



Chapitre de livre

2021

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

De la donation, Titre septième, art. 239 - 252 CO

Baddeley, Margareta

How to cite

BADDELEY, Margareta. De la donation, Titre septième, art. 239 - 252 CO. In: Commentaire romand du Code des obligations I. Thévenoz, Luc ; Werro, Franz (Ed.). Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2021. p. 1819–1938. (Commentaire romand (CR))

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:161320>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 06.01.2025 15:27

Titre septième: De la donation*

Bibliographie des articles 239-252

ABT, Probleme um die unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen an Vertrauenspersonen, PJA 2004 1225 ss (cité: Probleme); ABT, Fälle, die für jeden prima-vista-Betrachter stinken: Bundesgericht, quo vadis?, successio 3/2010 195 ss (cité: Fälle); AEBI-MÜLLER, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten, 2^e éd., 2007; AEBY, La donation à cause de mort sous forme d'une donation affectée de la clause de retour d'après le code civil suisse, 1910; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9^e éd., 2013; ASCOLI, La cause dans les donations entre vifs, in *Etudes de Droit Civil à la mémoire de Henri Capitant*, 1937, 17 ss; AUBERT, 700 arrêts sur le contrat de travail, 2007; BADDELEY, L'assurance-vie en rapport avec le régime matrimonial et le droit successoral, SJ 2000 511 (cité: Assurance-vie); BADDELEY, Le droit matrimonial au service de la planification de la succession, successio 2009 247 ss (cité: Planification); BADDELEY, Vermögensübertragungen an Trusts und schweizerisches Eherecht, fampra.ch 2011 302 (cité: Vermögensübertragungen); BADDELEY, L'utilisation de fondations à des fins successorales, in *Journée de droit successoral 2017*, 73 ss (cité: JDS 2017); BADDELEY/TRIGO TRINDADE *et al.*, Familiäre Vermögensplanung, 2020; BADDELEY/LEUBA, L'entretien de l'enfant du conjoint et le devoir d'assistance entre époux, in *L'arbre de la méthode et ses fruits civils: recueil de travaux en l'honneur du professeur Suzette Sandoz*, 2006, 175 ss; BALDAWI, La stipulation pour autrui: étude historique et analytique, spécialement en droit suisse et français, 1954; BLANCPAIN, Le transfert de propriété résultant de la donation, 1929; BUCHER A., Personnes physiques et protection de la personnalité, 5^e éd., 2009 (cité: BUCHER A.); BUCHER A./BONOMI, Droit international privé, 3^e éd., 2013; BÜRGI, Donation, FJS 50 et 51, 1941; BÜRGI-WYSS E./BÜRGI-WYSS A., Verlobt, verlobt, vertraglich gebunden?, in *Vertrauen, Vertrag, Verantwortung*, 2007, 211 ss; CAVIN, La vente, l'échange, la donation, *Traité de droit privé suisse*, VIII/I, 1, 1978; CHAIX, La donation entre époux et par les époux, in *Baddeley/Foëx* (éd.), *La planification du patrimoine*, 2009 75 ss; CINCCELLI, Der Common Law Trust: Grundlagen, rechtsvergleichende Entwicklung und Rezeptionsmöglichkeiten aus Sicht der Schweiz, 2017; LEUBA/STETTNER/BÜCHLER/HÄFELI (éd.), *Commentaire du droit de la famille: Protection de l'Adulte*, 2013 (cité: ComDPA); EIGENMAN/ROUILLER (éd.), *Commentaire du droit des successions*, 2012 (cité: ComSucc-AUTEUR); EITEL, Ein «Abtretungsvertrag auf Anrechnung künftiger Erbschaft» ohne erbrechtliche Tragweite, ATF 145 III 1, successio 2020 43 ss (cité: Abtretungsvertrag); EITEL, Die Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im Erbrecht, Objekte und Subjekte von Ausgleichung und Herabsetzung, 1998 (cité: Berücksichtigung); EITEL, Die Vormerkung nach Art. 247 Abs. 2 OR: konstitutiv oder deklaratorisch?, RNRf 1992 137 ss (cité: Vormerkung); EITEL, Bedingtes Eigentum, RJB 1998 245 ss (cité: Bedingtes Eigentum); SCHWENZER/FANKHAUSER (éd.), *Scheidung*, Band I: ZGB und Band II: Anhänge, 3^e éd., 2017 (cité: FamKom Scheidung-AUTEUR); FARINE FABBRO, L'usufruit immobilier, 2000; GAUCH, Von den wesentlichen Vertragspunkten, recht 1991 45 ss; ENGEL/BÖSIGER, Individual- und Eventsponsoring, in *Sportrecht Vol. I*, 2013, 213 ss; GRISEL, *Le trust en Suisse*, 2020; GRÜNINGER, *Schenkung unter Auflage*, 1941; GUILLAUME/PAPEIL, *Transmission d'une entreprise familiale à un descendant: essai comparatif Suisse-France*, SJ 2009 II 33 46 ss; GUICHARD, Les restrictions au droit de disposer du logement de la famille, 2002; GUINAND/STETTNER/LEUBA, *Droit civil II, Successions* (art. 457-640 CC), 6^e éd., 2005; HAAS-LEIMACHER, Une réforme importante du droit successoral français: vers plus de libertés, successio 2007 58 ss; HAUSHEER, Die Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen von den Verfügungen unter Lebenden, in *Breitschmid* (éd.), *Testament und Erbvertrag*, 1991, 79 ss; HEGNAUER, Vormundschaftliche Mitwirkung bei Schenkungen von Eltern an ihre unmündigen Kinder, RDT 1988 106 ss; HENCKEL, Zum Begriff der Unentgeltlichkeit und zu den subjektiven Voraussetzungen bei der Schenkungsanfechtung des Konkursverwalters, RDA 1990 137 ss; HERZOG, Trust und

* Je tiens à remercier Mme Daphné Karaman, étudiante en Master bi-lingue des Universités de Genève et Bâle, et Mme Francesca Elisa Maria Bonzinago, étudiante en Master à l'Université de Genève, pour leur aide très appréciée dans la mise à jour des références.

schweizerisches Erbrecht, 2016; HORAT, Der Kapitalwert der Nutzniessung, à paraître dans *successio 2021* (cité: Horat, Kapitalwert); HORAT, Grundstückschenkungen mit Nutzniessungs- oder Wohnrechtsvorbehalt, 2018 (cité: Grundstücksschenkungen); HRUBESCH, Die (Un-)Vereinbarkeit von Schenkungen mit einem positivem Erbvertrag: eine methodische Betrachtung, *successio 2008* 205 ss; HÜRLIMANN-KAUP, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, 1999; HYLAND, Gifts: a study in comparative law, 2009; IZZO, Lebensversicherungsansprüche und -anwartschaften bei der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung (unter Berücksichtigung der beruflichen Vorsorge), 1999; KAUFMANN-BÜTSCHLI, Grundlagenstudien zur ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer Ausgestaltung durch das schweizerische Recht, 1983, 235 ss; KOBEL SCHNIDRIG, Schenkung unter Ehegatten, in *Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung* [...], 2002, 301 ss; KOEPEL, Verbotene Geschäfte (insbesondere Art. 408 ZGB): Ein Beitrag zum Handlungsfähigkeitsrecht, 1989; KOLLER, Anfang und Ende der Schenkung, in *Liber amicorum Nedin Peter Vogt: Privatrecht als kulturelles Erbe*, 2012, 199 ss; KOST, Die Gefälligkeit im Privatrecht, 1973; LAIM, Die (bereute) «Küssnachter Grundeigentumsschenkung», *recht 1991* 105 ss; KÜNZLE/CICA/LYK/WEBER, *Kendris Jahrbuch 2020/2021 zur Steuer- und Nachfolgeplanung*, 2020 (cité: *Kendris Jahrbuch*); MAISSEN, Der Schenkungsvertrag im schweizerischen Recht, 1996; MEIER PH., Droit de la protection de l'adulte, *Articles 360-456 CC*, 2016 (cité: DPA); MEIER PH., Les dérogations apportées au droit de la tutelle et de la capacité civile par le droit de la donation, *RDT 1995* 81 ss et 121 ss (cité: *Dérogations*); MEIER PH./DE LUZE, *Droit des personnes, Articles 11-89a CC*, 2014; MEIER PH./STETTLER, *Droit de la filiation*, 6^e éd., 2019; MOOSER, La cession de son patrimoine à ses enfants, la bonne solution?, *RFJ 2008* 158 (cité: *Cession*); MOOSER, Le droit notarial en Suisse, 2^e éd., 2014; MONTANDON, Le contrat de sponsoring sportif, in *Questions de droit*, 2008, 7 ss; MOSER W., Über die Abgrenzung der Rechtsgeschäfte von Todes wegen von dem Rechtsgeschäft unter Lebenden, 1926; MÜLLER K. H., Zur Problematik der Abgrenzung von Rechtsgeschäften unter Lebenden und von Todes wegen, 1973; OEHRLI, Die gemischte Schenkung im Steuerrecht, 2000, 69 ss; OPEL, Steuerliche Behandlung von Familienstiftungen, Stiftern und Begünstigten in nationalen und internationalen Verhältnissen: unter Einbezug des liechtensteinischen Stiftungsrechts, 2009; PAPAUX VAN DELDEN, Le concubinage en droit suisse: état des lieux et réflexions prospectives, *FamPra.ch 2020* 851 ss (cité: *Concubinage*); PAPAUX VAN DELDEN, La gestion des biens de l'enfant: pouvoir parental et dispositions en faveur de l'enfant, in *La planification du patrimoine*, 2009, 19 ss (cité: *Gestion*); PEQUIGNOT, La stipulation pour autrui, 1942; PFÄFFLI, Das Rückfallsrecht bei der Schenkung eines Grundstücks, *Jusletter* du 22 mai 2006; PFISTER, La fondation, 2017; PIOTET P., De la distinction entre actes entre vifs et actes à cause de mort, *JdT 1968* 354 ss (cité: *Distinction*); PIOTET P., Réunion aux acquêts des libéralités relatives aux assurances-vie, in *Mélanges Pierre Engel*, 1989, 271 ss (cité: *Réunion*); PIOTET P., La donation mixte et la réduction selon l'art. 527 (1) ou 3 CC, *JdT 1973* 332 ss (cité: *Donation mixte*); PIOTET P., La libéralité accomplissant un devoir moral est-elle réductible?, *RNRF 1989* 201 ss (cité: *Libéralité*); RENOLD, Die Schenkung, in *Kultur Kunst Recht*, 2009 544 ss; ROSSEL, Des donations manuelles en droit suisse, spécialement entre époux, *RJB 1922* 345 ss et 401 ss; ROTHENFLUH, Zur Abgrenzung der Verfügungen von Todes wegen von den Rechtsgeschäften unter Lebenden: Eine Darstellung von Doktrin und Rechtsprechung mit einem Beitrag zur Problemlösung anhand eines neuen Abgrenzungsmerkmals, 1984; ROULER, Die gemischte Schenkung nach schweizerischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Erbrechts, 1933; RUMO-JUNGO, Die Vorschlagszuweisung an den überlebenden Ehegatten als Rechtsgeschäft unter Lebenden: eine Qualifikation mit weitreichenden Folgen, *successio 2007* 158 ss; RUSCH, Schenkungsversprechen und Form, *PJA 2016* 431 ss (cité: *Schenkungsversprechen*); RUSCH, Konten für Dritte, *PJA 2007* 561 ss; SCHMID H., Die Schenkung nach schweizerischem Zivilgesetzbuch, 1909 (cité: *Konten*); SCHMID J., Die öffentliche Beurkundung von Schuldverträgen, 2^e éd., 1989 (cité: *Beurkundung*); SCHMID J., Der Umfang des Formzwangs, *recht 1989* 113 ss (cité: *Formzwang*); SCHMID J./STÖCKLI H., Schweizerisches Obligationenrecht besonderer Teil, 2010; SCHNYDER B., Das Verhältnis von Grundbucheintrag und Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, *RJB 1983* 57 ss; SCHÜPBACH, Droit et action révocatoire: Commentaire des articles 285 à 292 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 modifiée le 16 décembre 1994, 1997; SCHWANDER, Sponsoringverträge im Kunstbetrieb, in *Neigkeiten im Kunstrecht*, 2008, 79 ss; SPECKER, Erfüllung sittlicher Pflichten des Bevormundeten, *RDT 1949* 81, avec résumé français 89, 82; STAEHELIN D., Bedingte Verfügungen, 1993; STEINAUER, La copropriété, *FJS 291 III/A/1*, 291a I/1, 291b II/A (cité: *Copropriété*); STEINAUER, Le montant des

rapports et des réunions, in Journée de droit successoral 2018, 189 ss (cité: JDS 2018); STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Personnes physiques et protection de l'adulte, 2014; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, L'acquisition d'un immeuble par un couple: société simple, copropriété ou communauté réduite?, Not@lex 2015, 101 (cité: Not@lex); STETTLER, La référence aux proches dans le droit actuel et futur de la protection des adultes, in Kellerhals/Manai/Roth (éd.), Pour un droit pluriel: Etudes offertes au professeur Jean-François Perrin, 2002, 109 ss (cité: Proches); STETTLER/GERMANI, Effets généraux du mariage (art. 159-180 CC), 2^e éd., 1999; STETTLER/WAELTI, Le régime matrimonial, 2^e éd., 1997; STICHER, Kauf oder gemischte Schenkung? BGE 5A_802/2014, successio 2016 172 ss; TERCIER, Qui sont nos proches? in Famille et Droit, Mélanges Bernhard Schnyder, 1995, 799 ss (cité: Proches); TERCIER, La «*clausula rebus sic stantibus*» en droit suisse des obligations, JdT 1979 I 194 (cité: *Clausula*); THÉVENOZ, Trusts en Suisse: Adhésion à la Convention de la Haye sur les trusts et codification de la fiducie, 2001; TSCHUMY, L'action révocatoire et les actions des créanciers successoraux, in Journée de droit successoral 2018, 2018, 145 ss; VAN DE SANDT, L'acte de disposition, 2000; VOGT, Schenkungen und erbrechtliche Zuwendungen, in Frank/Girsberger/Vogt/Walder-Bohner/Weber (éd.), Die eheähnliche Gemeinschaft (Konkubinats) im schweizerischen Recht, 1984; VOGT/LEU, Widerruf der Schenkung, Bemerkungen zu BGE 133 III 421, successio 2008 240 ss; VOLLERY, Les relations entre rapports et réunions en droit successoral, 1994; VON FISCHER B., Die Schenkung von Todes wegen nach dem schweizerischen Z.G.B., 1927; VON TUHR, Bemerkungen zur Schenkungslehre des Schweizerischen Obligationenrechts, RSJ 1922 201 ss; WERRO/LAVANCHY, Concubinage, mariage et dé mariage, 2000; WINISTÖRFER, Die unentgeltliche Zuwendung im Privatrecht, insbesondere im Erbrecht, 2000; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Schweizerisches Erbrecht, 2e éd. 2020; WOLF/JORDI, Trust und schweizerisches Zivilrecht: insbesondere Ehegüter-, Erb- und Immobiliarsachenrecht, in Der Trust: Einführung und Rechtslage in der Schweiz nach dem Inkrafttreten des Haager Trust-Übereinkommens, 2008, 29 ss; YUNG, Le contenu des contrats formels, SJ 1965 623 ss; ZOLLER, Schenkungen und Vorempfänge als herabsetzungspflichtige Zuwendungen, unter besonderer Berücksichtigung des Umgehenstatbestandes, 2^e éd., 1999; ZUFFEREY/WERRO, Le contrat contraire aux bonnes mœurs, 1988.

Textes officiels

MESSAGE du Conseil fédéral du 13.3.2020. Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Successions), FF 2020 3215, et texte proposé FF 2020 3257; non encore traité au conseil; *curia vista* objet no 20.034, disponible sur <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20200034>> (26.1.2021);

MESSAGE du Conseil fédéral du 24.10.2018. Modification de la loi fédérale sur le droit international privé (Chapitre 12: Arbitrage international), FF 2018 7153, et texte adopté FF 2018 7201; délai référendaire au 8.10.2020; *curia vista* objet no 18.076, disponible sur <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180076>> (26.1.2021);

MESSAGE du Conseil fédéral du 29.8.2018. Modifications du Code civil suisse (Droit des successions), et texte légal adopté, date d'entrée en vigueur à déterminer; FF 2018 5865; *curia vista* objet no 18.069, disponible sur <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180069>> (26.1.2021), avec l'indication des modifications des autres lois. Texte final adopté le 18.12.2020 <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2018/20180069/Texte%20pour%20le%20vote%20final%20%20SN%20F.pdf>> (26.1.2021) (Message Successions; CC2020);

MOTION de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États du 23.5.2018. Introduction du trust dans l'ordre juridique suisse; motion adoptée, élaboration d'un texte de loi en cours; *curia vista* objet no 18.3383, disponible sur <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20183383>> (26.1.2021). En lien avec l'Initiative parlementaire du 13.12.2016. Codifier le trust dans la législation suisse; *curia vista* objet no 16.488, disponible sur <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20160488>> (26.1.2021), ainsi que le Postulat du Groupe libéral-radical du 11.3.2015. Faut-il légiférer sur les trusts?; *curia vista* objet no 15.3098, disponible sur <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20153098>> (26.1.2021);

MESSAGE concernant la révision du Code civil suisse (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), du 28.6.2006, FF 2006 6635 (Message DPA);

MESSAGE concernant la révision du Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagé matrimonial), du 15.11.1995, FF 1996 I 1, tiré-à-part n° 95.079 (Message Divorce);

MESSAGE concernant la révision du Code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), du 11.7.1979, FF 1979 II 1179; tiré-à-part n° 79.043 (Message Droit du Mariage) (Les pages citées dans le commentaire se réfèrent aux pages du tiré-à-part. La page correspondante dans la FF est: page citée + 1178);

MESSAGE concernant le projet de loi destiné à compléter le projet de Code civil suisse (droit des obligations et titre final), du 3.3.1905, FF 1905 II 1 ss (Message CO);

Administration fédérale des contributions AFC (DFF), Brochures fiscales 2020, pour la période fiscale 2019 Droits de mutation, impôts sur les gains de fortune et impôts sur les successions et les donations, <<https://www.estv.admin.ch/estv/fr/home/allgemein/steuerinformationen/fachinformationen/schweizerisches-steuersystem/steuermaepchen.html>> (26.1.2021) (Brochures fiscales 2020).

Art. 239

A. Son objet

¹ La donation est la disposition entre vifs par laquelle une personne cède tout ou partie de ses biens à une autre sans contre-prestation correspondante.

² Le fait de renoncer à un droit avant de l'avoir acquis ou de répudier une succession ne constitue pas une donation.

³ Il en est de même de l'accomplissement d'un devoir moral.

A. Inhalt der Schenkung

¹ Als Schenkung gilt jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen andern ohne entsprechende Gegenleistung bereichert.

² Wer auf sein Recht verzichtet, bevor er es erworben hat, oder eine Erbschaft ausschlägt, hat keine Schenkung gemacht.

³ Die Erfüllung einer sittlichen Pflicht wird nicht als Schenkung behandelt.

A. Contenuto della donazione

¹ Si considera donazione ogni liberalità tra i vivi con la quale taluno arricchisce un altro coi propri beni senza prestazione corrispondente.

² Non fa atto di donazione chi rinuncia ad un diritto prima di averlo acquisito o ad un'eredità.

³ L'adempimento di un dovere morale non è considerato come donazione.

Plan

	N
I. La donation (<i>die Schenkung; la donazione</i>): Généralités	1
II. Définition, nature juridique et types	4
A. Définition	4
B. Nature juridique	5
C. Formes de la donation	13
III. Objet et caractéristiques de la donation	16
A. L'objet de la donation	17
B. Caractéristiques de la donation	25
IV. Effets du contrat	56
V. Fin des obligations des parties	64
VI. Délimitations et champ d'application des articles 239 ss CO	67
A. En général	67

	N
B. Donation de droits futurs et répudiation d'une succession (CO 239 II) . . .	73
C. Les libéralités en exécution d'un devoir moral (CO 239 III)	79
VII. Droit international privé et droit comparé	85

I. La donation (*die Schenkung; la donazione*): Généralités

La loi consacre 14 articles à la donation. Elle traite consécutivement de l'objet de la donation (A.; CO 239), de la capacité de faire et de recevoir une donation (B.; CO 240-241), des exigences de forme des différents types de donation (C.; CO 242-244), des conditions et charges pouvant grever une donation (D.; CO 245-247, mais aussi CO 252), de la responsabilité du donateur (E.; CO 248) et de l'annulation de la donation (F.; CO 249-252).

