupe pas le requérant (art. 17 al. 4 OPC) ; selon le commentaire explicatif de l'OFAS, lorsqu'un assuré se sépare de son immeuble, « on est en droit d'attendre de sa part qu'il le vende à sa valeur vénale ; s'il ne le fait pas, il renonce à la valeur correspondante ». Toutefois, le canton de Fribourg, ayant fait usage de la faculté que laisse l'art. 17 al. 6 OPC, a prévu l'utilisation de la « *valeur de répartition* » (déterminante pour les répartitions inter-cantoniales), qui correspond actuellement à 110 % de la valeur fiscale.
7. Dans le calcul de la fortune (et de sa conversion en revenu), il est tenu compte de *franchises*, soit de sommes que le requérant peut conserver et qui n'ont pas à être mises à contributions pour couvrir les charges du home. Dans le canton de Fribourg, ces franchises sont, dans le domaine des prestations complémentaires AVS, de Fr. 40'000.-- pour un couple, de Fr. 25'000.-- pour une personne seule (cf. art. 3c al. 1 let. c LPC). La franchise liée aux frais d'accompagnement (mais seulement à ces derniers) est de Fr. 200'000.-- (art. 19 al. 1 LEMS). La loi (art. 3c al. 1 let. c LPC) connaît par ailleurs une franchise immobilière, admise uniquement en relation avec l'immeuble qui sert d'habitation au requérant (et qui n'est dès lors pas déductible lorsque l'immeuble a été transféré avant la demande ou lorsque le propriétaire vit en institution) ; dans le canton de Fribourg, cette franchise est de Fr. 100'000.-- (art. 1 let. c de l'ordonnance du 5 décembre 2006, RS 841.3.12).
8. Les montants des prestations complémentaires AVS et des frais d'accompagnement *sont limités*⁵. Par ailleurs, la somme des

⁵ Voir en particulier les art. 3a al. 2 (le montant annuel de la prestation complémentaire ne doit pas dépasser, dans l'année civile, le quadruple du montant annuel minimum de la rente simple de vieillesse fixé à l'art. 34 al. 5 LAVS) et 3a al. 3 (pour les personnes qui vivent en permanence ou pour une longue période dans un home ou dans un hôpital, la prestation complémentaire annuelle ne peut dépasser 175 % du montant maximum destiné à la couverture des besoins vitaux des personnes fixé à l'art. 3b al.1 let. a) LPC.

prestations complémentaires et des frais d'accompagnement ne doit pas dépasser le montant des dépenses reconnues : le requérant ne peut s'enrichir au détriment de la collectivité publique.

2. *Applications*

Par mesure de simplification et dans une seule perspective pédagogique, les exemples suivants ne concernent que le cas d'une personne seule (pour les couples, voir en particulier les art. 3a al. 4 LPC et art. 1b OPC). Les calculs seront plus compliqués lorsque les deux conjoints vivent dans une institution ou que l'un réside en EMS, l'autre demeurant à la maison (voir à ce propos art. 3a a. 5 LPC et art. 1a et art. 1b al. 3 OPC).

Ces applications concernent principalement *trois situations* :

1° Le résidant dispose d'une fortune mobilière dont il ne s'est pas dessaisi (cas 1), respectivement dont il s'est dessaisi (cas 2), avant d'être admis dans un EMS ;

2° Le résidant dispose d'une fortune immobilière dont il ne s'est pas dessaisi (cas 3), respectivement dont il s'est dessaisi (cas 4), avant d'être admis dans un EMS ;

3° Le requérant continue de vivre dans son logement (et n'est pas admis dans un EMS) ; il dispose d'une certaine fortune immobilière qu'il a conservée (cas 5), respectivement dont il s'est dessaisie, tout en se réservant un droit d'habitation (cas 6).

Le *schéma de résolution* est identique : il s'agit de savoir, dans un premier temps, comment est prise en compte la fortune existante, respectivement dessaisie, dans le calcul des prestations complémentaires/frais d'accompagnement. Dans un deuxième temps, il convient de calculer le montant de ces prestations. Une récapitulation, effectuée dans un troisième temps, permet de connaître comment sont couvertes les charges auxquelles le requérant est confronté.

