

LES CONSEQUENCES D'UN DESSAISSEMENT SOUS L'ANGLE DES PRESTATIONS COMPLEMENTAIRES A L'AVS/AI

Publié dans L'Expert-comptable Suisse 8/2010, p. 511ss



Cédric Stucker
Titulaire du brevet de notaire
Expert fiscal diplômé

Fiscaplan SA
Yverdon-les-Bains

et



Danilo Delgado
Titulaire du brevet d'avocat

Fiscaplan SA
Yverdon-les-Bains

Introduction

Chacun consacre sa vie professionnelle à l'acquisition d'un capital devant servir non seulement à maintenir autant que possible son niveau de vie au moment de la retraite mais également à laisser un patrimoine à sa postérité.

Cette idée, toute légitime soit-elle, est bien souvent un vœu pieux. Qu'il s'agisse d'un simple hébergement dans une maison de retraite, où le coût journalier est au moins égal à celui d'un hôtel de catégorie supérieure, ou d'une admission dans un établissement médico-social (EMS), laquelle implique une assistance médicale quotidienne, les coûts liés à la prise en charge de la vieillesse sont un gouffre financier.

Aussi, l'idée de transférer sa fortune à ses enfants pour préserver le patrimoine familial et de faire supporter les coûts d'un hébergement ou d'une hospitalisation dans un EMS à l'Etat est tentante. Elle devient même séduisante si l'on considère que tous les revenus acquis durant toutes ces années ont été soumis à l'AVS. Ne serait-ce pas le moment d'en profiter pleinement ? Les prestations complémentaires ne sont-elles pas justement un droit et non une aumône ?

La loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (LPC)¹ et son ordonnance d'application (OPC-AVS/AI)² posent des règles précises permettant de déterminer le montant des prestations complémentaires.

Fondamentalement, celles-ci correspondent à la différence entre les dépenses reconnues et les revenus déterminants. A ce propos, il est intéressant d'observer que l'ensemble des ressources listées à l'art. 11 LPC sont des biens ou des droits sur lesquels le requérant a la maîtrise effective. D'ailleurs, la jurisprudence retient qu'au titre des actifs à prendre en considération ne sont considérés que ceux dont l'intéressé peut disposer sans restriction³. Ce principe souffre néanmoins une sévère exception ancrée à l'art. 3 al. 1 let. g) LPC, lequel dispose que les ressources et parts de fortune dont l'ayant droit s'est dessaisi entrent également dans le calcul des revenus déterminants.

¹ RS 831.30.

² RS 831.301.

³ ATF 110 V 17, p. 21.

En cas de donation anticipée de son patrimoine, c'est à ce stade que le cadeau devient empoisonné tant pour le requérant, qui se voit attribuer des revenus qu'il ne possède plus – ce qui entraîne une diminution voire une suppression de son droit aux prestations complémentaires –, que pour le bénéficiaire, qui peut se voir imposer la prise en charge du découvert, conformément à l'obligation d'entretien ancrée à l'art. 328 CC.

La présente contribution se focalise essentiellement sur les conséquences d'un dessaisissement sous l'angle des prestations complémentaires en répertoriant les principaux modes de dessaisissements et leur appréciation dans le calcul des prestations complémentaires. Les conditions d'application de l'art. 328 CC et leur mise en œuvre par les organes chargés de l'assistance sociale feront l'objet d'une contribution ultérieure.

I. Généralités

Le calcul des prestations complémentaires correspond à la différence entre les dépenses reconnues (art. 9 LPC) et les revenus déterminants (art. 11 ss LPC). Ce n'est qu'en cas d'insuffisance de ces derniers par rapport aux dépenses reconnues qu'une prestation complémentaire peut être allouée au requérant.

Dans le calcul des revenus déterminants, la LPC impose la prise en considération des biens dont l'ayant-droit s'est dessaisi (art. 11 al. 1 let. g). Elle ne définit par-contre pas cette notion. La jurisprudence du Tribunal fédéral (TF) a néanmoins massivement comblé ce vide.

Selon celle-ci, il y a dessaisissement *« lorsqu'une personne assurée renonce sans obligation juridique à des éléments de fortune, peut prétendre à certains éléments de revenu et de fortune et ne fait pas valoir les droits correspondants, ou renonce à mettre en valeur sa capacité de gain alors qu'on peut*

*raisonnablement exiger d'elle qu'elle exerce une activité lucrative »*⁴.