Jusqu'à l'unification du droit de la donation par l'introduction d'un Titre septième dans le Code des obligations fédéral, adopté par les Chambres en 1911, la donation était réglée exclusivement sur le plan cantonal. Le droit de la donation actuel, relevant du seul **droit privé fédéral**, s'inspire fortement, comme certaines lois cantonales antérieures, de l'ancien droit allemand; l'influence de l'ancien droit français qui se faisait sentir dans les droits des cantons romands ne s'est pas reportée sur le droit fédéral¹.

CO 239 à 252 sont complétés, précisés ou modifiés par des dispositions d'autres législations de droit privé ou de droit public. Parmi ces règles, les plus importantes sont:

- les dispositions générales du CO (CO 1-163),
- les dispositions sur la forme à respecter pour le transfert de la propriété des biens qui peuvent faire l'objet d'une donation, p.ex. CO 165, CC 169, 178, 498 ss, 657, LPart 14, 22,
- CC 19 II concernant la capacité du mineur capable de discernement à recevoir à titre purement gratuit sans le consentement du représentant légal, corrigé, à son tour, par CO 241 II,
- CC 93 au sujet du sort des présents entre fiancés au moment de la rupture des fiançailles,
- les dispositions sur les régimes matrimoniaux, en particulier CC 169, 178, 198 (2), 208, 216 s., 225 I, 241 II et 242 III, et sur les effets du partenariat enregistré de personnes du même sexe, notamment LPart 14, 22 et 25 I (avec renvoi au régime matrimonial de la participation aux acquêts),
- les dispositions sur la représentation légale de mineurs (CC 304 I et III, 305 I, 308 ss, 321, 327a ss) et de majeurs (CC 360 ss, en particulier CC 412 II et 416 ss),
- le droit successoral dans la mesure où il détermine le sort, dans la succession du donateur, d'une libéralité faite par lui de son vivant, notamment CC 475 ss, 522 ss, 626,
- certaines dispositions spécifiques des droits réels, p.ex. CC 761 I,
- LP 286 et 288a ss, pour l'action révocatoire des donations,
- les dispositions de la LCA sur la clause bénéficiaire (LCA 75 ss), ainsi que sur la cession et la mise en gage des assurances-vie (LCA 73 s., 89 s.),
- les dispositions sur les bénéficiaires légaux et instaurés des assurances sociales et de la prévoyance des piliers II et IIIa (LAVS, LPP, OPP3), ainsi que
- les dispositions spécifiques en matière d'imposition des donations (cf. *infra* N 62).

¹ MAISSEN, N 4 s.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. CO 239-252 N 1 s. Pour des éléments de droit comparé (actuel), cf. N 87 s.

II. Définition, nature juridique et types

A. Définition

- 4 La donation, au sens du droit des obligations, se définit comme **un contrat par lequel une personne s'oblige à faire entre vifs une attribution de biens à une autre sans contre-prestation correspondante**².

B. Nature juridique

- 5 La **nature contractuelle** de la donation en droit privé suisse n'est pas controversée (cf. CO 239, 244). Il s'agit d'un des contrats nommés du droit des obligations³.
- 6 Le contrat de donation présente les caractéristiques suivantes:
- 7 a) Il s'agit d'un **contrat unilatéral**, car une seule des parties s'oblige⁴.
- 8 b) En tant qu'**acte bilatéral**, la donation exige la **concordance des volontés des parties** (CO 1, 239)⁵, à savoir la volonté du donateur et du donataire de conclure un contrat selon lequel le donateur consent à faire une attribution à titre gratuit que le donataire accepte⁶. Le donateur et le donataire doivent avoir été conscients, au moment de la conclusion du contrat, des éléments objectivement et subjectivement essentiels pour l'un d'eux ou pour les deux qui doivent avoir été accepté par les deux⁷. En cas de contestation, le juge se fonde sur la **volonté réelle et commune des parties** (interprétation subjective) en tenant compte de l'ensemble des circonstances et incluant au besoin les facteurs extrinsèques pertinents⁸. Dans le cas où la volonté réelle des parties ne peut être établie ou si le juge constate qu'une partie n'a pas compris la volonté exprimée par l'autre à l'époque de la conclusion du contrat, il recourt à l'**interprétation normative ou objective du contrat**⁹. Ce faisant, il établit la volonté hypothétique des parties selon le **principe de la confiance**¹⁰. Dans les cas de contrats dissimulant une

2 ATF 146 II 6, c. 7.1; TF 4A_201/2018, c. 3.2; ATF 136 III 142, c. 3.3. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1480. La qualification de donation en droit fiscal obéit à ses propres règles; cf. ATF 146 II 6, c. 7.1; voir aussi N 62.

3 ATF 144 III 93, c. 5.1.2; ATF 136 III 142, c. 3.3. BSK-VOGT/VOGT, N 3; CHAIX, 75 s.; MAISSEN, N 28. Au sujet des délimitations, voir N 67 ss.

4 ATF 144 III 93, c. 5.1.2. BSK-VOGT/VOGT, N 3; TERCIER/BIERI/CARRON, Contrats, N 1486; CHAIX, 76. Pour la donation qui oblige le donataire ayant accepté des charges, cf. CO 245 N 19 ss, 246, 249 (3) et 250 I (1).

5 ENGEL, Contrats, 110 s.; CHAIX, 76.

6 ATF 144 III 93, c. 5.2; ATF 136 III 142, c. 3.3. BSK-VOGT/VOGT, N 1; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1482, 1520 ss; CHAIX, 76; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 23 ss. Voir aussi N 25 ss et CO 244 N 1, 2 ss, 6 ss. Cette volonté commune n'existe pas en cas de donation simulée, cf. N 30.

7 TF, 4A_28/2007, c. 2 (non publié dans ATF 133 III 421). Voir aussi CO 243 N 4 et CO 245 N 27.

8 TF 4A_201/2018, c. 3.2; ATF 144 III 93, c. 5.2.2; ATF 141 III 7, c. 4.3.

9 L'interprétation subjective a la priorité sur l'interprétation objective; cf. TF, 4A_201/2009, c. 3.

10 ATF 144 III 93, c. 5.2.3; TF, 4A_201/2009, c. 3. MAISSEN, N 134. Cf. également MAISSEN, N 141 ss et BSK-VOGT/VOGT, N 44 ss, pour le fardeau de la preuve en cas de litige au sujet de l'intention des parties. L'interprétation objective est une question de droit que le TF revoit en se basant sur les constatations de fait de l'instance cantonale (circonstances concrètes, connaissances et volontés exprimées par les parties); ATF 144 III 93, c. 5.2.3. Toutefois, cette interprétation ne peut pas aboutir à la qualification de l'acte comme un contrat, p.ex. une donation, qui n'a été voulue par aucune des parties; cf. TF, 5A_336/2019, c. 6.1. Voir aussi N 27 ss, not. N 31, et les particularités de la donation mixte, N 51 ss.

promesse de donner, la volonté de donner doit néanmoins s'exprimer dans la convention conclue¹¹. Il découle de ces règles que ni la donation, ni d'éventuelles conditions ou charges liées à la donation **ne se présume**; ce principe s'applique également entre époux, fiancés et des proches¹².

Sans la concordance des volontés des parties, le contrat n'a pas été valablement conclu et peut être attaqué pour les **vices** qui peuvent affecter un acte bilatéral, tout en tenant compte de la nature unilatérale de la donation: la lésion¹³, l'erreur¹⁴, le dol¹⁵ ou la crainte fondée (CO 23 ss)¹⁶, ou encore, l'impossibilité, l'illicéité ou l'immoralité (CC 27, CO 19/20, 28 ss)¹⁷. Dans ces cas, la prestation faite par le donateur est dépourvue de cause donnant le droit à ce dernier de revendiquer son bien ou de faire valoir des prétentions découlant de l'enrichissement illégitime du donataire (CC 641 II, CO 62 ss)¹⁸.

- c) En tant que contrat, la donation est nécessairement un **acte entre vifs** (CO 239 I *ab initio*)¹⁹. 9
- d) L'attribution et la disposition sont faites *causa donandi* (N 27 ss); la donation est donc un **acte causal** et un **contrat gratuit**²⁰. Il peut toutefois être converti en un acte onéreux par convention des parties, p.ex. en contrat de prêt²¹. Voir également N 67 ss. 10
- e) La donation est, en règle générale, un **contrat simple**, son exécution étant isolée dans le temps²². Elle peut cependant également porter sur plusieurs prestations ou des prestations continues (N 17 ss; CO 252). 11

Dans tous les cas, le contenu du contrat doit être interprété en faveur du donateur, afin de protéger ce dernier et son patrimoine²³. 12

11 ATF 117 II 382, c. 2.b, JdT 1993 I 130.

12 Pour les références, cf. N 31.

13 Niée dans TF, 4C.386/2005, c. 2.4. La possibilité d'invoquer la lésion (CO 21) est controversée: HUGUENIN, AT/BT, N 2883, l'admet; *contra*: TERCIER/BIERI/CARRON, N 1536; CO 21 N 2c.

14 TF, 4A_28/2007, c. 2 (non publié dans ATF 133 III 421), erreur essentielle non admise; TF, 5C.259/2000; PIOTET P., Donation mixte, 332 ss. D'apparence plus dubitatifs, BSK-VöGT/VöGT, N 5c, avec référence à ATF 126 III 171, c. 3.b)cc), JdT 2000 I 554, où cette question a été mentionnée, mais laissée ouverte.

15 TF, 4A_28/2007, c. 2 (non publié dans ATF 133 III 421).

16 CHAIX, 76.

17 ATF 136 III 142, c. 3.5; ATF 132 III 455, c. 4.1, JdT 2007 I 251 (cf. avis contraire BREITSCHMID, successio 2007 186 ss). TERCIER/BIERI/CARRON, N 1535 ss; ZUFFEREY/WERRO, N 1279 ss. La donation de pots-de-vin afin d'obtenir un contrat, immorale et donc nulle, ne rend pas nécessairement nul le contrat visé, cf. ATF 129 III 320, JdT 2003 I 331. Pour les donations immorales, cf. ABT, Probleme et Fälle. Le droit d'habitation contractuel accordé à une partenaire de vie n'est pas immoral du simple fait que la donataire a exercé le métier de prostituée avant et au début de la relation avec le donateur, ATF 109 II 15, c. 2.

18 Pour les références, voir N 66.

19 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1482; MAISSEN, N 64 ss. Voir aussi CO 244 N 11, CO 245 au sujet de la donation au décès du donateur.

20 HENCKEL; pour une discussion du principe de la causalité, cf. VAN DE SANDT, N 669 ss.

21 TF, 4A_156/209 (cf. commentaire SCHWANDER, RSDIE 2009 415 s., critiquant l'inapplication de la LDIP).

22 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1482, 1486; MAISSEN, N 18.

23 Voir aussi ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. CO 239-252 N 3 ss. Voir aussi N 25, ainsi que CO 242 et 243.

C. Formes de la donation

- 13** La donation peut se faire sous l'une ou l'autres des deux formes prévues aux CO 242 et 243: la donation manuelle et la promesse de donner. Dans les deux cas, la **donation est accomplie** lorsque le contrat de donation est exécuté par la remise de la chose au donataire. Le contrat de donation représente l'acte générateur d'obligation (*Verpflichtungsgeschäft*) qui lie les parties dès sa conclusion. Les deux formes (ou types) de donation se distinguent par le moment, déterminé dans le contrat, auquel le donateur effectue l'acte de disposition (*Verfügungsgeschäft*) aboutissant au transfert de la propriété du bien donné au donataire²⁴. Pour le détail, voir CO 242 et 243.
- 14** Dans le cas où l'engagement des parties est suivi immédiatement de l'acte d'exécution du donateur, il s'agit d'une **donation manuelle** au sens de CO 242 et 243 III²⁵. La donation manuelle comporte un acte générateur d'obligation, suivi immédiatement de l'acte de disposition; l'exécution du contrat est donc quasi simultanée²⁶. Pour une minorité d'auteurs, ce type de donation représente «un contrat obligatoire en soi, non un acte de disposition abstrait, détaché de l'obligation qu'assume le donateur pour concrétiser son intention de donner»²⁷. La donation dont l'exécution est prévue pour un moment ultérieur (promesse de donner, cf. N 15), mais qui n'est pas valable en raison d'un vice de forme (p.ex. absence de la forme écrite), peut constituer une donation manuelle valable dès le transfert de la chose donnée au donataire (CO 243 III)²⁸.
- 15** La **promesse de donner** dont traite CO 243 est le contrat de donation dont l'exécution est prévue pour un moment ultérieur²⁹. Malgré son intitulé qui peut paraître trompeur, la «promesse» de donner au sens de CO 243 est l'acte générateur d'obligation qui lie les parties dès sa conclusion³⁰. Pour la promesse de donner invalide convertie en donation manuelle, cf. N 14 64 ss et CO 243 III.

III. Objet et caractéristiques de la donation

- 16** Par sa donation, le donateur attribue l'objet de la donation (ci-dessous A.) au donataire. Cette attribution est, de par la volonté du donateur, gratuite et résulte en l'appauvrissement de celui-ci en même temps qu'à l'enrichissement du donataire (ci-dessous B.). Ces

²⁴ ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 22 et N 32 ss.

²⁵ TF, 4A_201/2018, c. 3.2.3; ATF 136 III 142, c. 3.3; TF, 5C.273/2005, c. 5, RNR 2008 335 (remise de chèques, virements bancaires).

²⁶ ATF 136 III 142, c. 3.3. BSK-VOGT/VOGT, N 3; CHK-SCHÖNENBERGER, N 3; BUCHER, BT, 147 s.; ENGEL, Contrats, 116.

²⁷ MAISSEN, N 35 ss; CAVIN, 187. Pour GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 264, 267 ss, il s'agit d'un acte unique; construire un acte générateur d'obligations serait fictif vu l'exécution immédiate du contrat. Probablement plutôt dans ce sens, TERCIER/BIERI/CARRON, N 1485. Voir également CO 242 N 5.

²⁸ ATF 136 III 142, c. 3.3. Cela n'est toutefois pas possible pour la donation d'un immeuble; cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1532 ss, 1534.

²⁹ TF, 4A_201/2018, c. 3.2.1; TF, 5C.273/2005, c. 5, RNR 2008 335. CHK-SCHÖNENBERGER, CO 243 N 1; MAISSEN, N 51 ss; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1484 ss; ENGEL, Contrats 116 s. Pour les détails spécifiques des deux éléments, cf. VAN DE SANDT, N 284 ss, resp. 70 ss et 230 ss.

³⁰ ATF 136 III 142, c. 3.3. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1516. Un engagement oral ou tacite de fournir une prestation ne représente pas nécessairement une «promesse de donner» au sens de CO 243; voir p.ex. TF, 4A_441/2007, c. 4, SJ 2008 I 329 au sujet d'une promesse, entre concubins, de servir une rente en cas de rupture.

caractéristiques constituent les **conditions matérielles** de la donation; pour les parties au contrat et les conditions formelles du contrat, cf. CO 240 et 241, 242 à 245.

A. L'objet de la donation

Tout bien peut faire l'objet d'une donation, en dépit du texte (incomplet) de la loi qui ne traite que des choses mobilières (CO 242 I) et des immeubles (CO 242 II)³¹, pour autant qu'il fasse partie du patrimoine du donateur³². L'objet de la donation peut donc être un bien mobilier ou immobilier³³ (droits réels et droits réels limités³⁴), corporel ou immatériel (droits, créances)³⁵. Un animal peut également faire l'objet d'une donation³⁶.

La donation peut ainsi consister p.ex. en la remise partielle ou complète d'une dette du donataire envers le donateur³⁷, la reprise, le paiement ou la garantie d'une dette du donataire envers des tiers³⁸, le droit du donataire d'user ou de jouir d'une chose appartenant au donateur³⁹, une charge en faveur du donataire imposée à une tierce personne qui débite le donateur pour un montant équivalent, une attribution par l'employeur à un collaborateur, notamment à l'occasion du départ de ce dernier après de nombreuses années de service, si elle n'est pas due au titre du contrat de travail; il en va de même de la renonciation de l'employé au salaire dû⁴⁰. La rémunération par le donateur d'un service du donataire qui n'était pas convenue, a comme objet une valeur patrimoniale et représente une donation si les autres conditions légales sont remplies (N 25, CO 240 ss)⁴¹. Le sacrifice du donateur s'agissant d'un service rendu à un bénéficiaire, n'est en revanche ni une chose ni un droit et n'est donc pas une donation⁴². L'**accomplissement d'un devoir moral**, bien que d'ordinaire respectant la forme requise, n'est pas considéré comme une donation du fait de la loi (CO 239 III; N 79 ss)⁴³. Il en va de même **de la renonciation à un droit avant de l'avoir acquis et de la répudiation d'une succession** en vertu de CO 239 II (N 68 et 73 ss).

31 BSK-VOGT/VOGT, N 6 ss, ainsi que TERCIER/BIERI/CARRON, N 1489 s., avec des précisions détaillées au sujet d'hypothèses différentes; VON TUHR, V. Voir aussi Délimitations (N 67 ss). Pour un aperçu en droit comparé, cf. HYLAND, 182 ss.

32 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1490, par opposition à d'autres attributions gratuites décrites au N 1511. CHK-SCHÖNENBERGER, N 4; OFK-WEINGART, N 3 s.

33 TF, 5A_802/2014, c. 2 (parcelles de terrain).

34 TF, 5C.262/2000, usufruit; ATF 114 II 36, c. 2b, JdT 1989 I 156, droit de passage. HORAT, Kapitalwert, 3.2.1.2. Pour la donation de parts de copropriété, cf. STEINAUER, Copropriété.

35 MAISSEN, N 25, 69 ss. Pour la clause bénéficiaire d'une assurance-vie, cf. BSK-VOGT/VOGT, N 12; BADDELEY, Assurance-vie, 527 ss, ainsi que N 39, 49, CO 245 N 19, CO 249 N 4.

36 TF, 6B_5/2017, c. 2.1-2.3.

37 Cf. ATF 145 III 241, c. 3.5.2: la différence entre le capital d'un prêt et la somme inférieure à rembourser selon la convention des parties est une donation (sauf en cas de prêt partiaire), ce qui n'est pas le cas de l'intérêt négatif.

38 TF, 4A_201/2018, c. 3.2 (reconnaissance de dette). BSK-VOGT/VOGT, not. N 7a, 8, 10 s., 17. Voir aussi BK-BECKER, N 4; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 3, 10.

39 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1490; BSK-VOGT/VOGT, N 24 ss.

40 TF, 4C.6/2006, E. 1.3. Voir aussi N 32. BSK-VOGT/VOGT, N 28 s.; HUGUENIN, AT/BT, N 2864 ss et 2867; CHK-SCHÖNENBERGER, N 4; OFK-WEINGART, N 3 s.

41 Pour autant qu'il ne s'agisse pas d'une manière cachée pour rémunérer mieux le prestataire du service; cf. ATF 117 II 382, c. 2a, JdT 1993 I 130.

42 BSK-VOGT/VOGT, N 28 s.; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 4. Au sujet de pures «Gefälligkeiten», HÜRLIMANN-KAUP, N 4 ss et 155 ss.

43 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 4.