CAS 1 : FORTUNE MOBILIÈRE D'UN RÉSIDANT, SANS DESSAISISSEMENT

Hypothèse : Une personne seule, à la retraite, vient à être admise dans un EMS et demande à bénéficier de prestations complémentaires AVS et d'une participation aux frais d'accompagnement. Sa fortune est de Fr. 300'000.-- et rapporte Fr. 6'000.-- par année ; ses revenus annuels effectifs (rente AVS et prestations du deuxième pilier) s'élèvent à

Fr. 40'000.--. Les coûts de l'EMS sont de Fr. 35'000.-- pour la pension, de Fr. 35'000.-- pour les frais d'accompagnement ; s'y ajoutent les dépenses personnelles, de Fr. 4'000.--, ainsi que le forfait pour caisse maladie (Fr. 3'000.--).

1^{ère} étape :

Prise en compte de la fortune comme élément du revenu déterminant

Il faut distinguer selon qu'il s'agit du calcul des prestations complémentaires et du calcul de la participation aux frais d'accompagnement ; le résultat est le suivant :

	PC – AVS	Frais d'accompagnement
Fortune (mobilière)	300'000	300'000
./. Franchise	<u>25'000</u>	<u>200'000</u>
Fortune déterminante	275'000	100'000
Facteur de conversion	1/5	1/10
Part de revenu déterminant	55'000	10'000

2^{ème} étape :

Calcul des prestations complémentaires et des frais d'accompagnement

	Revenus déterminants		Dépenses reconnues	
	PC – AVS	Frais d'accompagnement		
AVS + LPP	40'000	40'000	EMS pension	35'000
Revenus de la fortune	6'000	6'000	EMS accompagnement	35'000
Fortune (selon 1 ^{ère} étape)	<u>55'000</u>	<u>10'000</u>	Dépenses personnelles	4'000
			Forfait caisse-maladie	<u>3'000</u>
	101'000	56'000		77'000

Le résidant n'a pas droit à des prestations complémentaires AVS (101'000 > 77'000), mais à 21'000.-- (77'000.--./. 56'000.--) de participation aux frais d'accompagnement (FA).

3^{ème} étape :

Récapitulation

	Revenus	Charges	
AVS + LPP	40'000	Sans changement	<u>77'000</u>
Revenus	6'000		
FA	<u>21'000</u>		
	67'000		77'000

Le résidant doit supporter des charges de Fr. 77'000.-- et a Fr. 67'000.-- de revenus effectifs. La différence de Fr. 10'000.-- par année sera obtenue par prélèvements sur la fortune. On voit que, contrairement à ce que l'on pourrait penser, ces prélèvements sont limités ; la fortune ne subit pas de réduction drastique.

CAS 2 : FORTUNE MOBILIÈRE D'UN RÉSIDENT, AVEC DESSAISSEMENT

Hypothèse : Le même résidant que ci-dessus, pressentant que sa fortune serait mise à contribution dans le cas où il devrait être admis dans un home, s'est dessaisi de l'intégralité de sa fortune 7 ans avant son admission.

1^{ère} étape :

Prise en compte de la fortune comme élément du revenu déterminant

Il faut distinguer selon qu'il s'agit du calcul des prestations complémentaires et du calcul de la participation aux frais d'accompagnement ; le résultat est le suivant :

	PC – AVS	Frais d'accompagnement
Fortune (mobilière) dessaisie	300'000	300'000
./. Amortissement (durée)	60'000	60'000
./. Franchise	<u>25'000</u>	<u>200'000</u>
Fortune déterminante	215'000	40'000
Facteur de conversion	1/5	1/10
Part de revenu déterminant	43'000	4'000

2^{ème} étape :

Calcul des prestations complémentaires et de la participation aux frais d'accompagnement

	Revenus déterminants		Dépenses reconnues	
	PC-AVS	Frais d'accompagnement		
AVS + LPP	40'000	40'000	Sans changement	<u>77'000</u>
Intérêt de la fortune dessaisie	1'200	1'200		
Fortune (selon 1 ^{ère} étape)	<u>43'000</u>	<u>4'000</u>		
	84'200	45'200		77'000

L'intérêt de la fortune dessaisie est de 0.5 % de la fortune amortie (supra 1.5.2°), soit 0.5 % de 240'000.