Il en résulte que le calcul des prestations complémentaires se fera comme s'il n'y avait pas eu de dessaisissement. En pareil cas, le revenu déterminant est augmenté aussi bien d'une fraction de la valeur du bien cédé (1/15, 1/10 ou 1/5 selon le droit cantonal) que du produit que ce bien aurait procuré à l'ayant droit.

Si le transfert de patrimoine s'accompagne d'une certaine discrétion vis-à-vis de l'extérieur, l'art. 24 OPC-AVS/AI impose, au contraire, une certaine publicité à l'égard de l'autorité administrative. En effet, le requérant, son représentant légal voire le tiers qui encaisse les prestations complémentaires, est tenu de renseigner sur tout changement dans la situation personnelle et de toute modification dans la situation matérielle du bénéficiaire de la prestation. La violation de cette obligation de renseigner peut entraîner l'obligation de restitution des prestations complémentaires indûment perçues⁵.

En outre, contrairement à une idée aussi tenace qu'erronée, il n'existe pas de limite temporelle à la prise en compte d'un dessaisissement. A ce propos, l'art. 17a al. 1 et 2 OPC-AVS/AI dispose qu'un abattement annuel de CHF 10'000.- est à prendre en considération à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit celle du dessaisissement. Dans les faits, l'amortissement n'est effectif qu'à compter de la deuxième année qui suit le dessaisissement⁶. La réduction annuelle de CHF 10'000.- ne peut être considérée qu'une seule fois. En cas de

⁴ ATF 123 V 37 ; Pierre Ferrari, Dessaisissement volontaire et prestations complémentaires à l'AVS/AI, RSAS 2002 p. 419 ss. ; Raymond Spira, Transmission de patrimoine et dessaisissement au sens de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS/AI, RSAS 1996 p. 210 ss.

⁵ Cf. Directives de l'OFAS concernant les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, ad N°7019 (état au 1^{er} janvier 2007).

⁶ Cf. Directives de l'OFAS concernant les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, ad N°2064 (état au 1^{er} janvier 2007).

dessaisissements successifs au cours d'une année, il n'y a ainsi pas lieu de réduire chacun des montants dessaisis⁷. Précision importante, cet amortissement n'est effectif qu'à compter du 1^{er} janvier 1990 au plus tôt⁸.

Ces prémisses étant rappelées, il faut à présent examiner, à l'aide d'exemples jurisprudentiels, les différents cas de dessaisissement auxquels les praticiens peuvent être confrontés.

II. Modes de dessaisissement

Comme l'ont déjà observé les Juges fédéraux Spira et Ferrari⁹, les différents modes de dessaisissement relèvent de la cession d'un bien à titre gratuit et autres libéralités (A.), du dessaisissement conditionnel (B.) ou encore de la constitution d'un droit d'usufruit ou d'habitation (C.).

La présente contribution reprendra donc cette systématique avec, le cas échéant, une amplification et une mise à jour de la jurisprudence citée par les deux auteurs susmentionnés.

A. Cession d'un bien à titre gratuit et autres libéralités

La donation, la donation mixte, ainsi que l'avancement d'hoirie sont sans nul doute les exemples les plus typiques d'actes de dessaisissement¹⁰.

La jurisprudence regorge de cas d'application. Le cas le plus commun est celui des prestations complémentaires refusées à des époux ayant fait don à leurs deux enfants, à titre d'avancement d'hoirie, de divers biens

immobiliers (plusieurs parcelles de terrain et un appartement avec dépendance)¹¹.

Il est d'autres cas où un dessaisissement peut être considéré sous l'angle de la *capacité de gain* de l'assuré ou de son conjoint. Cette question doit être examinée à l'aune des critères posés en droit de la famille, c'est-à-dire notamment en prenant en considération l'âge de la personne concernée, son état de santé, ses connaissances linguistiques, sa formation professionnelle, l'activité exercée précédemment, le marché de l'emploi et, le cas échéant, le temps plus ou moins long pendant lequel elle aura été éloignée de la vie professionnelle¹². Dans le même ordre d'idée, le TF retient qu'en cas de *retraite anticipée*, il y a présomption de renonciation à des revenus, si bien qu'il y a lieu de prendre en compte, dans le calcul de la prestation complémentaire, un revenu hypothétique correspondant. Il n'en va autrement que si d'autres raisons ont conduit à la mise à la retraite anticipée comme, par exemple, des problèmes d'invalidité ou une mise à la retraite par l'employeur¹³.