- 17a** L'objet de la donation doit être distingué du **mode d'exécution du contrat**, p.ex. par donation mixte (ci-dessous N 51 ss), cession d'une créance, par assignation⁴⁴ ou par stipulation pour autrui (N 69 s., 72).
- 18** L'objet de la donation doit être **déterminé ou déterminable** (CC 484 p.a.), p.ex. des meubles d'un appartement déterminé, un terrain spécifique, une voiture, la moitié des intérêts d'un compte d'épargne. Il peut s'agir d'une prestation unique ou par plusieurs tranches, voire des prestations continues (cf. CO 252).
- 19** Le bien donné **doit appartenir au donateur** (voir N 41). Il peut toutefois s'agir d'un **bien qui ne se trouve pas (encore) dans le patrimoine de ce dernier** au moment de la conclusion du contrat de donation sous forme de promesse de donner; une dette correspondante à la valeur du bien promis naît alors dans le patrimoine du donateur (voir également N 37 ss)⁴⁵. Cependant, de tels contrats renferment le risque d'une impossibilité initiale (CO 20 I) d'acquiescer ultérieurement l'objet promis, notamment lorsque la promesse de donner porte sur des objets dont l'acquisition par le donateur paraît (quasi) exclue, p.ex. la donation d'un tableau de maître appartenant à un musée qui ne vendrait certainement pas des objets de sa collection, ou encore la donation des biens dont le coût dépasse de toute évidence complètement la capacité financière du donateur (voir aussi N 21, engagement excessif).
- 20** Le ou les biens donnés peuvent constituer une **grande partie, voire la totalité du patrimoine du donateur**⁴⁶. Des donations importantes en proportion du patrimoine du donateur peuvent toutefois poser des problèmes de validité et de qualification:
- 21** a) La donation de la totalité des biens du donateur et la donation qui démunie le donateur au point de devenir totalement dépendant du donataire pour une longue période constituent, en principe, des **engagements excessifs** au sens de **CC 27** et sont nulles⁴⁷.
- 22** b) Si, en revanche, une telle donation «lourde» est grevée de la **charge** (CO 245), pour le donataire, de pourvoir aux besoins du donateur (p.ex. par une rente viagère, CO 516 ss)⁴⁸, il convient de déterminer la situation juridique précise⁴⁹. L'attribution peut constituer (1) une donation au sens de CO 239, qui (2) toutefois peut toujours être contraire à CC 27 et donc nulle car le donateur continue à être dans le besoin, mais il peut s'agir également d'une (3) donation mixte (N 51 ss) ou, enfin, l'attribution peut se révéler (4) ne pas être une donation parce que la charge représente en vérité la contrepartie correspondante à la prestation du donateur (échange, CO 237 s.).
- 23** c) La donation portant sur la (quasi)totalité du patrimoine faite parce que **le donateur se croit en fin de vie** et ne considère plus avoir besoin de ses biens pose un problème de qualification qu'il convient de trancher en se fondant sur la volonté du donateur: il s'agit soit d'une donation à effet immédiat, éventuellement contraire à CC 27, soit d'une do-

44 ATF 136 III 142, c. 3.3. La remise de la dette peut éventuellement se faire par la destruction du titre de la dette; cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1490.

45 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1490; MAISSEN, N 78, 218; CAVIN, 183 n. 1.

46 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 3.

47 Par analogie avec les contrats de prestations déclarés nuls, car liant trop une partie et trop longtemps à l'autre; cf. ZUFFEREY/WERRO, N 1541, avec des références à la jurisprudence; voir aussi BUCHER A., N 394 ss et STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 295 ss, not. 302a, dernier tiret, 303 ss. Voir ATF 141 III 7, c. 4.4, JdT 2015 II 325, pour une donation alléguée qui aurait représenté pratiquement tout le patrimoine du donateur.

48 Pour une rente viagère (élevée), cf. TF, 2P.221/2004, RDAF 2005 II 468.

49 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 298.

nation avec effet au décès, dont la validité est soumise aux dispositions du droit successoral (CO 245 II), soit encore d'une disposition pour cause de mort relevant du seul droit successoral. La pertinence de CC 27 pour la donation qui ne doit prendre effet qu'au décès du donateur dépend des engagements pris par celui-ci. CC 27 n'est naturellement pas pertinent pour les attributions pour cause de mort qui déploient leurs effets à un moment où le fait d'être démuné ne compte plus pour le disposant. L'action en réduction des héritiers réservataires (CC 522) reste réservée (voir CO 245 N 57).

Pour les donations de petite valeur et les présents d'usage, voir N 70.

24

B. Caractéristiques de la donation

Le donateur fait une **attribution gratuite**; le contrat ne fait pas naître un droit du donateur à une «contre-prestation correspondante» du donataire⁵⁰. A ce titre, la donation occupe une place particulière parmi les contrats du droit des obligations, qui reposent généralement sur le principe de l'échange de prestations entre les parties, et est soumise à un régime tendant à offrir une **protection accrue au donateur ou à ses héritiers**⁵¹. Ce but législatif est concrétisé par divers moyens: des exigences de forme plus strictes à l'égard de la donation que celles frappant d'autres contrats (CO 243), des obligations atténuées du donateur (CO 248, 171 III, 105, 99 II, CC 761 I), l'invalidité de donations faites par des donateurs incapables ou leurs représentants légaux (N 42 ss), et des moyens spéciaux en faveur du donateur et d'autres ayants droit aboutissant à la révocation, au rapport et à la réduction de certaines donations (CO 249 ss, CC 94, 208, 527 ss, 626, LP 286 ss). Il s'y ajoute l'application des principes selon lesquels, d'une part, la donation n'est pas présumée (N 8, 27), et d'autre part, le contrat de donation doit être interprété en faveur du donateur (N 12)⁵².

25

L'attribution gratuite afin d'enrichir le donataire est la **caractéristique essentielle** de la donation⁵³ qui comporte **un élément subjectif**, la volonté du donateur de donner sans contre-prestation correspondante (*infra* 1.), et **deux éléments objectifs**, la diminution du patrimoine du donateur (*infra* 2.) et l'enrichissement du donataire (*infra* 3.). Le cas particulier de la donation mixte qui comprend un élément supplémentaire, une partie onéreuse de l'acte, est traité sous 4.).

26

1. *Animus donandi*: la volonté du donateur de faire une attribution gratuite

L'*animus donandi* est l'élément essentiel de la donation et la **cause** du contrat: il s'agit de la **volonté du donateur de donner** de ses biens sans contre-prestation correspondante du donataire au moment de la conclusion du contrat ou à un moment ultérieur⁵⁴. Cette

27

50 Cf. p.ex. ATF 145 III 1, c. 3.2, JdT 2020 II 79; ATF 144 III 93, c. 5.1.2. La donation mixte comporte nécessairement une partie gratuite de la prestation du donateur; cf. ATF 117 II 382, c. 2a, JdT 1993 I 130. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1487 et 1496 s.; CHK-SCHÖNENBERGER, N 5. Pour la relation entre donation et charges, cf. CO 245, en particulier N 23 et 29.

51 BSK-VOGT/VOGT, N 2; CHK-SCHÖNENBERGER, N 5; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1548. Voir HYLAND, 575 ss, sur la particularité du contrat de donation dans les ordres juridiques qui ont adopté cette solution; voir aussi N 87 ss.

52 Voir aussi ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. CO 239-252 N 3 ss.

53 TF, 1C_443/2017, c. 5.4; ATF 144 III 93, c. 5.1.2. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1496. C'est cette caractéristique qui la distingue en particulier du prêt en matière commerciale; cf. ATF 146 III 241.

54 ATF 145 III 1, c. 3.1 et 3.2; TF, 4A_201/2018, c. 3.2.1; TF, 5D_22/2015, c. 3.1. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1496 s.; WINISTÖRFER, 38; ENGEL, Contrats, 110 s.; MAISSEN, N 129 ss, 135 ss;

volonté distingue la donation des contrats faits pour *causa solvendi* ou *causa credendi*. Elle caractérise aussi la donation mixte, malgré la partie onéreuse d'une telle transaction (N 51 ss), et « n'exclut pas toute espèce de prestation ou de service promis en même temps par le donataire », p.ex. sous forme d'une charge (CO 245 N 19 ss)⁵⁵. Toutefois, le devoir de restituer le bien, la promesse de retirer une plainte pénale ou le partage du risque économique ultérieur, même si à la fin l'attribuant ne retire aucun bénéfice, est un acte onéreux (p.ex. l'entrée dans une société commerciale ou l'adoption du régime de la communauté de biens) et constitue une contre-prestation au sens de CO 239 I⁵⁶.

- 28** La volonté de donner du donateur doit être **réelle** (CO 18). Elle doit exister au moment de la conclusion du contrat, mais l'entente des parties à ce sujet n'est soumise à aucune forme même si l'objet de la transaction est un immeuble⁵⁷. En cas d'absence alléguée de cette volonté de la part du donateur, le juge interprète le contrat (N 8, 12, 31) qu'il confirme ou annule, éventuellement en le requalifiant (N 12, 29)⁵⁸.
- 29** En cas de **donation simulée**, la gratuité (totale ou partielle) de l'attribution par le prétendu donateur n'est pas voulue par ce dernier malgré l'apparence du texte contractuel et ce en accord avec le donataire (CO 18 I), p.ex. afin de mettre des biens à l'abri des créanciers ou du fisc⁵⁹. En l'absence de l'*animus donandi* du donateur, la donation n'existe pas⁶⁰ et ne peut déployer des effets (CO 18 II); l'acte dissimulé peut cependant être valable, étant donné la concordance des volontés des parties à son égard⁶¹. Ces principes s'appliquent aussi dans l'hypothèse inverse de la simulation d'un autre type de contrat, alors que les parties voulaient conclure un contrat de donation⁶². Dans cette hypothèse, l'*animus donandi* doit toutefois ressortir du contrat (parties, montant) sous peine de l'invalidité de la donation (cachée) ou d'une requalification de l'acte, en particulier en droit fiscal (N 62)⁶³.

EITEL, Berücksichtigung, 10 ss, 12 ss. Pour un aperçu en droit comparé, cf. HYLAND, 148 ss; dans les systèmes de *common law*, la donation n'étant pas un acte contractuel le « *donative intent* » constitue l'un des deux éléments essentiels, à côté du transfert du bien, de la donation valable.

- 55 ATF 144 III 93, c. 5. BK-BECKER, N 5. Il peut s'agir d'une prestation qui ne vaudrait pas contre-prestation dans un contrat synallagmatique; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1497.
- 56 BK-BECKER, N 5. Voir N 71 pour les trusts et fondations et la qualification des attributions faites.
- 57 ATF 144 III 93, c. 5.2.1; TF, 4A_381/2010, c. 2.2. CO 18 N 17.
- 58 ATF 144 III 93, c. 5.2.1; TF 4A_201/2018, c. 3.2.3; TF 4A_90/2016, c. 3.2.2. BSK-VOGT/VOGT, N 56; CO 18 N 132 ss, not 138 ss; MAISSEN, N 123 s. Il en va de même lorsque le bénéficiaire prétend avoir signé par erreur un autre contrat, p.ex. un contrat de prêt, cf. TF, 4A_156/2009, c. 3.1. Voir également CO 243 N 3, 6 et CO 252.
- 59 Concernant la simulation totale ou partielle, cf. TF, 4A_90/2016. Dans 4A_201/2018, c. 3.2.2, le TF a rejeté l'allégation qu'une promesse de donner « pure et simple » était, selon le donateur, simulée et devait constituer une donation avec effet au décès (CO 245 II), soumise à la condition résolutoire du mariage (CO 245 I).
- 60 TF 4A_90/2016, c. 3.2.2; TF 4A_551/2014, c. 3; BSK-VOGT/VOGT, N 56; MAISSEN, N 123 s. Voir également N 12, CO 243 N 3, 6 et CO 252.
- 61 TF 4A_55/2010, c. 2; TF, 4A_156/2009, c. 3.3; ATF 117 II 382, c. 3, JdT 1993 I 130; CO 18 N 81 ss, 90 ss.
- 62 Cf. TF, 4A_156/2009, c. 3.3, concernant un prêt simulé, qui serait en réalité une donation, selon l'allégation du bénéficiaire, d'ailleurs rejetée par le TF.
- 63 TF, 2C_45/2010 (deux donations consécutives entre membres de la famille ayant comme but d'éviter l'impôt sur les donations entre beau-père et belle-fille); TF, 2C.947/2010 (montant réel de la donation); TF, 2C.947/2010 (donation effectivement convenue déguisée en plusieurs donations ne dépassant pas la franchise annuelle).

Il va de soi que l'exigence de la **volonté non viciée** revêt une importance particulière par rapport à la volonté de donner du donateur (N 8). Le donataire qui est en même temps une personne de confiance pour le donateur, p.ex. son médecin ou son avocat, ne doit pas avoir exercé une influence déloyale sur la volonté du donateur, ni avoir violé les règles professionnelles élémentaires, sous peine de la nullité du contrat pour cause de contrariété aux bonnes mœurs⁶⁴.

La volonté de donner du donateur n'est **pas présumée**⁶⁵. En cas de litige, la **preuve de l'*animus donandi*** du donateur, qui peut se déduire de l'ensemble des circonstances⁶⁶, incombe au donataire⁶⁷. Elle relève de la constatation des faits; le Tribunal fédéral est ainsi lié par celle admise par l'instance cantonale (LTF 105 I) qu'il ne corrige qu'en cas d'arbitraire⁶⁸. La preuve de la volonté de donner est à distinguer de celle de la volonté du donataire d'accepter la donation (CO 244 N 6 ss). Ces principes s'appliquent également aux attributions entre époux et fiancés, entre partenaires enregistrés et personnes en préparation d'un partenariat enregistré, entre concubins, ainsi qu'entre membres d'une famille⁶⁹. La preuve de l'*animus donandi* peut être difficile à établir notamment par rapport aux libéralités et donations mixtes faites entre parents et descendants adultes dans le processus de la planification successorale⁷⁰. Le transfert de la propriété sur un bijou entre époux procède, en règle générale, de la volonté de donner de l'époux-donateur⁷¹; pour la doctrine récente, cela justifie une présomption dans ce sens⁷².

64 TF, 4A_3/2014, c. 3 et ATF 136 III 142, c. 3.5 (donations valables); ATF 132 III 455, JdT 2007 I 251 (donation annulée); TF, 4A_201/2009 (pas de simulation d'une donation).

65 TF, 4A_639/2015, c. 5.1. La question de la présomption est le plus souvent discutée par rapport aux attributions entre proches (cf. suite du texte avec les références dans la n. suivante), et en cas de donation mixte (cf. N 51 ss).

66 ATF 141 III 7, c. 4.3 et 4, JdT 2015 II 325; TF, 5A_521/2008, c. 4 et 5, JdT 2015 II 325. Cf. également pour déterminer s'il s'agit d'une donation simulée, cf. TF, 4A_381/2010, c. 2.2.

67 Pour les références jurisprudentielles et doctrinales, cf. N 12, sur l'interprétation des contrats de donation.

68 TF, 5A_763/2015, c. 3.3.2; TF, 4A_592/2010, c. 2; TF, 4A_394/2009, c. 2.4 (non publié dans ATF 136 III 142).

69 TF, 5A_111/2016, c. 3; TF, 5A_763/2015, c. 3.2; ATF 141 III 53, c. 5.4.2. BSK-Vogt/Vogt, N 37; CHAIX, 76. La présomption de CC 930 I ne peut suppléer à l'absence de la preuve de la volonté de donner dans le cas où la cause de la possession n'est pas claire; cf. TF, 5A_480/2020, c. 3.2; ATF 141 III 7, c. 4.3, JdT 2015 II 325; CHAIX, 80 s. Pour l'absence d'une présomption de donation entre époux, cf. TF, 5A_111/2016, c. 3 (absence de preuve de la volonté d'un époux de donner sa part de la société simple au conjoint qui ne ressort d'ailleurs pas du tout des actes et documents soumis); TF, 5A_329/2008, c. 3.3 (financement par l'un des époux de la formation de l'autre, considéré par le TF comme «investissement» que cet époux pouvait légitimement vouloir récupérer notamment en cas de rupture ultérieure). DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 491, 504, 923; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Not@lex, 106, ainsi qu'en détail KOBEL SCHNIDRIG, 301 ss, et CHAIX, 79.

70 Cf. ATF 145 III 1, c. 4, JdT 2020 II 79. Voir aussi: MESSAGE Droit du mariage N 214.33. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 491.

71 Dans ce sens, DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 923 et nbp 30; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Not@lex 2015, 106, n. 18, avec réf. à ATF 85 II 70, JdT 1959 I 469.

72 BSK-Vogt/Vogt, N 38; CHAIX, 76, 80, qui préconise une présomption de donation sous certaines conditions et critique l'approche dans ATF 85 II 70, JdT 1959 I 469. Le TF n'a pas clairement tranché cette question. Les deux jurisprudences spécifiques – ATF 85 II 70 (JdT 1959 I 469) et ATF 71 II 255 – sont anciennes. Dans le second arrêt, le transfert de la propriété des bijoux de famille à titre gratuit et l'intention de les donner à l'épouse étant établi, le TF conclut, p. 256, à une présomption exceptionnelle d'un **devoir de restitution** à certaines conditions (dif-

- 32 L'exécution de devoirs légaux ou contractuels** n'est pas constitutive d'une donation⁷³. De ce fait, notamment les contributions d'entretien entre époux ou en faveur d'enfants (CC 163 ss, 276 ss, 328) ne sont pas des donations (CC 239 III, pour le détail N 71 ss). La délivrance du bien légué par le successeur grevé n'est pas une donation de ce dernier qui ne fait qu'exécuter une disposition pour cause de mort sans *animus donandi* de sa part⁷⁴. Au contraire du mécène, p.ex. d'artistes ou d'œuvres caritatives, le sponsor p.ex. d'un événement sportif ou d'un athlète, ne fait pas une donation par son attribution, car il reçoit une contre-prestation, notamment sous forme de publicité⁷⁵. Les contrats gratuits, même si une contre-prestation est habituelle, ne représentent pas de donations⁷⁶; toutefois, si la rémunération habituelle est convenue et que le créancier y renonce pour en faire attribution gratuite au débiteur, l'acte constitue une donation (voir N 17).
- 33 Le motif du donateur** n'est pas pertinent pour la qualification et la validité du contrat⁷⁷. Les motifs des parties expriment les raisons qui incitent le donateur à conclure ce contrat, p.ex. le donateur veut faire plaisir au donataire, a pitié de lui ou veut l'aider. Le motif du donateur peut ne pas être désintéressé ou altruiste, p.ex. le donateur entend maintenir ou créer à ses propres fins une bonne relation avec le donataire, veut se vanter de sa générosité ou de sa fortune ou espère un avantage futur, voire même simplement vouloir se débarrasser du bien donné⁷⁸. Si l'avantage espéré est une contre-prestation du donataire en échange de la prestation du donateur, p.ex. sous forme de l'exécution d'une charge, il s'agit de la cause de l'acte; l'acte ne peut plus être qualifié de gratuit et ne représente donc pas une donation⁷⁹. Voir aussi N 27.
- 34 La distinction entre cause et motif** est importante en raison de son incidence sur la qualification et la validité du contrat: la cause est la volonté des parties portant sur la conséquence juridique; elle constitue un élément essentiel du contrat. Le motif n'influence en principe pas la qualification, l'existence et la validité du contrat (cf. CO 245)⁸⁰. Une condition ou une charge peut refléter le motif du donateur, mais ne doit pas représenter une contre-prestation de l'attribution par le donateur, sous peine de modifier la cause et la nature de l'acte⁸¹. De ce fait, l'action révocatoire de LP 288 constitue une disposition

ficiles, d'ailleurs, à voir réaliser sous le droit actuel du divorce). Dans ces cas, la donation est présumée en droit fiscal, cf. ATF 146 II 6, c. 7.1. Voir aussi CO 245 N 9 et 27.

73 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1499; BSK-VOGT/VOGT, N 28, 32, 35 ss; MAISSEN, N 100 ss, 104.

74 TF, 2P.296/2005, RDAF 2006 II 501 ss.

75 Qualification de droit fiscal qui paraît toutefois aussi valable en droit des obligations, cf. TF, 2C_466/2020, c. 4.2-4.4; TF, 2C_967/2013, c. 2.2-2.3, RDAF 2014 375. Voir aussi BSK-VOGT/VOGT, N 28b; ENGEL/BÖSIGER, 215 s., 237 ss; MONTANDON et SCHWANDER.

76 Il n'y a pas de transfert de biens ou droits, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1511. La distinction peut paraître artificielle dans les cas où la conclusion du contrat gratuit peut aussi procéder de la volonté de donner par le créancier et de celle du débiteur d'accepter la libéralité. En présence de l'*animus donandi*, la distinction entre contrat gratuit et donation mixte peut aussi poser problème dans les cas où la rémunération serait importante.

77 TF, 5A_111/2016, c. 3.4. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1503, parlent d'«intention libérale».

78 TF, 4A_201/2018, c. 3.1. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1503; MAISSEN, N 120.

79 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1503; CAVIN, 186; BK-BECKER, N 6.