Le résidant n'a pas droit à des prestations complémentaires AVS (84'200 > 77'000), mais à 31'800.-- (77'000.--/. 45'200.--) de participation aux frais d'accompagnement.

3^{ème} étape :

Récapitulation

	Revenus	Charges	
AVS + LPP	40'000	Sans changement	<u>77'000</u>
Frais d'accompagnement	<u>31'800</u>		
	71'800		77'000

Le résidant doit supporter des charges de Fr. 77'000.-- et a Fr. 71'800.-- de revenus effectifs. La différence de Fr. 5'200.-- ne pourra être prise sur la fortune existante, puisqu'elle a été transférée. Dans les faits, elle sera sans doute supportée volontairement par les enfants. Si ceux-ci refusent, la dette alimentaire, puis l'aide sociale, pourront entrer en ligne de compte. On voit certes que cette différence est réduite. Il n'empêche que le résidant, en ayant transféré son patrimoine à ses enfants, vit dans une situation de dépendance financière qu'il ne connaîtrait pas sinon.

CAS 3 : FORTUNE IMMOBILIÈRE D'UN RÉSIDANT, SANS DESSAISSEMENT

Hypothèse : La même personne que ci-dessus (cas 1) a pour fortune un immeuble d'une valeur de Fr. 450'000.--, dont la valeur fiscale est de Fr. 300'000.-- ; elle est débitrice d'une dette hypothécaire de Fr. 100'000.--. Etant admise en EMS, elle loue sa maison pour un rendement locatif annuel de Fr. 20'000.--.

1^{ère} étape :

Prise en compte de la fortune comme élément du revenu déterminant

Il faut distinguer selon qu'il s'agit du calcul des prestations complémentaires et du calcul de la participation aux frais d'accompagnement ; le résultat est le suivant :

	PC – AVS	Frais d'accompagnement
Fortune (immobilière)	330'000	330'000
./. Dette	100'000	100'000
./. Franchise	<u>25'000</u>	<u>200'000</u>
Fortune déterminante	205'000	30'000
Facteur de conversion	1/5	1/10
Part de revenu déterminant	41'000	3'000

L'immeuble est pris en compte pour la *valeur de répartition*, du fait que le résidant ne l'occupe plus. Pour la même raison, il n'y a pas place pour une franchise immobilière.

2^{ème} étape :

Calcul des prestations complémentaires et de la participation aux frais d'accompagnement

	Revenus déterminants		Dépenses reconnues	
	PC – AVS	Frais d'accompagnement		
AVS + LPP	40'000	40'000	Sans changement	<u>77'000</u>
Revenus (loyer)	20'000	20'000		
Fortune (selon 1 ^{ère} étape)	<u>41'000</u>	<u>3'000</u>		
	101'000	63'00		77'000

Le résidant n'a pas droit à des prestations complémentaires AVS (101'000 > 77'000), mais à 14'000.-- (77'000.-- ./ . 63'000.--) de participation aux frais d'accompagnement.

3^{ème} étape :
Récapitulation

	Revenus	Charges	
AVS + LPP	40'000	Sans changement	<u>77'000</u>
Revenus (loyer)	20'000		
Frais d'accompagnement	<u>14'000</u>		
	74'000		77'000

Le résidant doit supporter des charges de Fr. 77'000.-- et a Fr. 74'000.-- de revenus effectifs. Sa fortune est entamée pour 3'000 par année. Ce montant reste réduit, en rapport aux coûts de l'EMS. Pour y faire face, il pourra vendre l'immeuble ou obtenir un crédit supplémentaire (par exemple, faute de pouvoir bénéficier d'une augmentation du prêt hypothécaire, auprès de ses enfants).