Le TF a encore considéré qu'un assuré ayant perdu son argent dans un *casino*, s'était livré à un dessaisissement de fortune parce qu'il avait dilapidé son argent librement sans obligation juridique¹⁴. Dans la même logique, constitue également un dessaisissement de parts de fortune *un placement financier* lorsqu'il comporte un risque tel qu'il peut être assimilé à un « *va banque-Spiel* », à savoir une situation où l'on joue le tout pour le tout. Et le TF de citer deux arrêts, l'un du 30 novembre 1998¹⁵, dans lequel une telle entreprise hasardeuse avait été retenue s'agissant d'un prêt consenti sans aucune garantie ni contre-prestation concrète et pour lequel le montant principal avait été remis après que le terme pour le remboursement de la première tranche du prêt

⁷ Cf. Directives de l'OFAS concernant les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI, ad N°2064 (état au 1^{er} janvier 2007).

⁸ Cf. Dispositions finales de la modification de l'OPC-AVS/AI du 12 juin 1989 (RO 1989 p. 1238).

⁹ Cf. Raymond Spira, op. cit., p. 210 ss. ; Pierre Ferrari, op. cit., p. 421 ss.

¹⁰ Cf. Pierre Ferrari, op. cit., p. 421 ; Raymond Spira, op. cit., p. 212.

¹¹ Cf. ATF 123 V 35.

¹² Cf. Arrêt du Tribunal fédéral du 29 janvier 2009, référencé 8C.47/2008, et les arrêts cités.

¹³ Cf. ATF P 59/03.

¹⁴ Cf. VSI 1994 p. 222 ss.

¹⁵ Cf. ATF P 17/97.

était déjà échu. L'autre, du 26 avril 2006¹⁶, dans lequel il a confirmé qu'un prêt consenti à une société à responsabilité limitée devait être assimilé à un dessaisissement dans la mesure où, en l'espèce, la perspective d'être remboursé était mince au vu de la situation financière de la société, le prêteur ayant pris un risque semblable à celui que prend l'amateur de jeux de hasard.

En revanche, le TF a jugé¹⁷ le cas d'un rentier AVS qui avait vécu modestement jusqu'à la retraite et qui avait touché à ce moment un capital de son employeur. Il avait consacré une partie importante de sa fortune à des voyages à l'étranger, à des traitements dentaires, à divers achats et repas au restaurant. L'application de l'art. 3 al. 1 let. g) aLPC¹⁸ n'a pas été admise considérant qu'il n'y avait pas d'acte de renonciation important et que *l'assuré qui dépense sa fortune pour acquérir des biens de consommation ou pour améliorer son train de vie use de sa liberté personnelle et ne saurait tomber sous le coup de cette disposition*¹⁹.

Dans une récente jurisprudence genevoise²⁰, le Tribunal cantonal des assurances sociales n'a retenu qu'un dessaisissement partiel dans le

cas d'une assurée ayant fait don d'une partie de sa fortune mobilière à sa nièce. Le Tribunal cantonal a considéré que l'aide apportée à l'assurée était d'une importance considérable, tant par sa durée (plusieurs années), son ampleur (totale dépendance de l'assurée vis-à-vis de sa nièce qui effectuait toutes les tâches et gérait de ce fait deux ménages), que par ses spécificités (l'aide n'était pas limitée à ce que l'on peut dénommer une aide ménagère et administrative, mais consistait également en des soins de type infirmier et une assistance financière ; elle était donnée tant de jour que de nuit), si bien que la contre-prestation a été considéré comme partiellement équivalente.

B. Dessaisissement conditionnel

Le TF²¹ a retenu que *« tout acte juridique par lequel une personne s'engage envers le créancier d'un tiers à garantir le paiement de la dette contractée par ce tiers doit être assimilé à un dessaisissement conditionnel »*. Il précise encore que *« le caractère virtuel de l'engagement ne change rien au problème du fait que toute libéralité peut être soumise à condition et que ce qui seul importe, c'est qu'au moment où l'on fixe le revenu déterminant [pour la détermination du] droit éventuel d'un assuré à une prestation complémentaire, cet assuré dispose ou ne dispose pas de la fortune et du revenu de celle-ci qui doivent être pris en compte selon les règles légales. Dès lors, peu importe la cause ou la nature juridique exacte de l'engagement souscrit par l'assuré en faveur d'autrui »*.