80 Cf. ATF 129 III 320, JdT 2003 I 331 concernant des pots-de-vin. Dans certains cas, il importe de connaître le motif pour déterminer la véritable cause du contrat; cf. TF, 5A_743/2009, c. 3.2, donation d'un oncle à son neveu mineur. WINISTÖRFER, 38 s.; MAISSEN, N 153; ZUFFEREY/WERRO, § 15.II.

81 Cette condition est remplie, en règle générale, pour la charge car celle-ci est de nature accessoire; cf. CO 245 N 19 ss. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1496 s., 1503.

particulière: elle sanctionne une donation valable en soi, mais faite dans l'intention de soustraire des biens de la mainmise des créanciers; l'intention dolosive est une des conditions de fond pour l'action révocatoire (LP 285 I)⁸².

Pour constituer une donation, la **libéralité consentie au partenaire de vie ou à un(e) prostitué(e)** doit procéder de l'affection entre donateur et donataire⁸³. La jurisprudence tient compte de l'évolution des mœurs et n'exige pas de justification morale d'un niveau particulièrement élevé; une telle libéralité n'est pas forcément contraire aux mœurs et nulle, même si la liaison est adultérine. La distinction doit se faire selon les principes suivants: les attributions rémunérant des services ou faites pour inciter le bénéficiaire à continuer ses services ou l'adultère ne sont pas des donations (*pretium stupri*). Concernant les services de travailleurs du sexe, il s'agit, en règle générale, de la prestation du client en exécution d'un contrat onéreux. La donation au-delà de la rémunération des services n'est cependant pas exclue⁸⁴. En aucun cas, de telles attributions ne bénéficient d'une présomption de donation, mais la validité d'une donation n'est pas non plus exclue en raison du métier du donataire⁸⁵. 35

A l'égard des donations entre époux ou d'un tiers à un époux afin de permettre ou de faciliter le **divorce** du couple, il convient de déterminer s'il s'agit réellement d'une donation. Il n'y a pas donation ou seulement donation mixte si l'éventuel paiement de l'époux désireux de divorcer constitue la contrepartie d'avantages consentis par le conjoint (p.ex. la demeure familiale laissée au premier par le second) ou l'exécution de devoirs légaux ou contractuels (p.ex. le paiement de contributions d'entretien échues ou le règlement de la dette de partage). Il en va de même de la libéralité d'un époux ou d'un tiers à l'autre époux dans le but de permettre ou de faciliter le divorce qui d'ailleurs doit respecter CC 27 et CO 20⁸⁶. Une réelle donation d'un époux à l'autre à l'occasion du divorce n'a pas besoin de la ratification par le juge du divorce; si elle figure dans la convention de divorce, le juge peut toutefois en tenir compte pour évaluer si la convention n'est pas manifestement inéquitable (CPC 279 I)⁸⁷. Le défaut de ratification de la convention de divorce par le juge n'invalide pas la donation valablement conclue. 36

2. Appauvrissement patrimonial du donateur

La volonté de donner doit se manifester par la diminution du patrimoine du donateur; cet **appauvrissement du donateur** est la contrepartie de l'enrichissement du donataire (cf. *infra* 3.)⁸⁸. Il se produit par la diminution du patrimoine du donateur due au transfert de la propriété sur le bien ou les valeurs donnés (N 56 ss, 64). Cet effet se produit simultanément 37

82 TF, 5A_767/2019, c. 4; TF, 5A_85/2015, c. 4.2; ATF 138 III 497, c. 7.3, JdT 2015 II 325.

83 TF, 5C.81/2003, c. 2.2, 2.3. BSK-Vogt/Vogt, N 40. Cf. ZUFFEREY/WERRO, N 866 ss, 1229 ss, avec des références jurisprudentielles au sujet du concubinage et N 1254 ss concernant le contrat de prostitution.

84 BSK-Vogt/Vogt, N 41.

85 ATF 109 II 15, c. 2.

86 Une telle libéralité n'est pas nécessairement contraire aux bonnes mœurs; cf. CHAIX, 86 ss, 87 s. pour un exemple détaillé; ZUFFEREY/WERRO, N 1499 ss.

87 Au sujet du contenu (nécessaire) des conventions de divorce et du contrôle par le juge du divorce, cf. FamKomm Scheidung-STECK, Vorbem. CC 196-220 N 11 s., et STEIN-WIGGER, Anh. ZPO, CPC 279, N 17 ss, 22 ss, avec réf. à la doctrine. Pour l'application de CPC 279, cf. CO 247 N 16 ss; voir aussi CPC 279, 280 ss.

88 BSK-Vogt/Vogt, N 1; CHK-SCHÖNENBERGER, CO 239 N 4.

ment avec la conclusion du contrat dans le cas d'une donation manuelle. Lorsqu'il y a promesse de donner, l'appauvrissement prend initialement la forme d'une dette du donateur envers le donataire jusqu'au moment ultérieur où cette dette est éteinte par la remise de la chose, acte par lequel le donateur perd la propriété de celle-ci (voir également N 57)⁸⁹. La valeur commerciale de la chose n'est pas pertinente⁹⁰; pour les cadeaux de valeur minime et les présents d'usage, cf. N 70.

- 38 Le donateur est appauvri p.ex. par les actes suivants: la reprise ou le règlement de la dette du donataire envers des tiers (CO 175 s.)⁹¹, la constitution d'un droit réel limité en faveur du donataire⁹², une rente viagère⁹³, la remise d'une reconnaissance de dette causale ou abstraite⁹⁴, la renonciation au remboursement de dettes (CO 115)⁹⁵, aussi dans le cercle familial, entre époux (p.ex. CC 206 III, 216), partenaires enregistrés ou d'autres membres de la famille⁹⁶; la donation faite à titre d'avancement d'hoirie (N 73 ss, 77), ainsi que les autres libéralités du donateur à un de ses futurs successeurs (malgré l'éventualité du rapport et de la réduction de l'attribution pendant la liquidation de la succession)⁹⁷; la donation dont l'exécution est différée au décès du donateur (CO 245 II); la cession de droits successifs échus par l'héritier à un cohéritier ou à un tiers est une donation (CC 635)⁹⁸. Un animal (domestique) peut être l'objet d'une donation⁹⁹ (CC 641a I; voir aussi N 40). Les prestations de l'employeur sont des donations si elles ne sont pas dues sur la base du contrat de travail, p.ex. des gratifications de départ, librement consenties en raison de longs rapports de services et uniques¹⁰⁰. La donation assortie d'un droit de retour appauvrit le donateur tant que la condition résolutoire ne se réalise pas (CO 247) et est donc valable¹⁰¹.
- 39 La désignation irrévocable du bénéficiaire d'une assurance-vie (LCA 76), ainsi que la cession d'une assurance-vie (LCA 73) diminuent le patrimoine au moment de l'acte et constituent des donations dès cet instant; la **clause bénéficiaire révocable** et la donation qu'elle représente prennent effet au moment où le preneur de l'assurance ne peut plus la révoquer, soit au dernier instant de sa vie (ou au moment où l'événement assuré se produit)¹⁰². De manière analogue, la **garantie ou le cautionnement de dettes** du donataire

89 MAISSEN, N 70 s.

90 BSK-VOGT/VOGT, N 1.

91 BSK-VOGT/VOGT, N 7a, 11.

92 ATF 114 II 36, JdT 1989 I 156; BSK-VOGT/VOGT, N 15, 24 ss. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1490.

93 TF 100 Ib 287.

94 TF, 4A_201/2008, c. 3.

95 BSK-VOGT/VOGT, N 9.

96 TF, 5A_87/2010, c. 3.2. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1350, ainsi que n. 13. Voir également N 75, pour des exemples de donations entre époux ou partenaires enregistrés.

97 Dans ce sens, CHK-SCHÖNENBERGER, CO 239 N 4.

98 ZUFFEREY/WERRO, N 1524. Elle n'est pas contraire aux mœurs et n'entraîne pas la nullité du contrat conclu à cet effet. Voir aussi N 73 concernant les expectatives successorales.

99 Cf. TF, 6B_5/2017, donation d'un chat (niée en l'absence de l'*animus donandi* du propriétaire, sans approfondir la question de l'appauvrissement du propriétaire dans le cas contraire). STEINAUER, Droits réels I, 110 ss.

100 TF, 4C.6/2006, c. 1.3; le salaire et les gratifications annuelles habituelles ne sont pas des donations; cf. N 32. Il en va de même des pourboires.

101 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1493.

102 Pour les conditions légales en détail: LCA 73 I, 77. BSK-VOGT/VOGT, N 13; STEINAUER, Successions, N 481 ss; BADDELEY, Assurance-vie, 530 ss, 532 ss; IZZO, 40 ss. Voir aussi CO 245 N 42 et réf. Les références à la LCA dans les développements sur les CO 239-252 ne sont pas

appauvrit le donataire seulement au moment où son patrimoine est grevé d'une dette envers le tiers-créancier (par la libération du donataire de sa dette) ou lorsque le donateur a bien réglé la dette du donataire¹⁰³.

Des actes ou comportements **sans impact sur le patrimoine** de leur auteur ne sont pas des donations malgré les éventuels avantages qui en découlent pour autrui, p.ex.: la donation par rapport à laquelle la volonté du donateur de se départir de la chose donnée manque¹⁰⁴, ne pas accepter une offre avantageuse, ne pas exercer un droit d'emption ou de préemption (N 45, 57), faire bénéficiaire quelqu'un de ses services (N 17, 32), de son influence ou de son prestige, l'aider à ce qu'il puisse exercer ses propres droits, s'occuper spirituellement d'autrui, etc.¹⁰⁵. Les distributions au constituant d'un trust par les fonds attribués par lui-même au trust ne sont pas des donations en l'absence d'un appauvrissement du constituant inhérente à une attribution à soi-même; elles annulent la partie correspondante de l'attribution initiale (voir aussi N 71). Le financement d'un bien appartenant à une personne mariée par le conjoint peut constituer une donation si les conditions légales de forme et de fond sont réalisées¹⁰⁶, ce qui exclut, dans la participation aux acquêts, l'application de CC 206 I et II en faveur de l'époux-donateur; la part du conjoint est alors à attribuer aux biens propres du conjoint sans égard à la masse matrimoniale de l'époux-donateur dont proviennent les fonds (CC 198 [1]; voir aussi N 75). Les libéralités sur des **droits futurs du disposant**, comme des renonciations à de tels droits, ainsi que les répudiations de successions, ne sont pas des donations au sens de CO 239 I, comme le précise CO 239 II (N 73).

L'appauvrissement du donateur implique que la donation ne peut être faite qu'à partir du patrimoine du donateur. Les **donations de biens appartenant à autrui** – p.ex. des **biens confiés ou volés** – ne sont ainsi pas valables (voir aussi N 19 et 66)¹⁰⁷.

Le donateur doit, en outre, avoir la **capacité de donner**, à savoir **pouvoir disposer** de la partie de son patrimoine qu'il donne (voir également CO 240). Cette capacité peut être restreinte de deux manières:

a) **Le donateur-proprétaire n'a pas la capacité civile**: Il s'agit des **mineurs**, sous réserve des donations au moyen du produit du travail et des fonds professionnels par le mineur (CC 17, 19, 323, 321 I et II), ainsi que des **adultes sous curatelle** privés de la capacité civile par rapport au bien donné; ces personnes peuvent néanmoins faire seules des présents d'usage au sens de CC 19 II (pour les détails, CO 240)¹⁰⁸. Le do-

touchées par la réforme de la LCA, adoptée par les Chambres en mars 2020 (cf. *curia vista*, objet 17.043). Voir aussi CO 245 N 49, CO 47 N 17, CO 249 N 4, CO 250 N 13.

103 BSK-VOGT/VOGT, N 17.

104 En particulier à l'égard de donations du représentant légal au représenté, cf. TF, 5D_208/2018, concernant une donation d'un père à son enfant en bas âge invoquée lors de la faillite du père vingt ans plus tard, alors que la voiture «donnée» se trouve toujours en possession du père.

105 HUGUENIN, OR AT/BT N 2867; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 4 *in fine*; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1492 ss.

106 Cf. CC 239, renvoyant à CC 206, pour la communauté de biens. Donations niées à défaut de preuve de l'*animus donandi* de l'époux: ATF 141 III 53, c. 5; TF, 5A_87/2010; voir N 8. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 504, 1159 ss; CR CC I-STEINAUER, CC 206 N 15.

107 ATF 65 II 62, c. 2, JdT 1939I 424. Sous réserve de la donation d'espèces (CC 935) et d'autres biens acquis par mélange (CC 727); BSK-VOGT/VOGT, N 2, 42 s.; HUGUENIN, AT/BT, N 2875. STEINAUER, Droits réels I, N 441 et 445 s., Droits réels II, N 2116 ss, not. 2120 ss; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 91 N 12 ss, 41 ss; MAISSEN, N 132, 217, 148 ss.

108 BSK ZGB I-LEUBA, CC 408 N 14 et 26; CHK-SCHÖNENBERGER, CO 240 N 2.

nateur incapable civilement ne peut pas effectuer une donation valable, l'acte est nul dans son intégralité. De la même manière, la loi prévoit des restrictions de la capacité civile spécifiques de personnes en principe capables civilement, p.ex. CC 169 comprend une restriction de la capacité civile de toute **personne mariée** par rapport au logement de la famille qui rend nulle la donation de ce bien par l'époux propriétaire si le conjoint refuse d'y consentir et que le juge ne l'autorise pas (CO 240 N 24, 32)¹⁰⁹. L'acquisition de la propriété par le donataire de bonne foi est, en principe, exclue et le donataire est obligé de restituer le bien¹¹⁰.

- 42b** b) (**Seul le pouvoir de disposer du propriétaire du bien donné est restreint**: Une telle restriction, qui découle p.ex. de l'interdiction légale (CC 201 II) ou judiciaire (CC 178) faite à une personne mariée de disposer d'un bien sans le **consentement** du conjoint, n'empêche pas la conclusion valable du contrat de donation¹¹¹. Dans ces cas, l'exécution du contrat dépend toutefois du consentement du conjoint au transfert de la propriété du bien. Sans ce consentement, la donation ne peut pas être accomplie: l'acte de disposition ne peut être effectué valablement ou, s'il a eu lieu préalablement, est invalidé¹¹². Dans ce dernier cas, la propriété du bien et l'éventuel devoir de restitution du donataire doivent être déterminés en fonction des principes généraux en matière d'acquisition de la propriété et de CC 933 et 934. Ces dernières dispositions protègent le donataire de bonne foi qui est devenu propriétaire du bien selon CC 714 I. CC 935 implique qu'en tout état de cause, le donataire de bonne foi devient propriétaire d'une donation en monnaie ou titres au porteur¹¹³. Si la propriété du bien n'est pas passée au donataire, le donateur reste débiteur de sa prestation et le donataire, qui doit restituer ce qu'il a reçu, conserve sa créance en exécution de la donation ou a l'action en dommages-intérêts (CO 97 ss). Voir aussi N 56 ss et 66).
- 42c** La capacité civile et le droit de disposer des personnes majeures sous curatelle dépendent du type de curatelle et de la décision précise dans chaque cas (cf. CO 240 N 6 ss, 20 ss).
- 43** Par ailleurs, même si le donateur pouvait librement disposer du bien donné, la restitution de l'entier ou d'une partie de la donation, en nature ou en valeur, peut ultérieurement être due sur la base du droit matrimonial (**réunion et réduction matrimoniales**, CC 208)¹¹⁴, du droit successoral (**rappart**, CC 626, ou **réunion et réduction successorale**, CC 522 ss)¹¹⁵

109 La qualification de la restriction des pouvoirs de l'époux propriétaire sur le logement de la famille est controversée; pour certains auteurs, il ne s'agit que d'une restriction du pouvoir de disposition; cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 186 ss, avec les références; BADDELEY, Vermögensübertragungen, 307 ss.

110 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 212 et 241, ainsi que N 243 pour les partenaires enregistrés, sur la base de LPart 14. Voir aussi TERCIER/BIERI/CARRON, N 1535 ss.

111 Voir concernant l'attribution de biens à un trust et les restrictions découlant du droit du mariage, BADDELEY, Vermögensübertragungen, 309 ss.

112 HUGUENIN, AT/BT, N 2872; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 706 ss, ainsi que N 745 pour les partenaires enregistrés, sur la base de LPart 22 I; BADDELEY, Vermögensübertragungen, 309 s.

113 Pour les références, cf. n. 108.

114 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 921 ss (198 CC), 1309 ss (208 CC).

115 ATF 145 III 1, JdT 2020 II 79; TF, 5C.81/2003, c. 4 et 5. Cf. STEINAUER, Successions, N 150 ss, 461 ss et réf. citées; WINISTÖRFER, 151; aussi ZOLLER, 11 s., 92 s., mais non à l'égard des libéralités rapportables. Sous réserve cependant de la liquidation anticipée de droits héréditaires (CC 527 [2]); cf. N 32. Pour l'articulation entre rappart et réduction, cf. VOLLERY.

ou du droit de l'exécution forcée (**action révocatoire**, LP 286, 298)¹¹⁶. Cf. aussi CO 240 N 15, 24, 31.

L'appauvrissement volontaire du donateur par sa donation peut avoir des **conséquences au niveau des assurances sociales**, en particulier par rapport à ses droits aux prestations complémentaires¹¹⁷. Mais le droit d'obtenir de l'aide dans les situations de détresse (Cst. 12) à la base du droit de telles prestations ne peut qu'exceptionnellement subir des restrictions, notamment en cas d'abus de droit (CC 2 II)¹¹⁸. L'éventuelle contre-prestation fournie par le donataire doit être déduite du montant de la donation prise en compte dans l'évaluation de la situation économique du requérant d'aide¹¹⁹.

En dépit du fait que le bien sort, en définitive, du patrimoine du donateur, ni la donation simple, ni la donation mixte ne constituent un cas de **prémption** (CO 216c) sauf si, dans cette dernière hypothèse, l'élément onéreux prévaut¹²⁰.

3. Enrichissement du donataire

L'attribution aux dépens du patrimoine du donateur doit **enrichir** le donataire, soit sous forme **d'augmentation de l'actif**, soit par une **diminution du passif** du patrimoine de celui-ci, ce qui exclut une contre-prestation correspondante du donataire¹²¹. Le donataire doit être **conscient de l'accroissement (gratuit) de son patrimoine** du fait de la donation. Cette condition est, en principe, remplie dès l'instant où le donataire a valablement accepté la donation (CO 241, CO 244 N 6 ss); le donataire qui n'est pas conscient de l'accroissement de son patrimoine, ne peut pas avoir voulu conclure un contrat de donation. Cette détermination peut néanmoins poser problème en cas de donation mixte (N 51 ss) et par rapport aux éventuelles conditions et charges liées à la donation (CO 245).

L'enrichissement du donataire peut être **immédiat** ou ne produire ses effets que dans le **futur**. Une **donation manuelle** (CO 242) se traduit par l'augmentation **immédiate** des biens ou droits se trouvant dans le patrimoine du donataire, p.ex. par la remise d'un tableau du donateur au donataire, mais aussi par une assignation ou la remise d'une reconnaissance de dette ou la donation d'un droit d'habitation contractuel au donataire qui réside dans le logement¹²². En cas de **promesse de donner**, l'enrichissement immédiat prend la forme d'une créance, mais il n'intervient dans sa **forme définitive** voulue par

116 TERCIER/BIERI/CARRON, Contrats, N 1335; CHK-SCHÖNENBERGER, CO 240 N 5, 6, 8. Sur l'action révocatoire en général, cf. TSCHUMY, 147 ss. Concernant la donation grevée d'un usufruit ou d'un droit d'habitation en faveur du donateur, cf. N 54.

117 ATF 146 V 306, c. 2.5 (le mode de vie dépendant n'est pas assimilable à une aliénation au sens de la LPC); TF, 9C_813/2019, c. 5 (libéralités de la moitié du capital du IIe pilier pour l'entretien d'enfants adultes et de petits-enfants, dépassant largement les devoirs découlant de CC 277 et mettant en péril la subsistance du bénéficiaire et de son épouse); TF 9C_532/2019 (renonciation à la presque totalité de la part successorale); Chambre des assurances du Jura, RJJ 2004 190, c. 5b, au sujet d'une donation par l'épouse par le fait du consentement de celle-ci à une donation par son mari, ayant ainsi renoncé à ses attentes matrimoniales et successorales. Voir à ce sujet également les développements détaillés de MOOSER.