CAS 4 : FORTUNE IMMOBILIÈRE D'UN RÉSIDANT, AVEC DESSAISSEMENT

Hypothèse : Le même résidant que ci-dessus, pressentant que sa fortune serait mise à contribution dans le cas où il devrait être admis dans un home, s'est dessaisi de l'intégralité de sa fortune 7 ans avant son admission ; l'acquéreur a repris la dette hypothécaire et a accordé à son père un droit d'habitation. La valeur capitalisée de ce droit a été estimée à Fr. 80'000.--.

1^{ère} étape :

Prise en compte de la fortune comme élément du revenu déterminant

Il faut distinguer selon qu'il s'agit du calcul des prestations complémentaires et du calcul de la participation aux frais d'accompagnement ; le résultat est le suivant :

	PC – AVS	Frais d'accompagnement
Fortune dessaisie	330'000	330'000
./. Dette	100'000	100'000
./. Droit d'habitation	80'000	80'000
./. Amortissement (durée)	60'000	60'000
./. Franchise	<u>25'000</u>	<u>200'000</u>
Fortune déterminante	65'000	0
Facteur de conversion	1/5	1/10
Part de revenu déterminant	13'000	0

L'immeuble a été pris en compte à la valeur de répartition. La valeur technique de la libéralité était de Fr. 150'000.-- (Fr. 330'000.-- ./ Fr. 100'000.-- ./ Fr. 80'000.--). La franchise immobilière n'entre pas en considération.

2^{ème} étape :

Calcul des prestations complémentaires et de la participation aux frais d'accompagnement

	Revenus déterminants		Dépenses reconnues	
	PC – AVS	Frais d'accompagnement		
AVS + LPP	40'000	40'000	Sans changement	<u>77'000</u>
Fortune (selon 1 ^{ère} étape)	<u>13'000</u>	<u>0</u>		
	53'000	40'000 (théorique)		77'000

Le droit d'habitation n'est pas pris en compte comme revenu, en raison de l'incessibilité de son exercice (impossibilité de pouvoir louer l'appartement à des tiers, art. 776 al. 2 CC).

Le résidant a droit à des prestations complémentaires AVS pour Fr. 24'000.-- (Fr. 77'000.-- ./ Fr. 53'000.--). Le montant des frais d'accompagnement correspond à la différence entre les dépenses reconnues d'une part, les revenus déterminants et les prestations complémentaires AVS d'autre part ; l'idée est en effet que le résidant ne doit pas s'enrichir du chef du versement de prestations étatiques. En l'occurrence, ils s'élèvent à Fr. 13'000.--.

3^{ème} étape :

Récapitulation

	Revenus	Charges	
AVS + LPP	40'000	Sans changement	<u>77'000</u>
PC + FA	<u>37'000</u>		
	77'000		77'000

Le résidant doit supporter des charges de Fr. 77'000.-- et dispose de revenus effectifs pour Fr. 77'000.--. Il n'y a pas lieu de faire appel à la dette alimentaire.

CAS 5 : FORTUNE IMMOBILIÈRE D'UNE PERSONNE NE VIVANT PAS EN EMS, SANS DESSAISSEMENT

Hypothèse : Une personne seule vit dans l'immeuble dont elle est propriétaire. Sa fortune consiste dans cet immeuble, dont la valeur vénale est de Fr. 450'000.--, la valeur fiscale étant de Fr. 300'000.--. La dette hypothécaire est de Fr. 100'000.--. La question de frais d'accompagnement ne se pose pas.

1^{ère} étape :

Prise en compte de la fortune comme élément du revenu déterminant

	PC – AVS
Fortune (valeur fiscale)	300'000
./. Dette	100'000
./. Franchise générale	25'000
./. Franchise immeuble	<u>100'000</u>
	75'000
Facteur de conversion	1/5
Part de revenu déterminant	15'000

La valeur déterminante est la valeur fiscale, du fait que le propriétaire habite son immeuble. Pour cette même raison, celui-ci bénéficie de la franchise immobilière.