Il est encore précisé que peu importe que la condition à laquelle est subordonnée l'engagement vienne à échéance avant ou après l'octroi d'une prestation complémentaire. Dès que le créancier peut exiger du garant l'exécution de son engagement, celui-ci a perdu la libre disposition de ses biens, jusqu'à concurrence du montant qui lui est réclamé en exécution de sa garantie. Cela doit permettre, le cas échéant, de prendre en compte un

¹⁶ Cf. ATF P 16/05.

¹⁷ Cf. ATF K. non publié du 10 mai 1983.

¹⁸ Dont la teneur est identique à l'actuel art. 11 la. 1 let. g) LPC.

¹⁹ Il faut néanmoins préciser que dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (ATF 125 V 195, consid. 2 ; ATF 130 I 183, consid. 3.2). En particulier, dans le régime des prestations complémentaires, l'assuré qui n'est pas en mesure de prouver que ses dépenses ont été effectuées moyennant une contre-prestation adéquate ne peut pas se prévaloir d'une diminution correspondante de sa fortune, mais doit accepter que l'on s'enquière des motifs de cette diminution et, en l'absence de la preuve requise, que l'on tienne compte d'une fortune hypothétique (VSI 1994, p. 227, consid. 4b ; ATF P 65/04).

²⁰ Cf. arrêt du Tribunal cantonal des assurances sociales du 11 mars 2008, référencé ATAS 287/2008.

²¹ Cf. ATF 120 V 191.

élément de revenu ou une part de fortune qui a disparu postérieurement à l'octroi d'une prestation complémentaire à la suite, par exemple, d'un cautionnement ou d'un autre engagement en faveur d'autrui souscrit avant la décision par laquelle l'administration a fixé le montant de la prestation. Ces principes valent notamment pour toutes les formes de mise en gage d'un bien de l'assuré en garantie de la dette d'un tiers, sans qu'il existe à l'égard de ce dernier une obligation de l'assuré de souscrire un tel engagement.

Dans ce même arrêt, deux sœurs avaient donné en nantissement à une banque leurs polices d'assurance-vie respectives pour garantir les dettes de leur fils et neveu. La banque ayant demandé et obtenu la réalisation du gage, elles n'avaient pu obtenir les prestations complémentaires le moment venu.

De manière stricte, le TF a ponctué son arrêt en indiquant qu'elles ne pouvaient faire supporter à la collectivité « *les conséquences de leur imprévoyance* ».

C. Constitution d'un droit d'usufruit ou d'habitation

Une autre variante classique en ce domaine est la constitution d'un usufruit (art. 745 CC) ou d'un droit d'habitation (art. 776 al.1 CC) en contrepartie des biens cédés.

Ces droits réels restreints permettent d'assurer à leur titulaire une certaine maîtrise sur un bien mobilier ou immobilier. En effet, quand bien même ils n'empêchent pas la vente du bien mobilier ou immobilier auquel ils se rapportent, ils sont néanmoins opposables au nouvel acquéreur. Ils procurent ainsi une sécurité accrue par rapport à un simple contrat de bail, résiliable moyennant le respect du délai de congé légal, ou prêt à usage, également dénonçable.

En substance, les différences essentielles sont les suivantes :

- l'usufruit est incessible mais, sauf disposition contraire de l'acte constitutif d'usufruit (art. 758 CC), il est transférable à un tiers car il ne s'agit pas d'un droit éminemment personnel. Cela signifie notamment que l'usufruitier peut remettre la chose à bail et percevoir un loyer ;
- le droit d'habitation est également incessible mais il est en outre éminemment personnel. Cela signifie qu'il ne peut être mis en location en cas d'empêchement du bénéficiaire d'user de son droit (art. 776 al 2 CC) ;

En ce qui concerne les charges financières, il faut observer que le service de la dette hypothécaire ainsi que les assurances liés à l'immeuble sont supportés par l'usufruitier (art. 765 CC) mais non pas par le bénéficiaire du droit d'habitation (art. 778 CC). Quant aux frais d'entretien de l'immeuble, ils doivent être intégralement supportés par l'usufruitier et que de manière réduite par le bénéficiaire du droit d'habitation.