118 Cf. ATF 134 I 65, c. 4.3, 5, RDAF 2009 I 566.

119 ATF 134 I 65, RDAF 2009 I 566. Voir aussi: ATF 146 V 306; TF, 8C_451/2019, c. 4.1.

120 ATF 134 I 263, c. 3.3; ATF 94 II 342, c. 2, JdT 1969 I 587 rés., au sujet d'un échange avec une soulte importante. STEINAUER, Droits réels II, N 1731b.

121 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1495, 1497; CHK-SCHÖNENBERGER, CO 240 N 4; CAVIN, 185.

122 TF, 4A_201/2018, c. 3.2.1; TF, 4C.65/2000, c. 3.a (concernant la mise à disposition gratuite, par convention verbale, du logement avant l'occurrence du litige au sujet de la continuation du droit d'habitation); ATF 109 II 15, c. 2. Voir aussi TF, 4A_119/2010, c. 2.1; ATF 136 III 142,

les parties qu'à un moment ultérieur, p.ex. la constitution d'un droit réel¹²³, la donation d'une somme d'argent à verser sur le compte bancaire du donataire ou le règlement d'une dette du donataire reprise ou garantie par le donateur¹²⁴. L'enrichissement peut être **permanent ou passager**. L'enrichissement peut provenir d'une **attribution directe** ou, **indirectement**, par celle d'un tiers mandaté par le donateur (banque, assurance, créancier tiers)¹²⁵.

- 48 En application de ces principes, l'**avance sur hoirie**, ainsi que les libéralités rapportables ou réductibles du donateur au donataire, futur héritier, sont des donations, car au moment de la donation, le patrimoine du donateur est diminué et le donataire devient propriétaire du bien et en est enrichi. Le destin de la libéralité dans la future succession n'est donc pas relevant, et l'éventuelle prise en compte dans le partage de la succession se fait parmi les héritiers, après le décès du donateur, et ne résulte pas nécessairement en la restitution partielle ou totale du bien (N 37 s. et 73). Ne représentent, en revanche, pas des donations les **avances faites sur des droits futurs**, p.ex. le paiement anticipé d'un loyer dû par le locataire au bailleur. La qualification de certains actes de **disposition portant sur des droits futurs ou des expectatives** est controversée, p.ex. la cession de droits, à un tiers, dans une succession non ouverte (CC 636) ou la renonciation à une succession au profit d'autres héritiers (CC 495)¹²⁶.
- 49 L'**exécution** de l'obligation du donateur **entre les mains de tiers** désignés pour recevoir le bien donné au nom et pour le compte du donataire (p.ex. la mère d'enfants attributaires d'une donation, le représentant d'un donataire incapable de discernement ou absent, le transfert au trustee des attributions d'un *fixed interest trust* destinées aux bénéficiaires désignés) ne fait pas obstacle à la qualification du contrat comme donation (cf. N 12, 46 et 67).
- 50 Pour la **création** de **fondations** et de **trusts** et les attributions à ces entités, cf. N 69.

4. Donation mixte (*venditio cum donazione mixta*)

- 51 La donation mixte (*Gemischte Schenkung, donazione mista*) comporte une **donation** – attribution gratuite – **et une vente** – acte onéreux.
- 52 Du point de vue matériel, deux conditions doivent être remplies pour qu'il y ait donation mixte et non une vente à un prix favorable (pour la forme, voir CO 243 N 20):
- la **condition objective**: La valeur de la prestation du donateur doit dépasser celle de la contre-prestation du cocontractant dans une mesure qui fait apparaître une **disproportion importante** (*Missverhältnis*) entre la valeur objective de l'objet de la transaction

c. 3.3. Au sujet de la donation manuelle en lien avec la mendicité et la liberté économique (Cst. 27), cf. TF, 1C_443/2017, c. 5. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 9 s.

123 TF, 9C_202/2009, c. 5, (usufruit). P. ex. aussi un droit d'habitation contractuel dont bénéficie le donataire seulement après la conclusion de l'acte; un droit d'habitation contractuel peut, en revanche, procurer un enrichissement immédiat au donataire qui habite le logement déjà au moment de la conclusion de l'acte, cp. TF, 4C.65/2000, c. 3.a. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 9 s. MAISSEN, N 70 s.

124 BSK-VOGT/VOGT, N 17; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 9 s.

125 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1495.

126 La donation n'est pas admise, en raison du manque de modifications dans les patrimoines des deux parties (*Vermögensverschiebung*), selon ATF 138 III 497, c. 6.2 (aussi au sujet de LP 286 et 288), JdT 2013 II 219 et Not@lex 2013, 90, avec note de PIOTET D. STEINAUER, Successions, N 1205. Elle peut exister pour BSK-VOGT/VOGT, N 8.

et le prix payé¹²⁷, au moment de la conclusion de l'acte¹²⁸. Des transactions à des «prix d'ami», soit à des prix bas mais restant dans la fourchette des prix du marché, ne sont pas des donations au sens de CO 239. Il manque d'ailleurs, dans la règle, l'*animus donandi* (cf. ci-dessous)¹²⁹.

- la **condition subjective**: Le vendeur-donateur doit avoir la **volonté de faire attribution gratuite** (*animus donandi*) de la différence des valeurs des prestations¹³⁰. Pour que la condition subjective puisse être considérée comme remplie, les parties doivent effectivement avoir eu conscience de la différence des valeurs, au moment de la conclusion du contrat, que le «vendeur-donateur» doit vouloir attribuer gratuitement à son cocontractant et que ce dernier (ou son représentant légal) doit vouloir accepter¹³¹. La réalisation de la condition subjective ne peut pas être présumée, ni admise en raison du fait que la différence des valeurs était reconnaissable aux parties; la preuve de la volonté de donner du donateur peut cependant être établie sur la base d'indices constitués de documents probants, allégations non contestées et de conclusions qui peuvent en être tirées¹³². Ces principes s'appliquent également aux donations entre membres d'une famille (N 8)¹³³.

Donation mixte ou charge: La contre-prestation dans une donation mixte peut représenter une valeur économique (importante) et être exécutée en espèces ou par d'autres moyens (p.ex., remise, reprise ou reconnaissance de dette) en faveur du donateur ou d'un tiers. Cela est le cas également de la charge grevant une donation (CO 245 N 19 ss). Toutefois, la donation mixte est un acte partiellement onéreux dont la partie onéreuse est

53

127 TF, 5A_377/2018, c. 3.5.1, 3.6.1, JdT 2019 II 222; TF, 5A_662/2009, c. 2.4; ATF 50 II 440, c. 3. Il s'agit, dans la règle, d'une disproportion conséquente; la preuve de l'*animus donandi* est d'autant plus importante que la disproportion est réduite et l'on se rapproche d'une transaction à «prix d'ami»; TF, 5D_22/2015, c. 3.1; ATF 126 III 171, c. 3b/bb), JdT 2000 I 564. L'augmentation de valeur du bien après sa vente ne peut mener à la requalification du contrat comme donation mixte dans un litige successoral ultérieur; cf. TF, 5A_575/2009, c. 2.3; ATF 50 II 370, c. 1, JdT 1925 I 40. Cf. EITEL, Abtretungsvertrag, 53 ss, très critique du raisonnement du TF, contraire à ceux des deux instances inférieures, dans ATF 145 III 1.

128 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 1088 et 1960 ss. Ce principe appliqué en droit successoral par rapport à la réduction (CC 527) vaut pour la donation mixte en général.

129 ATF 126 III 171, c. 3b/bb), JdT 2000 I 564; ATF 116 II 225, c. 3.e/aa), JdT 1991 I 226. Voir aussi ATF 50 II 370, c. 1, JdT 1925 I 40. CHK-SCHÖNENBERGER, CO 239 N 9; BSK-VOGT/VOGT, N 5b.

130 ATF 145 III 1, c. 3, JdT 2020 II 79; TF, 5A_377/2018, c. 3.5. Cf. TF, 5A_802/2014, c. 4.3.

131 ATF 145 III 1, c. 3, JdT 2020 II 79, avec la critique d'EITEL, Abtretungsvertrag, 52 s.; TF, 5A_670/2012, c. 3, SJ 2019 I 187. Il découle de ces principes qu'une donation mixte ne peut exister que lorsqu'au moins une partie de la prestation du donateur représente une attribution gratuite en faveur du donataire, ce qui n'est pas le cas d'un contrat aux fins de payer une rémunération plus élevée à l'exécuteur testamentaire; cf. ATF 117 II 382, c. 2a, JdT 1993 I 130. Pour la prise en compte de donations mixtes dans des procédures de contestation du loyer initial (CO 269), cf. TF, 4A_239/2018, c. 5.2.2, et dans celles concernant les prestations complémentaires, cf. TF, 9C_504/2019 (vente d'une entreprise agricole). WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 1968 ss et N 2034.

132 TF, 5A_377/2018, c. 3.6. Voir aussi ATF 145 III 1, c. 3, JdT 2020 II 79, et le commentaire de GRAHAM-SIEGENTHALER, Herabsetzungsklage und gemischte Schenkung, in dRSK, 31.1.2019. Selon BSK-VOGT/VOGT, N 5a, l'*animus donandi* est présumé si les parties étaient conscientes de la différence des valeurs et la voulaient; ces auteurs s'appuient sur des décisions plus anciennes du TF, toutefois rectifiées par les décisions du TF citées dans cette note et la précédente. Concernant la controverse doctrinale à ce sujet, cf. PROTET P., Libéralité; EITEL, Berücksichtigung, 31 ss.

133 TF, 5A_377/2018, c. 3.6; ATF 145 III 1, JdT 2020 II 79.

voulue par les parties et n'est donc pas de nature accessoire. Cette partie se calcule en fonction de la valeur des biens donnés et confère une créance au vendeur-donateur¹³⁴. La charge, en revanche, est toujours un élément accessoire de la donation et ne donne pas lieu à une créance, mais à une action en exécution (CO 246).

- 54** La question juridique posée détermine si les **règles sur la donation** s'appliquent à tout le contrat de donation mixte ou seulement à la partie gratuite de la prestation¹³⁵. En l'absence d'*animus donandi*, le contrat de donation en tant que tel est nul (N 27 ss). La partie onéreuse d'une donation mixte fait partie des éléments essentiels du contrat et ne peut figurer seulement dans une convention séparée¹³⁶. Les règles sur le rapport et les réunions de donations s'appliquent à la partie gratuite de la donation mixte (N 43)¹³⁷. Toutefois, la prise en compte de la valeur d'un usufruit ou d'un droit d'habitation respectivement des dettes grevant le bien donné et, dans l'affirmative, la répartition de cette valeur sur la partie gratuite d'une donation mixte rapportable ou réductible est controversée¹³⁸. Dans l'action révocatoire (LP 286 II [1]), la demande tend également à la restitution de la différence de valeur.
- 55** La donation mixte ne peut, en principe, faire l'objet d'un **droit de retour** annoté au registre foncier; la question est toutefois discutée en doctrine (cf. CO 247 N 11)¹³⁹.

IV. Effets du contrat

- 56** Le contrat de donation, acte générateur d'obligation, a pour effet de **créer un rapport d'obligation et de faire naître une créance** (*Abschlusswirkung*), qui comporte deux éléments:
- **l'effet formateur** (*Gestaltungswirkung*) créant la situation juridique telle que l'ont voulue les parties. En conformité avec leurs déclarations concordantes de volonté, le donateur est dès lors obligé d'exécuter la promesse de donner et le donataire dispose du droit d'exiger cette exécution. Jusqu'à exécution du contrat, le donataire a une créance et le donateur une dette¹⁴⁰.
 - **l'effet obligatoire** (*Bindungswirkung*) qui lie les parties aux droits et obligations convenus auxquels aucune d'elles ne peut déroger sans l'accord de l'autre¹⁴¹. Pour les droits du donataire en cas d'inexécution, cf. CO 248; pour les droits des parties à

134 TF, 2P.221/2004, c. 6.3, RDAF 2005 II 468.

135 Sur le traitement fiscal de la donation mixte, cf. N 62.

136 Cf. TF, 4A_63/2015, PICHONNAZ/SIEGENTHALER/WERRO, DC 2016, 359 (donation mixte d'immeuble nulle pour vice de forme).

137 ATF 145 III 1, c. 3, JdT 2019 II 222; TF, 5D_22/2015, c. 3.2; ATF 126 III 171, c. 3, JdT 2000 I 554. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1506 ss; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 2034. Voir aussi TF, 5A_377/2018, c. 3.5. et la critique de BUMANN, *successio* 2018, 328 ss.

138 Voir ATF 145 III 1, c. 4, JdT 2020 II 79, avec des références à des jurisprudences très anciennes pour la plupart. Cet arrêt a été fortement critiqué par: EITEL, *Abtretungsvertrag*, not. 48 ss, GRAHAM-SIEGENTHALER, *Herabsetzungsklage und gemischte Schenkung*, in dRSK, 31.1.2019, et PIOTET D., *Droit des successions et droits réels*, JdT 2020 II 79, avec des renvois à la doctrine récente majoritairement du même avis que ces auteurs. Voir aussi STEINAUER, *JDS* 2018, N 41 ss, 44.

139 Selon la Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion de Berne; critiqué par la rédaction de la RNRf (c. 4 de la décision du 26.3.1998, RNRf 2000 187 s.).

140 Cette dette doit être intégrée dans la masse successorale en cas de décès du donateur avant l'exécution de la donation; ATF 116 II 225, c. 4, JdT 1991 I 226; voir aussi CO 247 et 252. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1545 ss; VAN DE SANDT, N 292 et MAISSEN, N 351.

141 VAN DE SANDT, N 298 ss; MAISSEN, N 347 s., 350.

l'égard de l'exécution d'une donation assortie de charges, cf. CO 246. Pour cet effet en cas de décès du donataire avant l'exécution de la donation, cf. CO 252.

À la suite, l'**effet d'exécution du contrat** (*Erfüllungswirkung*) se produit lorsque le donateur transmet le bien donné dans la sphère de maîtrise, en principe exclusive, du donataire¹⁴². Cet effet consiste principalement en la création d'une nouvelle situation juridique définitive par rapport aux droits sur l'objet de la donation et l'extinction des obligations du donateur (cf. CO 248). À partir de ce moment, le donataire étant devenu propriétaire de la chose, peut légitimement la garder, sous réserve de la réalisation de conditions résolutoires qui lui imposent le retour du bien au donateur ou sa transmission à un tiers¹⁴³. Malgré le changement de propriétaire du bien, la donation ne permet pas au bénéficiaire d'un **droit de préemption** d'invoquer son droit (CO 216c II; voir également N 45)¹⁴⁴. 57

L'effet d'exécution de la **donation manuelle** est **immédiat** et se confond avec les effets de conclusion du contrat¹⁴⁵. Pour la **promesse de donner**, l'effet d'exécution ne peut se produire qu'**ultérieurement** à la conclusion du contrat. La promesse de donner non valable quant à la forme ne déploie pas d'effets, mais son exécution peut, selon les circonstances, en faire une donation manuelle valable (cf. CO 243 III)¹⁴⁶. 58

L'exécution de la donation rend, en outre, pleinement obligatoire l'**exécution des charges** par le donataire (cf. CO 245 et 246)¹⁴⁷. Le donataire est redevable d'une prestation ou doit respecter un devoir d'abstention (cf. CO 245 N 19, 29 ss). En cas de violation de ses devoirs contractuels, il s'expose à une action en exécution de la charge (cf. CO 245 N 34 et CO 246) ou à la révocation de la donation (cf. CO 249 [3] et 250 I 1 *cum* 249 [3]). 59

À partir de la conclusion du contrat, son exécution respectivement son maintien dépendent des éventuelles **conditions suspensives et résolutoires** (cf. CO 245 N 1 ss, 3). La réalisation de conditions résolutoires stipulées dans le contrat peut obliger le donataire de rendre le bien au donateur ou à le transmettre à un tiers (N 57). Pour le droit de retour légal, cf. CO 247, et la révocation, cf. CO 251 s. 60

La donation peut entraîner des effets, pour le donateur ou le donataire, dans l'application d'autres lois. P. ex. la donation par l'un des époux au moyen de ses acquêts diminue le bénéfice de l'union conjugale (CC 210) et, si elle est faite sans le consentement du conjoint, peut être prise en compte dans la liquidation du régime au moyen de la **réunion matrimoniale** (CC 208 [1])¹⁴⁸. Les donations périodiques régulières contribuant de manière significative à l'entretien de la famille peuvent exceptionnellement être prises en considération pour déterminer les **devoirs d'entretien** du donataire envers sa famille pendant la séparation des époux (CC 176 I [1])¹⁴⁹. Les donations faites par une personne de son vivant peuvent devoir être **rapportées** (CC 626) ou subir une **réduction** (CC 527) 61

142 Cf. ATF 141 III 7, c. 4.4, JdT 2015 II 325, pour autant qu'il y ait la volonté de donner le bien; la seule possession (exclusive) ne suffit pas; ATF 136 III 142, c. 3.4; BSK-Vogt/Vogt, CO 243 N 6.

143 MAISSEN, N 346 ss.

144 ATF 134 I 263, c. 3.3; ATF 126 III 187.

145 MAISSEN, N 345 ss.

146 ATF 136 III 142, c. 3.3. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1533. Sur la *ratio legis* de CO 243 III et les incidences de cette requalification, cf. RUSCH, Schenkungsversprechen.

147 MAISSEN, N 349; VAN DE SANDT, N 313 ss, 317.

148 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1317 ss.

149 TF, 5A_535/2009. Voir aussi ATF 116 II 225, c. 4, JdT 1991 I 226, sur l'effet de la donation en matière successorale.

dans la liquidation de la succession du donateur. Elles peuvent aussi devoir être restituées dans le cadre d'une **action révocatoire** (LP 286, 298). Voir N 43, avec les références.

- 62** La donation peut entraîner des conséquences **fiscales**, en particulier sous la forme d'une imposition cantonale et communale de l'attribution¹⁵⁰. L'interprétation d'une attribution par les autorités fiscales aux fins de déterminer l'éventuel impôt dû peut être plus extensive que celle découlant de CO 239¹⁵¹. Des constructions contractuelles portant sur des donations valables du point de vue du droit civil, peuvent être considérées comme abusives par les autorités fiscales et éventuellement entraîner les conséquences auxquelles les parties voulaient échapper ou une requalification (N 29)¹⁵².
- 63** Pour les effets de la **donation non valable ou révoquée**, cf. ci-après V., N 64 ss.

V. Fin des obligations des parties

- 64** Le lien entre les parties au contrat cesse en principe au moment où le donateur a fourni la prestation due (cf. N 13 ss, 57); la **donation est exécutée**. Il en va de même dans les cas où les héritiers fournissent la ou les prestations dus par le donateur décédé (CO 252). Par l'exécution de la donation, les obligations et les droits des parties s'éteignent, sous réserve des obligations découlant de la garantie du donateur (CO 248), de conditions résolutoires (N 60 et CO 247, 251 s.) et des charges incombant au donataire (N 59 et CO 245, N 65).
- 65** La donation grevée d'une **charge** (CO 245 I) est exécutée par la prestation du donateur, mais le donataire reste redevable d'une prestation ou doit respecter un devoir d'abstention (cf. CO 245 N 19, 29 ss). Lorsque le contrat de donation stipule des **conditions** résolutoires ou suspensives, la fin des droits et obligations des parties dépend de la réalisation ou de la non-réalisation de ces conditions (cf. CO 245 N 13 ss).
- 65a** La donation, exécutée ou non, peut également, et sans que cela ne doive être stipulé dans le contrat, être **révoquée avant l'échéance** en cas de réalisation des conditions potestatives légales par:
- le donateur, ses héritiers et la collectivité, pour les motifs (graves) énumérés et selon les conditions énoncées à CO 249 (1) et (2) et CO 250 (cf. CO 249 à 251),
 - les créanciers du donateur, aux conditions de LP 286 ss¹⁵³.

La révocation n'a pas d'incidence sur la validité initiale du contrat de donation, des obligations des parties et, dans le cas de donations partiellement ou totalement exécutées, du

150 Cf. Aperçu des impôts sur les successions et donations de l'Administration fédérale des impôts, avec références aux lois fédérales et cantonales; Kendris Jahrbuch, 55 ss; OPEL, 99 ss (à l'égard des fondations). Cf. ATF 146 II 6, c. 7. Au sujet des éventuels impôts sur les donations et successions par rapport à un trust, cf. GRISEL, 215 ss. Voir aussi, au sujet de l'impôt sur les donations en cas de transfert d'actions, MONOD, MECIC, FUCHS, Not@lex 2019, 120.