2^{ème} étape :

Calcul des prestations complémentaires

	Revenus déterminants	Dépenses reconnues	
	PC – AVS		
AVS + LPP	40'000	Besoins vitaux	18'000
Valeur locative	11'000	Intérêts hypothécaires	5'000
Fortune (selon 1 ^{ère} étape)	<u>15'000</u>	Loyer	12'000
		Assurance maladie	<u>3'000</u>
	66'000		37'000

Le loyer correspond à la somme de la valeur locative et des frais d'entretien de l'immeuble.

Le résidant n'a pas droit à des prestations complémentaires AVS (66'000 > 37'000) ; mais sa fortune n'est pas entamée.

CAS 6 : FORTUNE IMMOBILIÈRE D'UNE PERSONNE NE VIVANT PAS DANS UN EMS, AVEC DESSAISSEMENT

Hypothèse : La même personne que ci-dessus s'est dessaisie récemment de cet immeuble, dans l'idée de bénéficier de prestations complémentaires AVS ; l'acquéreur a repris la dette hypothécaire et a accordé à l'aliénateur un droit d'habitation dont la valeur capitalisée est estimée à Fr. 80'000.--. Ce dernier vit toujours dans la même maison ; la question de frais d'accompagnement ne se pose pas.

1^{ère} étape :

Prise en compte de la fortune comme élément du revenu déterminant

	PC – AVS
Fortune dessaisie	330'000
./. Dette	100'000
./. Valeur capitalisée dr. hab.	80'000
./. Franchise générale	<u>25'000</u>
Fortune déterminante	125'000
Facteur de conversion	1/5
Part de revenu déterminant	25'000

L'immeuble est pris en compte à la valeur de répartition. Le requérant ne bénéficie pas de la franchise immobilière ; il n'y a pas d'amortissement de fortune liée à la durée.

2^{ème} étape :

Calcul des prestations complémentaires

	Revenus déterminants	Dépenses reconnues	
	PC – AVS		
AVS + LPP	40'000	Besoins vitaux	18'000
Droit d'habitation	12'000	Loyer	12'000
Intérêt s/dessaisissement	750	Assurance maladie	<u>3'000</u>
Fortune (selon 1 ^{ère} étape)	<u>25'000</u>		
	77'750		33'000

L'intérêt sur dessaisissement (0.5 %) se calcule sur la fortune dessaisie, après amortissement. Faute d'amortissement pour durée de propriété, elle s'élève à Fr. 150'000.-- (Fr. 330'000.-- ./ Fr. 100'000.-- ./ Fr. 80'000.--).

Le résidant n'a pas droit à des prestations complémentaires AVS (77'750 > 33'000). Ses revenus suffisent à assumer ses charges. Mais il n'est plus propriétaire.

3. *La prise en compte d'un découvert*

a) *Un ordre de subsidiarité*

Les charges que doit supporter le résidant d'un EMS doivent être couvertes selon un *ordre de subsidiarité* suivant :

1. Les revenus et la fortune du résidant,
2. Les prestations complémentaires AVS et les frais d'accompagnement,
3. La dette alimentaire,
4. L'aide sociale.

b) *La dette alimentaire*

Chacun, pour autant qu'il vive dans l'aisance, est tenu de fournir des aliments à ses parents en ligne directe ascendante et descendante, lorsque, à défaut de cette assistance, ils tomberaient dans le besoin (art. 328 al.1 CC); l'action alimentaire tend aux prestations nécessaires à l'entretien du demandeur et compatibles avec les ressources de l'autre partie (art. 329 al. 1 CC); les dispositions concernant l'action alimentaire de l'enfant et le transfert de son droit à l'entretien à la collectivité publique sont applicables par analogie (art. 329 al. 3 CC). Ces dispositions appellent, dans notre contexte, les *cinq remarques suivantes* :

1° Seuls les ascendants et les *descendants* sont tenus de fournir la dette alimentaire ; cela exclut en particulier les frères et sœurs ainsi que les parents par alliance (beau-fils, belle-fille, etc.).

2° Le critère retenu par la loi, en ce qui concerne la situation patrimoniale du débiteur, est celui de l'*aisance*. Cette notion se juge selon plusieurs facteurs, qui concernent en particulier ses revenus, sa fortune⁶, son âge, sa situation de famille ; les critères ne peuvent pas être moins rigoureux que ceux qui sont applicables à l'aide sociale⁷.