Ainsi, dans le calcul des prestations complémentaires, effectué pour un assuré résident dans un EMS, l'usufruit est pris en compte comme un revenu que le bien soit loué ou laissé vacant, ce qui n'est pas le cas du droit d'habitation. En pratique, les autorités acceptent toutefois un délai de latence de l'ordre de douze à dix-huit mois pour permettre au bénéficiaire du droit d'usufruit, respectivement au nu-propriétaire, de se déterminer sur l'affectation du bien immobilier (location ou vente).

Les causes d'extinction de l'usufruit et du droit d'habitation sont communes et prévues aux art. 748 à 750 CC. En somme, il s'agit des motifs suivants :

- une convention extinctive ;
- l'extinction à la demande de l'usufruitier ;

- la mort de l'usufruitier ou la dissolution de la personne morale titulaire de l'usufruit ;
- l'expiration du terme extinctif ;
- la perte totale de la chose grevée, ou
- les autres causes d'extinction²².

Concernant spécifiquement le droit d'habitation, la doctrine précise que « *le droit d'habitation ne s'éteint pas du seul fait qu'il n'est pas exercé. Mais s'il est établi que son bénéficiaire n'est (définitivement) plus en mesure de l'exercer (par exemple, parce qu'il a dû être placé dans un home pour personnes âgées), le propriétaire peut en demander la radiation sur la base des art. 736 ou 976 CC. Il est aussi possible que le non exercice du droit permette de déduire une renonciation à celui-ci par actes concluants* »²³. En revanche, cette radiation lors de l'entrée dans un EMS ne peut intervenir lorsqu'il s'agit d'un usufruit. A cet égard, la jurisprudence précise que l'empêchement pour le requérant d'exercer l'usufruit dont il est titulaire pour des raisons de santé ne justifie pas d'exclure la valeur de ce droit dans le calcul des revenus déterminants. En effet, il est loisible à l'assuré de transférer à un tiers l'exercice de son usufruit²⁴.

III. Estimation du dessaisissement

De cette estimation va dépendre la valeur du dessaisissement. Elle revêt donc une importance particulière.

Au vu des modes de dessaisissement examinés ci-dessus, la question de son estimation concerne essentiellement les immeubles (A.) –

²² La doctrine précise qu'il peut s'agir d'expropriation ou de cas analogues, d'adjudication dans les enchères forcées, de remaniement parcellaire, d'un jugement (action en exécution d'un contrat extinctif, action en libération de la servitude, action en exclusion de l'usufruitier, action en réduction) (cf. Paul-Henri Steinauer, Les droits réels, Tome III, Berne 2003, p. 65, N°2460 à 2469c).

²³ Cf. P.-H. Steinauer, op. cit., p. 90, N°2505a.

²⁴ Cf. ATF P. 43/99.

sous réserve de certains cas particuliers (B.) – et le droit d'usufruit ou d'habitation (C.). Il faut encore tenir compte du rendement que la contre-prestation aurait procuré (D.).

Le TF a encore récemment rappelé que pour fixer la valeur d'un éventuel dessaisissement, il faut comparer la prestation et la contre-prestation à leurs valeurs respectives au moment de ce dessaisissement²⁵.

A. Valeur des immeubles

Selon l'art. 17 OPC-AVS/AI, la fortune doit être évaluée selon les règles de la législation sur l'impôt cantonal du canton du domicile (al.1). Lorsque des immeubles ne servent pas d'habitation au requérant, ils seront pris en compte à leur valeur vénale (al. 4). En cas de dessaisissement d'un immeuble, à titre onéreux ou gratuit, est déterminante la valeur vénale pour savoir s'il y a renonciation à des parts de fortune au sens de l'art. 11 al. 1 let. g) LPC. La valeur vénale n'est pas applicable si, légalement, il existe un droit d'acquérir l'immeuble à une valeur inférieure (al. 5). En règle générale, sont pris en compte pour le calcul de la prestation complémentaire les revenus déterminants obtenus au cours de l'année civile précédente et l'état de fortune le 1^{er} janvier de l'année pour laquelle la prestation est servie ; peut également entrer en considération comme période de calcul celle sur laquelle se fonde la dernière taxation fiscale (art. 23 al. 1 et 2 OPC-AVS/AI).

Comme le relèvent Spira et Ferrari, il existe toutefois quelques cas particuliers.

B. Cas particuliers

Au titre de cas particuliers, en l'état actuel de la jurisprudence, le TF s'est prononcé sur les règles applicables à l'estimation des biens-fonds agricoles (1.), des actions d'une société immobilière (2.) et en cas de dessaisissement

²⁵ Cf. ATF du 27 janvier 2009, référencé 8C.68/2008, et la référence citée.

d'un bien immobilier appartenant à un seul des époux (3.).