151 TF, 2C_528/2019, c. 3.3, 3.4. BSK-VOGT/VOGT, N 53 ss; OEHLRI, 29 ss, pour la qualification de l'attribution gratuite en droit fiscal, et 66 ss, pour la notion de donation en droit fiscal; OPEL, 104 ss (à l'égard de fondations). Concernant l'imposition des donations mixtes, cf. OEHLRI, 117 ss, 169 ss.

152 TF, 2C_45/2010 (deux donations consécutives entre membres de la famille ayant comme but d'éviter l'impôt sur les donations entre beau-père et belle-fille). Cf. aussi TF, 2C.947/2010 (montant réel de la donation); TF, 2C.947/2010 (donation effective déguisée en plusieurs donations ne dépassant pas la franchise annuelle).

153 TSCHUMY, N 7 ss, 32 ss.

transfert de propriété au bénéficiaire¹⁵⁴. Elle résulte en l'annulation partielle ou totale de la donation et à la caducité de la partie non exécutée de l'acte, avec effet *ex nunc*, assortie d'un devoir de restitution du bien par le donataire ou du montant dont il est encore enrichi. Pour le détail, voir CO 249 N 2 et 20, CO 250 N 13, et CO 251 N 25 ss).

Le contrat de **donation non valable** d'emblée, en raison du défaut d'un élément matériel ou d'une exigence formelle, est **nul** et ne déploie pas les effets de la donation. La nullité déploie ses effets *erga omnes*, peut être invoquée sans limitation dans le temps et doit être prise en compte d'office par le juge. La prestation faite par le donateur est dépourvue de cause, donnant le droit à ce dernier de revendiquer son bien ou de faire valoir des prétentions découlant de l'enrichissement illégitime du donataire (CC 641 II, CO 62 ss, LP 291)¹⁵⁵. La bonne foi du donataire n'est, en principe, pas protégée (N 19 et 41). La restitution des choses consommables s'opère selon les règles de l'enrichissement illégitime (CO 62 p.a.)¹⁵⁶. Le bien n'est pas sorti du patrimoine du «donateur» et est sujet à exécution forcée de ce dernier¹⁵⁷. La **conversion** de la donation non valable à un autre type de contrat, dont les conditions sont remplies, y compris la conversion de la promesse de donner en donation manuelle, reste réservée (CO 243 III; voir aussi N 58)¹⁵⁸; il en va de même de l'acquisition du bien par le «donataire» à un autre titre, p.ex. par **prescription acquisitive** (CC 728, 728^{bis})¹⁵⁹.

66

Pour les effets

- de la **non-ratification** d'un acte soumis au consentement du représentant légal, voir CO 240 N 30,
- de la **révocation** d'une donation acceptée par le **donataire restreint dans sa capacité civile**, voir CO 241 N 21 ss,
- de la **caducité** d'une donation à la suite de la non-/réalisation d'une condition, voir CO 245 N 15 et 16 s.,
- de l'**invalidité d'une donation avec effet au décès du donateur**, voir CO 245 N 58 ss, et
- de l'**inexécution ou de la mauvaise exécution**, voir CO 248 N 4 ss.

66a

Le contrat de donation conclu par un donateur dépourvu du seul **pouvoir de disposer du bien donné** reste valable. Pour les droits et obligations ultérieurs des parties, voir N 42 b).

66b

VI. Délimitations et champ d'application des articles 239 ss CO

A. En général

La donation présente des caractéristiques communes avec certains **actes et contrats onéreux**, notamment avec les contrats de vente et de prêt par la similarité des prestations dues par le donateur et le vendeur respectivement le prêteur. Pour distinguer un contrat

67

154 BSK-VOGT/VOGT, N 15.

155 ATF 105 II 104, c. 4, JdT 1979 I 489. Voir aussi TF, 4A_286/2018, c. 3 et 4, au sujet des effets d'un acte nul en raison de vices de la volonté. BSK-VOGT/VOGT, CO 239 N 43; HUGUENIN, OR AT/BT N 2875; CHK-SCHÖNENBERGER, N 7, CO 240 N 8; BUCHER, BT, 153. Voir aussi N 8. Au sujet de l'éventuelle responsabilité précontractuelle des parties (*culpa in contrahendo*), cf. CO 97 N 35 ss. La conversion à un autre type de contrat reste réservée, CO 19/20 N 94 s.

156 BSK-VOGT/VOGT, N 7.

157 TF, 5D_208/2018 (voiture).

158 CO 19/20 N 94 s.; HUGUENIN, OR AT/BT N 2877; RUSCH, Schenkungsversprechen.

159 TF, 6B_5/2017, c. 2.4.

onéreux d'une donation, il faut déterminer la commune et réelle intention des parties, en prenant en compte tous les aspects du cas concret¹⁶⁰. Dans les cas de promesses de donations, le donateur doit exprimer par écrit qu'il promet de faire une libéralité au donataire (CO 243 N 2). Lorsqu'une volonté commune en faveur d'une attribution gratuite au co-contractant du prestataire ne peut être établie sur la base des éléments subjectifs ou à l'aide d'une interprétation objective (N 8), il s'agit d'un autre type de contrat ou d'un acte nul¹⁶¹. Les règles sur la donation peuvent être applicables par analogie (N 71).

67a En application de ces principes, l'**absence de preuve de la volonté de donner** du prestataire a amené les tribunaux à qualifier différents actes comme contrats nommés ou innommés, mais pas comme donations: le prêt à la consommation (CO 305, 312), même si le prêteur a accepté dans les clauses contractuelles l'éventualité que l'emprunteur ne le rembourse pas ou si les parties ont convenu d'un prêt gratuit (CO 313 I)¹⁶², la vente «à prix d'ami» (N 52)¹⁶³, le dépôt gratuit (CO 472 II)¹⁶⁴, la fiducie et la rente viagère gratuites¹⁶⁵ et le contrat d'entreprise gratuit¹⁶⁶. Le mandat gratuit (CO 394 III)¹⁶⁷, comme la garantie gratuite (CO 111, 492 ss)¹⁶⁸ ne sont pas non plus des donations. La Loi sur le transfert des biens culturels (LTCB) vise les biens culturels dont la propriété est transférée sur la base d'un acte onéreux, excluant les biens donnés de son champ d'application¹⁶⁹. Les prestations de l'employeur dues sur la base d'un contrat de travail, même si les détails ne ressortent pas du contrat ou sont variables, ne sont pas des donations; seules les prestations faites volontairement par l'employeur motivé par l'*animus donandi* le sont¹⁷⁰. De la même manière, le travail ou un service accompli gracieusement n'est pas une donation (N 17, 40)¹⁷¹. Des conventions sur des honoraires en fonction de la réussite d'une action judiciaire ne sont pas des donations¹⁷². Le règlement d'une dette qui n'est (plus) attaquant en justice et dont l'exécution forcée est exclue n'est pas une donation¹⁷³. Les contrats

160 TF, 4A_592/2010, c. 3.1; TF, 4C.302/2006, c. 3, RNRF 89 2008 187. Voir aussi pour l'interprétation du contrat, N 8.

161 TF, 4A_592/2010, c. 3.1.

162 ATF 144 III 93, c. 5.1 (alors que l'obligation de restitution est l'élément essentiel du contrat de prêt de consommation, celui de la donation est la gratuité de la prestation du donateur); TF 4A_639/2015, c. 5; TF, 4A.156/2009, c. 3 (commenté par SCHWANDER, RSDIE 2009 415 s.). Cf. TF, 5C.217/2000, c. 2, pour la distinction entre donation, prêt à usage gracieux et droit d'habitation. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 6; MAISSEN, N 170 ss; BK-BECKER, N 10.

163 TF, 4C.302/2006, c. 3, RNRF 89 2008 187; contrat de donation, de prêt ou de vente. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1505 ss, 1508.

164 ATF 141 III 7, c. 4.4, JdT 2015 II 325; MAISSEN, N 174 ss; EITEL, Berücksichtigung, 26 ss.

165 Cf. MAISSEN, N 182 ss, pour la fiducie gratuite et la rente viagère (CO 516 ss).

166 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1511. Voir N 17, 32, 40.

167 MAISSEN, N 167 ss; WINISTÖRFER, 58.

168 MAISSEN, N 177 ss.

169 RS 444.1, mettant en application la Convention internationale de l'UNESCO de 1970, et l'ordonnance RS 444.11. Cf. RENOLD, 545, critique l'exclusion des donations du champ d'application de la convention.

170 TF, 4C.6/2006; AGer, ZR 101 226. Cf. TF, 2C_379/2020, et TF, 2C_703/2017, au sujet de l'imposition de prestations de l'employeur; toutefois, les éléments-clé sont les mêmes en droit privé. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1487, 1501, 2730. Voir aussi N 68 au sujet de subsides.

171 BSK-VOGT/VOGT, N 28; WINISTÖRFER, 58.

172 Cf. ATF 117 II 382, c. 2.a, JdT 1993 I 130, cas où le TF juge l'acte nul pour vice de forme, mais qui pose aussi la question de la délimitation entre la donation et une rémunération dépassant les tarifs officiels.

173 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1499; HUGUENIN, AB/BT, N 2859 ss.

gratuits peuvent être soumis à des règles particulières inspirées par le droit de la donation, p.ex. CO 307 I.

La donation se distingue aussi d'**autres attributions gratuites** par le fait que la volonté de donner manque chez le prestataire, parce que ce dernier ne s'appauvrit pas par son acte, ou encore parce que l'acte est régi par des dispositions légales spéciales¹⁷⁴. Les règles sur la donation peuvent être applicables par analogie pour combler des lacunes (N 72).

Ne sont ainsi **pas des donations**: les attributions par disposition pour cause de mort (N 23)¹⁷⁵, ainsi que la répudiation d'une succession (CC 566 ss, 588 I; N 73 ss)¹⁷⁶. Pour des exemples de qualifications d'attributions relevant du droit du mariage et du droit successoral, cf. N 40 et 73 ss. Selon CO 239 III, l'exécution d'une obligation naturelle ou d'un devoir moral, tel l'entretien d'un proche qui n'est pas dû en vertu de la loi, ne constitue pas une donation¹⁷⁷. Le sponsor s'attend à des retombées économiques de son attribution et ne fait donc pas une donation¹⁷⁸. Des subsides reposent, dans la règle, sur la mission de droit public ou privé de l'autorité publique ou de l'entité privée donatrice et ne sont pas qualifiés de donation¹⁷⁹.

La constitution d'une **fondation** ou d'un **trust** n'est pas une donation; il s'agit d'un acte unilatéral qui n'entraîne pas l'enrichissement de la fondation et l'attribution au *trustee* n'est pas faite à titre gratuit¹⁸⁰. Par ailleurs, alors que le *trustee* devient formellement propriétaire, les biens mis en trust ne lui sont pas transférés par le constituant (*settlor*) avec *animus donandi*. Une donation peut, en revanche, être faite à une fondation existante ou, à travers une fondation ou un trust, par stipulation pour autrui, à des bénéficiaires tiers si les conditions de la donation sont remplies par rapport à l'attribution au bénéficiaire. Il faut en particulier, pour que l'attribution puisse être qualifiée de donation, que le bénéficiaire soit déterminé et qu'il ait reçu la libéralité ou que sa désignation soit irrévocable et ne dépende pas de la volonté des organes de la fondation ou du *trustee*; par ailleurs, le bénéficiaire doit accepter la donation¹⁸¹. A défaut d'un bénéficiaire déterminé, personne physique ou morale, et de l'acceptation de la donation par lui, il ne peut y avoir donation au sens de CO 239 ss, ce qui n'empêche cependant pas l'application de CC 208, 527 et 626¹⁸². L'attribution doit appauvrir le donateur de son vivant; la réalisation de cette

174 BSK-VOGT/VOGT, N 27 ss; WINISTÖRFER, not. Partie 2 sur la différence entre donation et attribution gratuite non contractuelle. Pour une discussion de la délimitation dans chaque hypothèse, cf. MAISSEN, N 166 ss.

175 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1493. Détaillé: STEINAUER, Successions, N 646a et 961 (répudiation), N 282 ss (distinction entre acte pour cause de mort et acte entre vifs), N 176 ss, 461 ss, 785 ss (libéralités en droit successoral); WINISTÖRFER, 52 ss, 60 ss, 132 ss.

176 ATF 141 III 53, c. 5. STEINAUER, Successions, N 961.

177 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1499; WINISTÖRFER, 47. Voir ci-dessous N 71 au sujet des effets.

178 TF, 2C_466/2020, c. 4.2-4.4; TF, 2C_967/2013, c. 2.2-2.3, RDAF 2014 375; BSK-VOGT/VOGT, N 28b.

179 TF, 2C_379/2019, c. 2.3.1 et 2.3.2; TF, 2C_44/2018, c. 7.

180 CINCELLI, N 779; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 9; OPEL, 84 s.; THÉVENOZ, 341.

181 Cf. dans ce sens également BSK-VOGT/VOGT, N 31; PFISTER, N 473 ss, 477 ss, 618 ss. Pour les différentes opinions dans la doctrine, dans le détail, cf. HERZOG, N 405 ss.

182 BADDELEY, JDS 2017, N 66; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1453a, concernant la réunion matrimoniale. Cf. BADDELEY, Vermögensübertragungen, au sujet des restrictions des pouvoirs du *settlor* marié et soumis au droit du mariage suisse. Pour autant que le droit suisse soit le droit applicable à la succession; cf. GRISEL, 126 (CC 208), 147 s., 150 ss (réduction), 155 s. (rapport); CINCELLI, N 776 (rapport) et N 777 ss (réduction), not. N 779 s.; HERZOG, N 397 ss,

condition peut être discutable dans les cas où le constituant d'un trust a maintenu la maîtrise économique sur les biens et valeurs mis en trust, p.ex. lorsqu'il est lui-même (un des) bénéficiaire(s) et influence de manière décisive, notamment à titre de *protector* ou de *trustee*, la gestion du patrimoine et les distributions¹⁸³, ainsi qu'à l'égard de *revocable trusts*¹⁸⁴. La fondation ou le trust constitués sur la base de dispositions de dernière volonté de l'attribuant ne sont pas des donations¹⁸⁵. Pour l'application des règles évoquées aux fondations et trusts de droit étranger, cf. N 85.

70 Les **cadeaux ou présents d'usage** sont des libéralités de valeur minime pour le donateur. Ils sont souvent aussi de peu de valeur vénale¹⁸⁶, et les cantons les exonèrent soit spécifiquement jusqu'à une certaine valeur de l'attribution de l'impôt sur les donations ou de font indirectement par les franchises générales accordées en matière de libéralités compris jusqu'à une certaine valeur maximale de la libéralité¹⁸⁷. Le fondement de tels cadeaux est, en règle générale, le lien affectif entre donateur et bénéficiaire dont le premier veut témoigner, p.ex. à l'occasion de l'anniversaire ou de l'obtention d'un certificat professionnel ou d'un diplôme d'études du second, par les cadeaux de fin d'année pour les amis ou voisins, ou pour remercier une personne pour des services rendus, etc. Présent de ce type par excellence, le cadeau de mariage peut constituer ou non un présent d'usage, en fonction de la fortune du donateur et de sa valeur. Un montant qui représente quasiment la totalité du patrimoine du disposant ne peut tomber dans cette catégorie d'attributions, ni même – sauf exception – dans celle de la donation¹⁸⁸. Des dispositions spécifiques, notamment des droits de la famille et des successions, p.ex. CC 632 et 527 [3] *in fine*, 208 I 1 *in fine*, LP 286 *in initio*, excluent l'application des règles ordinaires à ces libéralités pour tenir compte des particularités objectives et subjectives de ces attributions. Une règle spécifique dans ce sens ne figure pas dans le droit de la donation. Néanmoins, les mêmes raisons justifient pour une partie de la doctrine que CO 239 ss ne soit pas appliqué non plus aux cadeaux et présents d'usage¹⁸⁹. Même si ces libéralités étaient qualifiées de donations, l'on voit mal s'appliquer certaines dispositions du droit des donations, notamment le droit de révocation.

71 La donation est régie par **ses propres règles** (CO 239 ss) qui déterminent les conditions de validité et les effets de l'acte. Ces règles peuvent trouver **application par analogie à des actes habituellement onéreux**, mais exceptionnellement gratuits, en particulier aux

et N 451 ss au sujet de la qualité pour agir et pour défendre dans une action CC 522. Au sujet des éventuels impôts sur les donations et successions par rapport à un trust, cf. GRISEL, 215 ss, et par rapport aux fondations, cf. généralement OPEL, ainsi que PFISTER, N 893.

183 BSK-VOGT/VOGT, N 31, avec références; BADDELEY, Planification, 255.

184 HERZOG, N 355 ss, en particulier N 358 ss.

185 Pour plus de détails: TERCIER/BIERI/CARRON, N 1541; BSK-VOGT/VOGT, N 30 s.; voir également THÉVENOZ, 38 s., 49 ss; HERZOG, N 353 s.; WOLF/JORDI, 29, 41 ss; OPEL, 84.

186 Un montant de CHF 150'000 ne peut objectivement pas être considéré comme une bagatelle qui pourrait représenter un présent d'usage, TF, 4A_262/2014, c. 4.4. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 1087, 1987 ss.

187 WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 2157. Voir aussi, pour certaines questions concernant les lois de plusieurs pays européens et extra-européens, Kendris Jahrbuch, 205 ss.

188 ATF 141 III 7, c. 4.4, JdT 2015 II 325; si l'*animus donandi* existait dans un tel cas, l'engagement du donateur pourrait être considéré comme excessif (CC 27 II) et la donation comme nulle (N 21).

189 Dans ce sens également EITEL, Berücksichtigung, § 7; VON TUHR, III. PIOTET P., Libéralité, 201 s., préconise l'exclusion du rapport et de la réduction pour ces donations qu'il qualifie d'ailleurs de donations accomplissant un devoir moral (CO 239 III). *Contra*: CHK-SCHÖNENBERGER, CO 239 N 5; probablement TERCIER/BIERI/CARRON, cf. N 1513.

contrats gratuits évoqués au N 67¹⁹⁰. À plus forte raison, certaines dispositions du droit de la donation peuvent **s'appliquer par analogie aux attributions gratuites** qui ne sont pas des donations pour combler d'éventuelles lacunes des règles spécifiques à ces attributions. Il convient toutefois de tenir compte des particularités de chaque type d'attribution¹⁹¹.

Le **mode d'exécution de la donation** ne modifie pas la qualification de l'acte et l'éventuelle (non)application des règles sur la donation. La **stipulation pour autrui** (CO 112 s.) est un mode d'exécution indirecte du contrat de donation et peut ainsi aboutir à l'acquisition valable d'un bien par le bénéficiaire (N 17a, 69 s.); la qualification des parties du contrat de donation n'en est pas modifiée¹⁹². L'ouverture d'un compte bancaire au nom d'un tiers et un dépôt sur ce compte peuvent représenter l'exécution d'une donation¹⁹³.

72

B. Donation de droits futurs et répudiation d'une succession (CO 239 II)

Comme l'indique CO 239 II, la renonciation à un **droit que le donateur** n'a pas encore acquis ne constitue pas une donation. La renonciation partiellement ou entièrement gratuite à une **succession non ouverte** (CO 239 II, 1^{ère} hyp.), la cession de droits sur une succession non ouverte (CC 636) et la renonciation à d'autres expectatives ou la cession de celles-ci, ne constituent pas des donations¹⁹⁴. La renonciation, par avance et donc par contrat de mariage, à la plus-value selon CC 206 III, concerne une expectative¹⁹⁵.

73

En vertu de CO 239 II, 2^e hypothèse, qui constitue une *lex specialis*, la **répudiation d'une succession** n'est pas qualifiée de donation (N 68). Sont également régies par des dispositions spéciales et ne constituent pas des donations: l'adoption ou la modification d'un **régime matrimonial**, ainsi que la liquidation du régime. Dans le cadre de cette dernière, des modifications dans les patrimoines des époux peuvent intervenir par l'attribution de valeurs d'un époux à l'autre selon le droit matrimonial, mais aussi en raison de la liquidation de leurs **autres rapports juridiques**. Si ces modifications ne dépassent pas les obligations légales et ne procèdent pas de la volonté de donner de l'époux qui verse une somme au conjoint, il ne s'agit pas d'une donation¹⁹⁶.