⁶ ATF 132 III 97 = JdT 2007 I 107.

⁷ ATF 132 III 97 = JdT 2007 I 107 : Il ne se justifie pas de soumettre les prestations alimentaires des parents à des conditions moins rigoureuses que celles qui donnent droit à l'aide sociale. Les tribunaux cantonaux compétents au fond

Dans l'application de l'art. 328 CC, les autorités s'inspirent des critères admis par la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS)⁸. Une utilisation stricte de ces critères est discutée.

3° Fondamentalement, la dette alimentaire est due *indépendamment* de la question de savoir si le débiteur a ou non bénéficié de *libéralités* de la part du créancier. Le seul critère retenu est, s'agissant du débiteur, celui de savoir s'il vit dans l'aisance.

4° Dans le même esprit, les art. 328s. CC ne limitent pas les montants dus au titre de dette alimentaire à l'enrichissement du débiteur.

5° En pratique, le donateur n'est guère disposé ou en mesure de mener une action en justice contre ses enfants. Mais la collectivité publique qui, au titre d'aide sociale (infra c.), assumerait des prestations en faveur du résidant, est *subrogée* aux droits de celui-ci en relation avec la dette alimentaire ; elle peut en particulier ouvrir action contre les enfants du bénéficiaire.

c) *L'aide sociale*

L'aide sociale intervient à titre tout à fait subsidiaire. Elle est assumée conformément aux dispositions de la loi fribourgeoise du 14 novembre 1991 sur l'aide sociale (RS 831.0.1) et est due même lorsque le bénéficiaire s'est trouvé par sa faute (notamment en cédant avant l'entrée dans un EMS son patrimoine à ses enfants) dans une situation de dépendance financière (cf. art. 24 al. 2). Le Tribunal fédéral l'a confirmé dans un arrêt (non publié, n. 8C.92/2007) du 14 décembre 2007, rappelant que l'art. 12 Cst. oblige la collectivité publique à assumer ses obligations sociales indépendamment de la question de savoir si le bénéficiaire aurait ou non pu agir en versement de la dette alimentaire ; la collectivité est alors subrogée dans les droits du bénéficiaire et peut en particulier intenter l'action de l'art. 328 CC (la probabilité de l'aboutissement d'une telle action étant en l'occurrence réduite, compte tenu de la situation financière des enfants). En principe, la personne qui a reçu une aide matérielle est tenue de la rembourser, en

n'outrepassent pas leur pouvoir d'appréciation lorsqu'ils partent d'un besoin calculé sur la base des critères de l'aide sociale et dépassant donc habituellement le minimum vital du droit des poursuites.

⁸ ATF 132 III 97 = JdT 2007 I 107/113.

tout ou partie, dès que sa situation financière le permet (art. 29 al. 1) ; cette obligation de rembourser s'étend aux héritiers jusqu'à concurrence de leur part d'héritage (art. 29 al. 2).

CONCLUSION : BRÈVE RÉPONSE À LA QUESTION POSÉE

La cession de son patrimoine à ses enfants, la bonne solution ? La réponse doit être nuancée et peut à mon avis être la suivante :

1. Une généralisation n'est pas possible ; chaque cas doit être examiné séparément. La décision de procéder à un transfert de biens ne doit être prise qu'après une pondération soignée des avantages et des inconvénients qu'il présente.

2. La cession de son patrimoine a des incidences qui dépassent largement celles qui sont liées à la couverture des charges de home.

3. Tant en termes d'opportunité que sous l'angle des prestations sociales, la cession gratuite de son patrimoine doit être envisagée avec retenue ; elle ne se justifie que si elle est dictée par des motifs particuliers. En revanche, une vente aux descendants, moyennant une contre-prestation équivalant (presque) à la valeur vénale, ne pose généralement pas de difficultés particulières.

4. Les motifs justifiant une libéralité entre vifs peuvent être tirés par exemple de la volonté d'anticiper un partage futur ou de permettre à l'acquéreur d'investir sur l'immeuble qui lui est transféré.