1. Biens-fonds agricoles²⁶

En cas d'entreprise agricole au sens de l'art. 7 LDFR, il faut considérer l'interdiction de partage matériel des immeubles constituant cette entreprise (art. 58 LDFR). En outre, selon l'art. 49 LDFR, en cas d'aliénation d'une entreprise agricole ou d'une part de copropriété, cette aliénation doit intervenir à la valeur de rendement.

En d'autres termes, cela signifie que :

- si un exploitant agricole afferme une partie de son domaine mais continue à y vivre, la valeur déterminante pour l'estimation de sa fortune sera la valeur fiscale ;
- si un exploitant agricole vend son domaine, la valeur déterminante sera la valeur de rendement.

En effet, les impératifs issus du droit foncier rural ont été reconnus dans deux arrêts de principe. Dans le cadre de l'ATF 120 V 10, le TF a estimé que le droit des prestations complémentaires ne saurait faire échouer l'objectif transparaissant dans la Constitution, le droit successoral et le droit de préemption, à savoir le maintien du bien-fonds agricole de la famille du propriétaire à des conditions acceptables²⁷. Puis, dans l'ATF 125 V 3b, il a rappelé que lors de l'application de l'art. 17 al. 4 OPC-AVS/AI, les prestations complémentaires doivent tenir compte de manière appropriée du droit foncier rural. Il a également considéré que la prise en compte des propriétés agricoles à la valeur vénale est en contradiction avec le droit foncier rural, notamment l'art. 1 al. 1 let. a) LDFR ainsi que l'interdiction de partage matériel (art. 58 al. 1 LDFR) car, comme les immeubles agricoles ne

peuvent être vendus séparément, ils n'ont aucune valeur vénale propre²⁸.

2. Actions de sociétés immobilières

En ce qui concerne les actions d'une société immobilière, le TF, dans un ATF 126 V 83, a estimé que l'appartement occupé par un actionnaire-locataire ne pouvait être considéré comme un bien immobilier appartenant à cet actionnaire au sens de l'art. 655 CC²⁹, l'application des règles du droit civil s'imposant au juge des assurances sociales dans ce cas. En conséquence, les actions de la société immobilière doivent être prises en compte au titre de fortune mobilière et leur valeur évaluée selon les règles de la législation sur l'impôt direct du canton de domicile.

3. Dessaisissement d'un bien immobilier appartenant à un seul des époux

Selon les art. 9 al. 3 LPC et 1b al.1 OPC-AVS/AI, les revenus déterminants étant additionnés pour les deux époux et leur fortune étant partagée par moitié, ce mode de calcul exclut de tenir compte des rapports de propriété de chaque époux³⁰. Ainsi, le fait qu'un immeuble soit propriété d'un seul des conjoints ne change rien au fait que le dessaisissement total est imputé au couple. Dès lors, le calcul d'un éventuel dessaisissement

²⁸ Cf. également arrêt du Tribunal cantonal genevois des assurances sociales du 4 juin 2008, référencé ATAS/673/2008.

²⁹ L'art. 655 al. 1 dispose que « la propriété foncière a pour objet les immeubles ». L'al. 2 précise que « sont immeubles dans le sens de la présente loi : 1. Les biens-fonds ; 2. Les droits distincts et permanents, immatriculés au registre foncier ; 3. Les mines ; 4. Les parts de copropriété d'un immeuble ». Cette énumération étant exhaustive, les actions d'une société immobilière ne sont pas assimilables à un immeuble.

³⁰ Renseignement pris auprès du Service des prestations complémentaires du canton de Genève, les autorités font une application stricte de cette disposition, ce qui tend à ne pas considérer les règles de répartition des biens issues du droit matrimonial (acquêts ou biens propres). En conséquence, la question d'un divorce avant une demande de prestations complémentaires pourrait se poser.

²⁶ Par interprétation a contrario de l'art. 2 al. 3 sur le droit foncier rural (« LDFR », RS 211.412.11), les biens-fonds viticoles sont également concernés.

²⁷ C'est-à-dire à des conditions financières supportables.

selon l'art. 11 al. 1 let. g) LPC ne doit pas tenir compte de l'état concret de propriété.³¹

C. Valeur d'un droit d'usufruit ou d'habitation

De jurisprudence constante³², un droit d'usufruit ou d'habitation en faveur de celui qui demande des prestations complémentaires représente pour son titulaire une valeur économique, qui est prise en considération à titre de rendement de la fortune, conformément à l'art. 11 al. 1 let. b) LPC.