74

Il découle de CO 239 II *a contrario* que des **créances** incorporées dans le patrimoine du donateur, même si leur valeur est fixée après la naissance de la créance, peuvent faire l'objet de donations. La renonciation à la **part au bénéfice de l'union conjugale**

75

190 Il peut s'agir de contrats nommés ou innommés; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1487, 1511. Les règlements de dettes prescrites et les attributions en accomplissement d'un devoir moral ne sont pas soumis aux exigences de forme de la donation et ne peuvent pas être révoquées; cf. HUGUENIN, OR AT/BT N 2861; BSK-VOGT/VOGT, N 35. Voir aussi ci-dessous N 79 ss.

191 Ainsi, p.ex., la notion de donation du droit des contrats ne doit pas réduire indûment celle de la libéralité rapportable du droit successoral, selon EITEL, Abtretungsvertrag, 52.

192 TF, 6S.60/2007, c. 3, SJ 2007 I 493; CO 112 N 1-4; KUKO OR-LINIGER/TRIEBOLD, N 12.

193 ATF 136 III 142, c. 3.4. RUSCH, Konten, avec une analyse détaillée du problème et références à la jurisprudence; BSK-VOGT/VOGT, N 20 ss, aussi au sujet de comptes joints et de procurations sur des comptes qui ne sont, en règle générale, pas des donations. Voir PAPAUX VAN DELDEN, Gestion, pour le cas spécifique de l'ouverture d'un compte pour un mineur.

194 ATF 138 III 497, c. 6.2, JdT 2013 II 219. BSK-VOGT/VOGT, N 8 et 39a et b. ComSucc-ROUILLER, CC 636 N 1; STEINAUER, Successions, N 1210.

195 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1210.

196 TF, 5A_111/2016, c. 3; ATF 141 III 53, c. 5.4; TF, 4C.302/2006, c. 3.4, RNRF 89 (2008) 186-191.

(CC 216) ou à la **part légale des biens communs** (CC 241 II et 242 III) constitue une donation. Le droit du renonçant existe, de par la loi, déjà pendant le mariage (CC 215, 241 I, 242 II) et la renonciation enrichit directement le conjoint qui n'a plus de dette à ce titre dès le moment de la conclusion du contrat de mariage modifiant le partage légal¹⁹⁷. La détermination de la valeur de la donation se fait au moment de la liquidation du régime et les effets sont régis par le droit matrimonial¹⁹⁸. De même, l'époux qui ne demande pas l'**entretien dû** par son conjoint en vertu de CC 163 ss fait une donation à son conjoint car les montants concernés, exigibles ou non, constituent une créance qui s'éteint par la renonciation; pour l'époux débiteur, la donation s'exprime sous forme d'une remise de la dette par le conjoint créancier¹⁹⁹. Les mêmes raisonnements s'appliquent *mutatis mutandis* à l'entretien dû entre **partenaires enregistrés** (LPart 13), ainsi qu'aux droits de partage des partenaires qui ont adopté un régime comparable à celui d'époux (LPart 25). La renonciation à ses **droits dans la liquidation de leur société simple** par un **concubin** en faveur du partenaire – comme celle d'un époux ou un partenaire enregistré en faveur du conjoint – constitue également une donation²⁰⁰.

- 75a** En application des principes énoncés ci-avant, la qualification de la **renonciation par un époux à sa part à la plus-value** d'un bien du conjoint financé en partie par lui (N 8 et 40) dépend du moment de l'acte: si cette participation est exclue par contrat de mariage ou par une convention écrite, alors qu'aucune plus-value ne s'est encore produite, il s'agit d'une modification du régime matrimonial qui n'est pas qualifiée de donation. La renonciation à une plus-value existante – qu'elle soit exigible ou non – représente une remise de dette (CO 115) et donc une donation en faveur de l'époux débiteur²⁰¹.
- 76** La renonciation à son droit dans une **succession ouverte**, par l'héritier ou le légataire, représente une donation en faveur des héritiers qui en bénéficient; cela vaut également pour une renonciation aux droits découlant d'une substitution fidéicommissaire²⁰². Les droits des héritiers sont des expectatives qui n'obligent pas le futur *de cujus*. Celui-ci dispose donc librement de son patrimoine et peut faire des attributions gratuites à des bénéficiaires, successeurs ou non. Les attributions en relation avec sa propre succession sont en règle générale également des donations; p.ex. les avances sur hoirie²⁰³ et les libéralités du vivant du *de cujus* assorties d'une dispense de rapport²⁰⁴. La **liquidation anticipée de droits héréditaires** représente également, pour le *de cujus*, une donation, non l'exécution d'un devoir qui lui incombe.

197 CC 216 II et 241 constituent des lois spéciales quant à la forme (ATF 137 III 113, c. 4.2.3) et aux effets de l'attribution faite au conjoint par ce biais; cf. CO 243 N 3 et CO 245 N 49.

198 BSK-VOGT/VÖGT, N 8, 33 et 39; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1351.

199 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 513 ss, 1351 et réf. citées.

200 TF, 4C.302/2006, RNR 2008 186. La relation entre concubins n'est, toutefois, pas nécessairement celle d'une société simple; sa qualification dépend de la volonté des parties, de leur situation concrète et du contenu du contrat; cf. PAPAUX VAN DELDEN, Concubinage, 864 ss.

201 Cf. CC 239, renvoyant à CC 206, pour la communauté de biens. La renonciation qui porte sur le remboursement de la totalité ou d'une partie des fonds mis à disposition du conjoint est toujours une donation; pour les variations envisageables et les exigences de forme, cf. ATF 141 III 53, c. 5; CR CC I-STEINAUER, CC 206 N 5 et 15; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1202 ss, 1210.

202 TF, 5A_894/2017, c. 5; dans cet arrêt seule l'applicabilité de CC 527 (4) est discutée, mais qui présuppose une attribution gratuite, ici sous la forme d'une donation au sens de CO 239.

203 STEINAUER, Successions, N 152, 157, 620; GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 210 (223 s.); nuancé: TERCIER/BIERI/CARRON, N 1501; *contra*: ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 16; BK-BECKER, N 8. Cf. ég. N 38.

204 STICHER, 174, dans la discussion de TF, 5A_802/2014.

Le **pacte successoral** étant une disposition pour cause de mort, le disposant préserve le droit de propriété sur ses biens et en dispose librement par donation (CC 494 II). Les donations valables le restent, en principe, mais elles peuvent être attaquées dans la mesure où elles sont inconciliables avec les engagements résultant du pacte (CC 494 III 1); le pacte peut réserver la pleine liberté à ce sujet du donateur (CC 494 III 2)²⁰⁵. 77

Toutefois, les donations et les autres libéralités entre vifs sont en règle générale sujettes **au rapport et à la réduction successoraux** (CC 626, 475 s., 527, en lien, le cas échéant, avec CC 216 II et 241 III) qui constituent des régimes particuliers de la prise en compte, dans la succession, d'attributions du *de cuius* de son vivant²⁰⁶. Voir aussi CO 245 N 59. 78

C. Les libéralités en exécution d'un devoir moral (CO 239 III)

Les devoirs visés sont ceux qui s'imposent ou que le donateur ressent comme tels pour des raisons **morales et éthiques**²⁰⁷. 79

Le devoir moral, initialement imparfait, devient un **devoir juridique** de par la promesse de l'honorer²⁰⁸ ou de par son exécution. Néanmoins, CO 239 III exclut l'application des règles sur la donation à ces libéralités pour inciter, par un minimum d'exigences (formelles), à l'exécution de ces obligations et pour empêcher toute révocation. Une **interprétation restrictive** du terme «devoir moral» et une appréciation stricte de la volonté de s'engager du donateur s'imposent par rapport à ces donations, d'une part, pour ne pas trop réduire le champ d'application de CO 239 ss et, d'autre part, pour protéger en particulier le donateur contre les risques de tels engagements²⁰⁹. Il n'est pas exclu que la constitution d'une assurance-vie en faveur du conjoint relève de l'accomplissement d'un devoir moral²¹⁰. Des auteurs regrettent cependant que ces libéralités ne soient pas soumises aux exigences de forme du contrat de donation²¹¹. Il s'agit néanmoins d'attributions au sens de CC 198 (2) qui rentrent dans les biens propres de donataires mariés sous le régime de la participation aux acquêts et peuvent donner lieu à une réunion matri- 80

205 L'al. 3 du futur CC 494, reformulé dans le texte voté dans le cadre de la réforme du droit successoral, clarifie le texte légal et élargit sa portée des seules donations aux libéralités entre vifs; cf. Message Successions, 5929 s. Pour la discussion sur l'actuel CC 494 III, cf. TF, 5A_172/2017, c. 3.3; ATF 140 III 193, c. 2.1 et 2.2; TF, 5C.71/2001, c. 3a et b, successio 2008 208. Critiques: HRUBESCH, et WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 911. Ces jurisprudences, en particulier l'ATF 140 III 193, et la doctrine doivent être lues à la lumière du droit nouveau.

206 ATF 121 III 249, c. 2c, JdT 1997 I 152. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1502; STEINAUER, JDS 2018, avec des détails sur le montant à prendre en compte N 37 ss; WINISTÖRFER, Teil 3 et 4, not. 151; EITEL, Berücksichtigung, § 8 I N 21 ss, § 9 et § 30 N 21; voir § 33 ss concernant CC 527 I 1 qui pose des problèmes d'interprétation particulièrement délicats, également en relation avec CO 239 III. Cf. ATF 145 III 1, c. 3; ATF 126 III 171, c. 3b, JdT 2001 I 554; TF, 5D_22/2015, c. 3; TF, 5A_6295, c. 8.1 et ATF 120 II 417, c. 3 et 4, au sujet de la rédaction d'un contrat comportant donation mixte.

207 Cf. KUKO OR-LINIGER/TRIEBOLD, N 15 s., et SPECKER, pour des exemples et le détail de l'application de CO 239 III. Pour le détail sur la genèse de cette disposition, cf. PIOTET P., Libéralité, 211 ss.

208 ATF 53 II 199; WINISTÖRFER, 48.

209 Dans ce sens, BSK-VOGT/VOGT, N 35.

210 ATF 116 II 243, c. 4b, JdT 192 I 130.

211 VON TUHR, II; CAVIN, 186. Voir en particulier EITEL, Berücksichtigung, 13 ss, 25, avec une discussion des opinions des auteurs suisses et des droits français et allemand, ainsi que § 9 au sujet du rapport successoral de telles attributions.

moniale selon CC 208, respectivement au rapport et à la réduction successorales au sens de CC 626, 475 et 527²¹².

- 81** La donation faite en **exécution d'un devoir moral** peut consister p.ex. en des contributions à l'entretien de l'enfant du conjoint, d'un enfant non reconnu ou d'un enfant adultérin²¹³. La rémunération d'une prestation ou d'un service qui ne doit pas être rémunérée peut être effectuée en exécution d'un devoir moral (CO 239 III) ou constituer une donation ordinaire (N 17).
- 82** Ne sont **pas des libéralités faites en exécution d'un devoir moral**:
- l'exécution d'un devoir d'entretien imposé par CC 163 ss, 276 ss et 328²¹⁴,
 - l'attribution du bénéfice de l'union conjugale au conjoint survivant (CC 216 II)²¹⁵,
 - les pourboires qui représentent une partie du salaire ou une rémunération de service²¹⁶,
 - les attributions inspirées par l'amour d'autrui et la charité²¹⁷,
 - les cadeaux d'usage²¹⁸.
- Il paraît difficile, de nos jours, de qualifier la dot de devoir moral²¹⁹.
- 83** Les donations accomplies en exécution d'un devoir moral qui lèsent les droits des créanciers du donateur peuvent faire l'objet d'une **action révocatoire** (LP 286, LCA 82)²²⁰. Le **droit fiscal** connaît ses propres délimitations (voir aussi N 62)²²¹.
- 84** La donation en accomplissement d'un devoir moral est, pour la jurisprudence et la majorité de la doctrine, sujette aux **rapports et réunions/réductions matrimoniale et successorales** (N 78)²²².

VII. Droit international privé et droit comparé

- 85** Les parties peuvent choisir le droit applicable à la donation au moyen d'une **professio iuris** (LDIP 116 I). Ce choix n'est, en règle générale, pas soumis à une exigence de forme pour les biens mobiliers et peut aussi être fait par acte concluant, p.ex. par le fait que les

212 TF, 5A_323/2019, c. 5.4; ATF 138 III 689, c. 3.3.1. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 927, 1320. Pour les réf. au sujet des rapports et réunions, cf. N 78.

213 Cf. 138 III 689, c. 3.3.3 s., JdT 2013 II 261, niant une obligation morale dans ce cas avec une motivation qui peut surprendre au c. 3.3.4. Dans ce sens aussi BSK-VOGT/VOGT, N 36b, qui considèrent d'ailleurs l'entretien d'un enfant adultérin et l'obligation de soutenir des membres de la parenté orphelins comme des obligations sujettes à exécution (N 36); BADDELEY/LEUBA.

214 CAVIN, 186.

215 Selon ATF 116 II 243, c. 4, cette attribution serait à traiter comme une donation ordinaire, même s'il s'agissait de l'exécution d'un devoir moral, afin qu'elle puisse éventuellement être réduite.

216 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1501; BSK-VOGT/VOGT, N 28.

217 Il s'agit de donations ordinaires, cf. SPECKER, 83.

218 SPECKER, 82. *Contra*: PIOTET P., Libéralité, 201.

219 Voir toutefois SPECKER, 84, avec références à une jurisprudence zurichoise, les deux datant de la première moitié du siècle dernier.

220 ENGEL, Contrats, 112; *contra*: SPECKER, 82. Cf. aussi AMONN/WALTHER, § 52 N 11 ss.

221 Cf. OEHRLI, 72 ss.

222 ATF 121 III 249, c. 2c, JdT 1997 I 152; ATF 116 II 243, c. 2, JdT 1992 I 130. WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, N 1964; STEINAUER, Successions, N 179; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 927, 1309 ss; WINISTÖRFER, 149 s.; restrictif: EITEL, Berücksichtigung, § 9 I, 147 ss; *contra*: SPECKER, 81 s. Pour un aperçu récapitulatif: EITEL, Berücksichtigung, § 31, not. N 23.

représentants des parties se soient référés au droit suisse sans plus de formalités²²³. Restent réservées les dispositions légales impératives en matière immobilière (LDIP 119 I et III, pour la donation d'immeubles sis en Suisse LDIP 119 I et II, et pour la forme CO 243 III, ainsi que les dispositions de droit public, en particulier sur l'acquisition d'immeubles par des étrangers et la LDFR, LDIP 18). A défaut du choix du droit applicable, le principe général valable pour les contrats bilatéraux s'applique: la donation est soumise au **droit du domicile ou de la résidence habituelle** du débiteur de la prestation caractéristique, à savoir **du donateur** (LDIP 117 II)²²⁴. Voir aussi LDIP 145 pour la cession de créances²²⁵. La détermination de la *lex actus* peut poser problème dans le cas de donations entre absents, résidents d'états différents²²⁶. Le trust de droit étranger pose des questions particulières par rapport aux CLH-Trust 4 et 15²²⁷, en lien avec l'éventuelle application du droit successoral suisse²²⁸.

Pour la capacité de donner, cf. CO 240 N 9; pour la capacité de recevoir, cf. CO 241 N 8; pour les exigences, moins sévères, en matière de forme (LDIP 124), cf. CO 242 N 4; pour la qualification d'une donation comme acte pour cause de mort, cf. CO 245 N 50 ss; pour la forme d'une stipulation pour autrui qui constitue une donation pour cause de mort, cf. CO 245 N 62; pour les révocations et restitutions de la donation, cf. CO 251 N 37.

Droit comparé: La donation est réglée de manière spécifique dans les pays de tradition civiliste, bien que la notion et la nature juridique de la donation soient diverses²²⁹. Les dispositions spécifiques sur la donation sont²³⁰:

- en droit **allemand**, § 516-534 BGB, complétés par § 1425 et 1477 en matière de régimes matrimoniaux, et § 1803 par rapport à l'administration de la fortune du pupille en cas de donation;
- en droit **autrichien**, § 938-955 ABGB;
- en droit **italien**, CCit. 769-809;
- en droit **espagnol**, CCesp. 618-656, 1136-1343 (donations en vue du mariage);
- en droit **français**, CCfr. 893-911 et 931-966 régissant les donations entre vifs et les libéralités pour cause de mort; ces dispositions sont complétées par de très nombreuses autres règles au sujet notamment du «contrat de bienfaisance» (CCfr. 1105), de la charge de transmettre une donation à tiers (CCfr. 1048)²³¹. La réforme du droit français de 2006, qui touchait au droit des successions, a intégré la possibilité des dona-

223 TF, 4A_639/2015, c. 3; ATF 136 III 142, c. 3.2. Voir aussi Cf. TF, 5P.56/1999, c. 4a) et 4aa), non publié dans ATF 126 I 95, au sujet d'une succession soumise au droit français, d'une personne domiciliée en Suisse et qui avait constituée une fondation liechtensteinoise et ses attributions.

224 Pour des détails, BSK-Vogt/Vogt, N 48 et 50.

225 ATF 136 III 142, c. 3.2; ATF 110 II 156, c. 2b et c; BUCHER/BONOMI, N 1020 ss, et N 1216 ss pour la cession de créances; BSK-Vogt/Vogt, N 48 ss.

226 ATF 110 II 156, c. 2.d.

227 Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, La Haye 1.7.1985, entrée en vigueur pour la Suisse le 1.7.2007 (RS 0.221.371).

228 HERZOG, N 235 ss, 273 ss, 350 ss; BSK-Vogt/Vogt, N 51.

229 Voir HYLAND, 575 ss, sur la difficulté, dans tous les ordres juridiques, de trouver une place adéquate pour la donation dans le système légal, 578, pour une description de la place de la donation dans divers ordres juridiques, et 586 ss, pour les solutions hors du droit des contrats. Voir aussi MAISSEN, N 11 ss et les ouvrages de droit comparé cité dans la bibliographie.

230 Dans leurs versions de septembre 2020. Voir aussi HYLAND, 353 ss.

231 Voir aussi TF, 5P.56/1999, c. 4a) et 4aa), non publié dans ATF 126 I 95, au sujet d'une succession soumise au droit français, non, comme le voulait une des parties, au droit liechtensteinois.

tions-partages, une dérogation importante à la traditionnelle prohibition des pactes sur successions futures²³².

- 88 La **définition** de la donation peut être nettement plus étendue dans d'autres ordres juridiques, p.ex. en droit autrichien, qu'en droit suisse²³³. **La forme (exigée) et la portée des engagements des parties** varient également considérablement. Ainsi, sous la forme de la donation exécutée immédiatement, la donation selon le droit des États-Unis d'Amérique est comparable à la donation manuelle en droit suisse. En revanche, contrairement à ce qui vaut pour la promesse de donner en droit suisse, la promesse de faire une donation est dans la règle une promesse qui, faute d'engagement juridiquement pertinent du donateur, ne lie pas ce dernier (*unrelied-upon donative promise without consideration*), dépourvue de *consideration* et ne donnant pas le droit à l'action en exécution. Exceptionnellement, une promesse qui lie le donateur (*relied-upon donative promise*) est admise car une confiance légitime existe chez le donataire. Cette promesse donne alors un droit d'exécution. La comparaison est difficile en raison de la différence de conception des notions de causalité et de *consideration*²³⁴.

Art. 240

B. Capacité I. De disposer

¹ Toute personne ayant l'exercice des droits civils peut disposer de ses biens par donation, sauf les restrictions dérivant du régime matrimonial ou du droit des successions.

² Les biens d'un incapable ne peuvent être donnés que s'il s'agit de présents d'usage. La responsabilité du représentant légal est réservée.

³ ...

B. Persönliche Fähigkeit I. Des Schenkers

¹ Wer handlungsfähig ist, kann über sein Vermögen schenkungsweise verfügen, soweit nicht das eheliche Güterrecht oder das Erbrecht ihm Schranken auferlegen.

² Aus dem Vermögen eines Handlungsunfähigen dürfen nur übliche Gelegenheitsgeschenke ausgerichtet werden. Die Verantwortlichkeit des gesetzlichen Vertreters bleibt vorbehalten.

³ ...

B. Capacità I. Del donatore

¹ Chi ha l'esercizio dei diritti civili può disporre dei propri beni a titolo di donazione, entro i limiti che gli sono imposti dal regime dei beni matrimoniali o dal diritto successorio.