La prise en compte de cette valeur économique intervient par le biais de l'art. 12 al. 1 OPC-AVS/AI qui dispose que la valeur locative ainsi représentée est estimée selon les critères de la législation sur l'impôt cantonal direct du domicile ou, à défaut, ceux de l'impôt fédéral direct (al. 2)³³.

En revanche, il n'y a pas lieu de prendre en considération, à titre de revenu, la valeur de la fortune représentée par l'usufruit ou du droit d'habitation car celui-ci ne lui conférant qu'un droit de jouissance, il ne peut en disposer³⁴.

En pratique, pour l'estimation de la contre-prestation représentée par un usufruit ou un droit d'habitation, les autorités administratives se limitent à capitaliser la valeur locative afférente au bien immobilier concerné. En outre, certaines d'entre elles, notamment celles des cantons de Vaud et de Fribourg, portent en diminution de cette valeur locative le montant du forfait cantonal pour les frais d'entretien immobiliers ainsi que les éventuels intérêts hypothécaires. Une telle approche trouve son origine dans l'ATF 122 V 394 du 19 novembre 1996. Or, la modification de l'art. 17 OPC-AVS/AI entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999 impose de tenir compte de la valeur vénale de

la contre-prestation. En effet, comme déjà constaté par Ferrari, « *demeure en effet applicable la règle selon laquelle la valeur de l'immeuble (prestation) comme celle de l'usufruit (contre-prestation) doivent être appréciées sur les mêmes bases* »³⁵. Nous sommes dès lors d'avis que la détermination de la valeur capitalisée de l'usufruit doit être basée sur le loyer du marché et non sur la valeur locative.

S'agissant de la déduction du forfait cantonal pour les frais d'entretien immobiliers et des éventuels intérêts hypothécaires, nous sommes aussi d'avis qu'une telle approche est erronée dans le cadre de l'estimation de la fortune dessaisie³⁶.

Ainsi, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'usufruit ou le droit d'habitation concédé en échange du transfert de propriété immobilière constitue une contre-prestation adéquate, le loyer de marché déterminé doit être capitalisé selon les tables de l'Administration fédérale des contributions (« tables AFC ») et non selon les tables de Stauffer/Schätzle³⁷. Si l'usufruit est accordé aux deux époux, la valeur déterminante sera la valeur la plus élevée issue des facteurs de conversion applicables pour l'homme et la femme.

Enfin, en cas de renonciation à un usufruit, le revenu hypothétique doit être considéré comme un dessaisissement de revenu et non, après capitalisation correspondante, comme un dessaisissement de fortune, ce qui exclut en particulier la possibilité d'amortissement au

³¹ Cf. ATF P 82/01.

³² Cf. ATF du 29 janvier 2009, référencé 8C.68/2008, consid. 4.2.

³³ Malgré le silence de l'art. 12 OPC-AVS/AI, cette disposition est également applicable au droit d'habitation, cf. Pierre Ferrari, op. cit., p. 427 et la référence citée.

³⁴ Cf. art. 745 al. 2 ; ATF 122 V 394.

³⁵ Cf. Pierre Ferrari, op. cit., p. 427.

³⁶ En effet, comme mentionné ci-dessus, certaines autorités administratives lors du calcul de valorisation de l'usufruit ou du droit d'habitation non seulement capitalisent la valeur locative mais déduisent également le forfait cantonal pour les frais d'entretien immobilier et les éventuels intérêts hypothécaires. Un tel mode procédé correspond à la méthode d'estimation des revenus déterminants (art. 11 ss OPC-AVS/AI et en particulier art. 16 OPC AVS/AI) mais n'est, à notre sens, pas applicable en cas d'estimation de la fortune dessaisie pour laquelle l'art. 17 OPC AVS/AI fait référence à la valeur de marché.

³⁷ Cf. ATF 120 V 182, consid. 4e et ATF 122 V 394, consid. 4b.

sens de l'art. 17a OPC-AVS/AI.³⁸ Par ailleurs, pour calculer la valeur de cette renonciation, il ne convient dès lors plus de considérer la valeur locative mais les intérêts sur la valeur vénale de l'immeuble dès lors que l'assuré n'y habite plus³⁹.

Il y a ainsi deux moments déterminants à distinguer pour calculer la valeur d'un droit d'usufruit ou d'habitation :

1. à sa constitution, il faut capitaliser le loyer de marché du bien immobilier concerné au moyen des tables AFC ;
2. à sa renonciation⁴⁰, à titre onéreux, il faut à nouveau capitaliser la valeur de marché selon les tables AFC. Par contre, si la renonciation intervient à titre gratuit, on se retrouve à nouveau en présence d'un dessaisissement non pas de fortune mais de revenu ; dès lors, dans le calcul de celui-ci, il faudra tenir compte des intérêts sur la valeur vénale de l'immeuble. Dans ce cas spécifique, déterminer l'intérêt sur la valeur vénale de l'immeuble en se référant simplement au taux d'intérêt moyen sur les dépôts ne tient pas compte de la longue durée d'immobilisation de la fortune immobilière. Dès lors, contrairement au cas de dessaisissement ne portant pas sur un bien immobilier, il convient plutôt de calculer le revenu fictif en s'appuyant sur le taux d'intérêt moyen pour les obligations et bons de caisse en Suisse au cours de l'année précédent celle de l'octroi de la prestation complémentaire⁴¹. Par ailleurs, cette distinction a pour conséquence principale que le dessaisissement ne

saurait être l'objet de l'amortissement annuel de CHF 10'000.-.

D. Rendement de la fortune dessaisie

En cas de dessaisissement d'une part de fortune, le calcul de la prestation complémentaire doit encore être augmenté du revenu que la contre-prestation aurait procuré à l'ayant droit⁴². En règle générale, et sous réserve du cas particulier du dessaisissement d'un droit d'habitation ou d'un usufruit immobilier mentionné ci-dessus, la jurisprudence se réfère, pour la fixation de ce revenu, aux données figurant dans l'Annuaire statistique de la Suisse, qui prend pour base le taux d'intérêt moyen sur les dépôts d'épargne servi par l'ensemble des banques au cours de l'année précédent celle de l'octroi de la prestation complémentaire⁴³. La référence à ce taux d'intérêt moyen démontre aussi que le rendement effectif ou éventuel de la fortune cédée n'est pas déterminant⁴⁴.

VI. Conclusion

Historiquement, la problématique caractéristique du transfert de patrimoine était celle liée à la fiscalité. Or, depuis quelques années, les cantons romands, à l'exception notable des cantons de Vaud et Neuchâtel, ont tous supprimé l'impôt sur les donations en ligne directe descendante.

Simultanément, au même titre qu'il rend l'appel aux prestations complémentaires plus fréquent, le vieillissement de la population rend la problématique du dessaisissement récurrente. Le cadre normatif pour contrecarrer un dessaisissement de même que l'augmentation constante des frais médicaux ou encore la situation financière tendue des collectivités publiques incitent plus que jamais les autorités administratives compétentes à

³⁸ Cf. ATF 122 V 401 consid. 6 ; VSI 1997 p. 148; confirmé dernièrement dans ATF du 27 janvier 2009, référencé 8C.68/2008.

³⁹ Cf. art. 17 al. 1 et 4 OPC-AVS/AI ; ATF 122 V 397 consid. 3.

⁴⁰ Sous réserve que l'exercice est empêché pour des raisons indépendante de la volonté de l'usufruitier.

⁴¹ Cf. ATF du 27 janvier 2009, référencé 8C.68/2008.

⁴² Cf. Ralph Jöhl, Die Ergänzungsleistung und ihre Berechnung, in Soziale Sicherheit, SBVR vol. XIV, N° 212, p. 1785.

⁴³ Cf. ATF 123 V 35 consid. 2a ; ATF 8c.68/2008 du 27 janvier 2009 et les références citées.

⁴⁴ Cf. ATF 123 V 35 consid. 2a.

examiner de manière approfondie le patrimoine de tout requérant afin de mettre à sa charge, ou à celle de ses proches, les coûts engendrés par le placement dans un EMS notamment.

La nouvelle problématique en cas de transfert de patrimoine devient donc celle du dessaisissement. En définitive, sa solution pourrait tenir en la réponse à la question : « *ai-je les moyens de mon geste ?* »

A noter enfin que, même si un transfert de patrimoine est planifié en intégrant tous les aspects liés à un dessaisissement, il ne pourra cependant jamais contourner les obligations de la « dette alimentaire » imposée par l'art. 328 CC.