² I beni dell'incapace possono essere donati solamente per effettuare regali d'uso. È fatta salva la responsabilità del rappresentante legale.

³ ...

232 GUILLAUME/PAPEIL, 47 ss; HAAS-LEIMACHER, 64 s.

233 HYLAND, 127 ss. En droit autrichien, toutes les libéralités et attributions gratuites sont incluses dans la notion de *Schenkung*; cf. KLAMPFL, *Hinzurechnung und Anrechnung auf den Erbeil*, *Journal für Erbrecht*, Vienne/Autriche, 2017, 124, 133.

234 MAISSEN, N 15 ss, et réf. citées; cf. également aux ouvrages cités dans la bibliographie. Pour une comparaison avec les droits allemand, italien, français, belge, espagnol et des pays de la *common law*, cf. HYLAND, 317 ss.

Plan

	N
I. La capacité de donner (CO 240 I)	1
A. La capacité de donner de la personne physique	2
B. La capacité de donner de la personne morale	18
C. Représentation volontaire du donateur capable	19
II. Capacité de donner restreinte, incapacité de donner et représentation du donateur (240 II)	20
III. L'effet de l'acte selon la capacité/l'incapacité du donateur	28
IV. Droit international et comparé	38

I. La capacité de donner (CO 240 I)

La **capacité de donner** (*die Fähigkeit des Schenkers; la capacità del donatore*) peut appartenir à une personne physique (N 2 ss) ou à une personne morale (N 18)¹. **1**

A. La capacité de donner de la personne physique

Une **personne physique** a la capacité de donner (**CC 12**) lorsqu'elle **2**

- **a la capacité civile** au sens de CC 13 et 17, à savoir qu'elle est majeure, a la **capacité de discernement** et n'est pas sous curatelle de portée générale² (N 13), et
- **n'est pas restreinte** dans sa capacité civile à l'égard du bien donné ou dans sa **capacité de donner** par une curatelle³ (CC 19d; N 9 ss), par l'effet du droit matrimonial, du droit des successions ou de la Loi sur le partenariat enregistré⁴ (N 15 ss).

Il découle en premier lieu de ces règles que seule une personne **capable de discernement** au sens de CC 16, majeure ou mineure, peut faire des donations (CC 18). La capacité de discernement est, en règle générale, présumée⁵; en cas de contestation, la capacité de discernement d'un donateur s'évalue par rapport à la donation envisagée ou déjà faite (relativité de la capacité de discernement)⁶.

La capacité de donner des mineurs et des personnes sous curatelle obéit à des règles **3** revues fondamentalement dans le cadre de la réforme du droit de la tutelle. La nouvelle législation en matière de protection de l'enfant et de l'adulte, en vigueur depuis 2013, témoigne d'une approche fondamentalement différente du législateur notamment à l'égard des personnes majeures nécessitant la protection de leur personne ou leur patrimoine⁷. Le droit de la protection de l'adulte prend plus et mieux en compte les particularités de chaque situation individuelle que le droit de la tutelle antérieur. La réglementation en matière de capacité civile des personnes physiques ayant été profondément modifiée, les ju-

1 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 56 ss.

2 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 56 ss, 105 ss, 75 ss, 157 et 160.

3 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 158 ss.

4 Largement inspiré du droit du mariage, la LPart contient également des restrictions de la capacité civile et doit donc être assimilée aux législations mentionnées expressément à CO 240 I.

5 TF, 5A_325/2017, c. 6. Cf. TF, 5A_465/2019, c. 4.2, sur la présomption de l'incapacité de discernement dans le cas d'une personne durablement dans un état de faiblesse d'esprit au sens de CC 16 (démence du type Alzheimer) et le renversement de la présomption dans ce cas. ComDPA-BÜCHLER/MICHEL, CC 16, N 8.

6 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 75 s., 102 ss.

7 MEIER, DPA, N 32 ss. Voir aussi Message DPA, 6636, 6645 ss.

risprudences et les développements dans la doctrine se référant au droit de la tutelle ne peuvent pas toujours servir de références dans des cas et pour des questions qui se posent aujourd'hui. Voir la 2^e édition de ce commentaire pour la discussion du droit antérieur.

- 4 a) **La capacité de donner entière** appartient au **mineur** par rapport aux actes et biens suivants :
- Investi du pouvoir de «régler les affaires mineures se rapportant à [sa] vie quotidienne», il dispose à cet égard de la capacité civile entière et peut faire des **présents de petite valeur** sans le consentement de son représentant légal (CC 19 II)⁸. Il s'agira le plus souvent d'un présent d'usage.
 - Il dispose également de la capacité civile entière à l'égard de **son fonds professionnel et du produit de son travail** (CC 323)⁹, des **biens laissés à sa disposition** par des tiers et libérés en sa faveur de l'administration de ses parents ou de son tuteur (CC 321 I et II)¹⁰, et des biens mis à sa disposition par son représentant légal (CC 409 p.a.)¹¹. Il peut donc faire des **donations** de tels biens sans égard à leur valeur et sans devoir requérir le consentement de son représentant légal.
- 5 b) **Les personnes majeures** ont en règle générale la capacité de donner (CC 13 et 17). Des **restrictions** de leur capacité civile ou de leurs pouvoirs sur certains biens respectivement pour effectuer certains actes peuvent toutefois découler de la **législation en matière de protection de l'adulte** (CC 19d; N 6 ss, 21 ss) et de **lois spéciales** applicables aux personnes mariées et aux partenaires enregistrés et en cas de succession (N 15, 21 ss).
- 6 **Le droit de la protection de l'adulte** prévoit plusieurs types de curatelles avec ou sans effets sur la capacité civile du protégé (CC 19d), et donc sur sa capacité de donner, sauf dans les hypothèses suivantes.
- 7 Toute **personne sous curatelle** a néanmoins, comme le mineur (N 4),
- la capacité de donner qui découle de **CC 19 II**, 2^e hyp., l'habilitant de faire des **présents de peu de valeur** qui font partie des «affaires mineures» de la vie quotidienne,
 - ainsi que celle sur les **montants mis à sa libre disposition par le curateur** (CC 409)¹².

Les contrats du donateur sur ces biens sont valables sans l'autorisation ou le consentement du curateur. Contrairement aux dispositions applicables aux mineurs (N 4, 2^e tiret) cependant – et à l'ancien droit de la tutelle –, aucune disposition spécifique ne prévoit pour l'adulte sous curatelle la capacité civile générale pour disposer du produit de son activité professionnelle. Pour le permettre, la situation doit être résolue en adaptant une ou plusieurs curatelles restreintes (voir N 8 ss)¹³.

8 Message DPA, 6726. Pour la définition des affaires de la vie quotidienne, cf. STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 231, et ComDPA-BÜCHLER/MICHEL, CC 19 N 13, qui, comme les autres auteurs, ne parlent toutefois pas de donations de petite valeur en lien avec CC 19 II.

9 BSK-VOGT/VOGT, N 5; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 260 ss; détaillé: PAPAUX VAN DELDEN, 21 ss, Gestion, sur les biens libérés de l'administration et de la jouissance des père et mère; KOEPEL, 49 ss.

10 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 250 ss.

11 Le consentement du représentant est présumé dans cette hypothèse; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 249. Pour les mineurs sous tutelle, voir Message DPA, 6734, concernant CC 327, qui renvoie aux dispositions citées.

12 Message DPA, 6686; TF, 5A_844/2017, c. 5.3.2; ComDPA-HÄFELI, CC 409 N 3. Voir aussi les références n. 6.

13 Sous le droit de la tutelle, cette exception valait, avec quelques nuances, pour la personne sous tutelle ou restreinte dans sa capacité de donner (CC 414, 321 p.a., 412, 323); cf. BSK-VOGT/VOGT, N 5; KOEPEL, 49 ss.

La réglementation sous la législation sur la protection de l'adulte est complexe et la situation de chaque donateur pourvu d'un curateur doit être déterminée spécifiquement pour les donations au-delà de celles décrites au N 7. La capacité de donner du donateur potentiel dépend du **type de curatelle** (CC 390 ss) à laquelle il est soumis et, pour certaines d'elles, de la **décision concrète** de l'Autorité de protection de l'adulte (APA).

- La **curatelle d'accompagnement** n'a pas d'effet sur la capacité civile (CC 393 II) et partant, sur la capacité de donner de la personne concernée, qui reste entière¹⁴. 9
- La personne protégée par une **curatelle de coopération** doit requérir le consentement du curateur pour certains actes effectués par elle-même (CC 396)¹⁵. La décision de l'APA doit préciser les actes soumis à consentement, laissant subsister la capacité de donner de la personne protégée pour les biens qui ne sont pas concernés par cette mesure¹⁶. Pour les donations par des actes et sur les biens frappés par la mesure, la capacité du protégé est restreinte, cf. N 19. 10
- La **curatelle de représentation, que celle-ci inclue ou non la gestion du patrimoine**, peut entraîner une restriction de l'exercice des droits civils (CC 394/395)¹⁷. Il incombe à l'APA (CC 394 II) de décider d'une telle restriction et d'en préciser la portée. **En l'absence d'une telle mesure**, la capacité de donner de la personne protégée par la curatelle de représentation reste intacte malgré les pouvoirs du curateur de disposer des biens de la personne protégée (à l'exclusion de donations, cf. CC 412 I et CO 240 II)¹⁸. Dans le cadre d'une curatelle de représentation, l'APA peut aussi ordonner une **limitation de l'accès** du propriétaire à certains de ses biens (CC 395 III et IV). Cette mesure ne constitue qu'une restriction du droit de disposer du bien désigné et permet à son propriétaire de conclure un contrat de donation qu'il ne pourra toutefois pas exécuter¹⁹. Le curateur doit mettre à la disposition de la personne protégée dont tous les biens sont bloqués de cette manière des montants appropriés au sens de CC 409²⁰; ces montants peuvent faire l'objet de donations de la personne protégée. Dans tous les cas d'une **curatelle de représentation sans limitation de la capacité civile**, la personne protégée peut conclure un contrat de donation ou même, si le bien donné n'est pas frappé d'une limitation d'accès au sens de CC 395 III, donner un bien²¹. Cette situation comporte le risque non négligeable que le curateur de représentation ait disposé d'un bien visé par la mesure alors que la personne protégée ait donné le même bien. Elle doit être réglée selon les principes généraux en la matière²². Il va sans dire par ailleurs que la situation juridique d'une personne sous curatelle de représentation peut être très complexe (représentation, gestion, capacité civile, limitation d'accès) et qu'elle se complique encore davantage si cette curatelle est **combinée** avec un autre type de curatelle (N 13). Pour les actes et biens sur lesquels la personne protégée n'a pas le pouvoir de donner, voir N 20. 11

14 Message DPA, 6678 s.; MEIER, DPA, N 787 ss, 803 ss.

15 Message DPA, 6680 s.; MEIER, DPA, N 871 ss, 873; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 177 ss; SCHMID/STÖCKLI, N 824 ss.

16 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 154; MEIER, DPA, N 877. Cf. aussi Message DPA, 6677, 6680 s.

17 Message DPA, 6679 s.; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 161 s., 185 ss; MEIER, DPA, N 822 ss, 839.

18 MEIER, DPA, N 826 ss; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 145, 150, 1211 et 1211a.

19 Critique, à juste titre, par rapport à cette possibilité, ComDPA-MEIER, CC 395 N 23 ss; MEIER, DPA, N 845 ss.

20 MEIER, DPA, N 849.

21 ComDPA-MEIER, CC 394 N 24, CC 395 N 12, 15 ss, 29.

22 MEIER, DPA, N 826.

- 12 – L'incapacité civile complète se produit *ex lege* pour les **personnes sous curatelle de portée générale** (CC 398)²³. Comme indiqué au N 7, la personne protégée préserve cependant les droits énumérés à CC 19, notamment le droit de faire des donations de peu de valeur (CC 19 II, 2^e hyp.), et le droit de donner les biens mis à sa libre disposition par son curateur (CC 409).
- 13 – Les règles évoquées aux N 9 à 11 s'appliquent *mutatis mutandis* à la **curatelle combinée** qui peut comprendre les curatelles d'accompagnement, de représentation et de coopération (CC 397). Les effets de la mesure seront donc à déterminer en conséquence²⁴. La curatelle de portée générale ne peut être combinée avec un autre type de curatelle; elle est ordonnée le plus souvent pour des personnes durablement incapables de discernement et la question d'une donation par le donateur-même ne se pose pas (cf. CO 240 II, N 16 ss). Voir aussi N 21.
- 14 A noter par ailleurs, que la personne capable de discernement, soumise à une curatelle autre qu'une curatelle de portée générale peut conclure ou maintenir un **mandat de représentation ordinaire** (CO 394 ss) avec son curateur pour des actes et biens qui ne sont pas frappés par la mesure de protection²⁵. Ce pouvoir inclut celui de faire une **donation par l'intermédiaire du mandataire**. Il reste à vérifier toutefois si le curateur/mandataire ordinaire ne se trouve pas dans une situation de conflit d'intérêts.
- 15 Le **mariage** et le **partenariat enregistré** n'entraînent pas une restriction générale de la capacité civile que ce soit dans les rapports internes de ces couples ou dans leurs rapports avec des tiers (CC 168, applicable p.a. aux partenaires enregistrés)²⁶. Le **droit successoral** ne restreint pas non plus de manière générale la capacité du majeur capable de discernement de disposer pour cause de mort; son application aux donations faites du vivant du disposant peut aboutir à la réduction, partielle ou complète, de certaines ou de toutes les donations (CC 527). Pour les restrictions des droits de ces personnes sur certains biens en raison de leur état civil, cf. N 24.
- 16 La capacité civile et partant la capacité de faire des donations de l'auteur d'un **mandat pour cause d'inaptitude (Mpci)** au sens de CC 360 ss, n'est en rien réduite par la constitution de cet acte. Le mandat ne peut déployer ses effets qu'en cas d'incapacité de discernement du mandant qui éteint de toute manière la capacité de donner de la personne concernée. Pour la représentation, voir N 25.
- 17 La **libéralité du donateur à des professionnels qui lui sont proches** (médecins, avocats, assistants sociaux, gestionnaires, ...) pose des problèmes délicats du point de vue déontologique et de celui des bonnes mœurs (CO 20 I); la capacité du professionnel de recevoir de la part du donateur peut s'en trouver restreinte²⁷. Une **donation** d'une valeur

23 Message DPA, 6681 s.; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 157, 160; ComDPA-MEIER, CC 398 N 16.

24 Message DPA, 6681. Pour un exemple très complexe d'une curatelle combinée CC 394 I et II, 395 I et 396, avec l'interdiction expresse de faire, entre autres, des donations, cf. TF, 5A_844/2017, not. c. 5.

25 Cf. MEIER, DPA, N 805, 832, 873.

26 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 246, 248 s., 301 ss, 306 ss, 695 ss (participation aux acquêts), 1506 ss et 1520 ss (communauté de biens); 1616 (séparation de biens). Cf. également CO 239 N 32, 42 et 82, CO 245 N 49, 2^e tiret, CO 247 N 15. Une disposition analogue à CC 168 n'existe pas dans la LPart, mais les mêmes principes s'appliquent aux partenaires enregistrés, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 295 ss et 396 ss.

27 TF, 4A_3/2014, c. 3; ATF 136 III 142, c. 3.5; ATF 132 III 455, c. 4.1, JdT 2007I 251; CHK-SCHÖNENBERGER, CO 240 N 7; SCHMID/STÖCKLI, N 851; ABT, Probleme.

dépassant le présent d'usage faite dans le cadre de sa **pleine capacité de donner** par le mineur ou la personne sous curatelle à son tuteur ou son curateur – représentant légal ou pas du donateur – pose des questions semblables, le représentant légal bénéficiant d'un avantage patrimonial au détriment du représenté²⁸. Voir aussi CO 241, N 10 et 16.

B. La capacité de donner de la personne morale

La **personne morale** a la capacité de donner; les actes pour le faire sont du ressort de ses organes compétents (CC 54/55)²⁹. En cas de **conflit d'intérêts** entre l'organe et la personne morale, le contrat de donation n'est pas valable. Tel est le cas, p.ex. du contrat de donation conclu par le membre d'un organe au nom de la société avec, comme cocontractant, lui-même ou une autre société dont il est également membre d'un organe³⁰. L'implication du côté du donataire d'un proche du membre de l'organe de la société donatrice obéit aux mêmes règles.

18

C. Représentation volontaire du donateur capable

La donation d'une personne physique ou morale peut être effectuée, au nom et pour le compte du donateur, par son **représentant volontaire** moyennant un **pouvoir spécial** du mandataire à ce titre (CO 396 III *in fine*)³¹. L'interdiction générale de donations de biens de la personne protégée découlant de CC 304 III et CO 240 II n'est pas applicable au représentant volontaire. Pour le **mandat pour cause d'incapacité**, voir N 16 et 25.

19

II. Capacité de donner restreinte, incapacité de donner et représentation du donateur (240 II)

Les restrictions de la capacité de donner ont comme **but de protéger** le donateur ou des tiers dont les droits pourraient être lésés par une donation (conjoint, partenaire enregistré, héritiers légaux, créanciers, mandant ...). La situation en résultant du propriétaire du bien pose en règle générale les questions suivantes:

20

- 1) une donation à partir des biens dont le propriétaire ne peut pas (librement) disposer, peut-elle être faite par le propriétaire avec le **consentement du représentant légal, respectivement d'une autre personne**?, et
- 2) une donation des biens de la personne protégée peut-elle être effectuée par le **représentant légal ou volontaire**?

Les réponses, dans les situations les plus courantes, sont les suivantes:

20a

- Le mineur et la personne sous curatelle de portée générale **capables de discernement** sont dotés de la capacité civile conditionnelle (CC 19 I). Ils peuvent faire les **présents**

21

28 Cp. ATF 118 II 101, c. 6c, JdT 195 I 103, où la question du conflit d'intérêts est discutée à l'égard de l'avantage d'un acte onéreux (acceptation d'un pacte successoral) pour le représentant légal. Sur un plan général par rapport aux conflits d'intérêts, mais sans références aux donations; MEIER, DPA, N 976 ss; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 1239 ss.

29 CR CC I-XOUDIS, CC 54/55 N 1 ss. Cf. ATF 114 II 36, concernant l'organe compétent pour accepter une donation, mais les mêmes règles s'appliquent *a fortiori* pour l'organe qui décide et exécute une donation.

30 ATF 63 II 173, c. 1, JdT 1938 I 433; CR CC I-XOUDIS, CC 54/55 N 48.

31 MEIER, DPA, N 873. Pour la personne morale, la capacité de donner peut dépendre de sa forme sociale et les actes des organes, y compris la désignation d'un représentant non organe, doivent respecter sa réglementation; CR CC I-XOUDIS, CC 54/55 N 4 s., 10, 19 et 28 ss.

d'usage qui dépassent en valeur ceux relevant des « affaires mineures » au sens de CC 19 II (N 4 et 7) avec le consentement du représentant légal. Il en va de même de la personne sous une curatelle autre que de portée générale qui souhaite faire une telle donation à partir des biens frappés par la restriction de la capacité civile ou l'interdiction de disposer. Le représentant légal peut consentir à une telle donation et peut lui-même faire de telles donations au nom et pour le compte du protégé (CC 304 III, 412 I, 327c I, CO 240 II)³². La nature et l'envergure admissibles de ces libéralités doivent être définies selon les circonstances particulières du donateur (âge), sa situation patrimoniale et l'occasion à laquelle le cadeau est fait.

- 22 – Des **donations qui ne sont pas des présents d'usage** ne peuvent pas être faites valablement par le propriétaire du bien à donner si le consentement du représentant légal (parent, tuteur, curateur) est exigé, car CC 304 III, 327c I, 412 I et CO 240 II interdisent un tel consentement. Cette interdiction supprime la capacité de donner des personnes sous **curatelle de portée générale**, ainsi que des **personnes sous curatelle de coopération, de représentation et de représentation avec gestion**, ou sous une **curatelle combinée**, par rapport aux actes et biens soustraits à la libre disposition de la personne protégée. Les mêmes dispositions légales empêchent une donation par le représentant légal au moyen de biens de la personne protégée (CC 412 I, CO 240 II, 1^{ère} phr.)³³.
- 23 – Le consentement du **curateur de coopération** est exigé pour certains actes de la personne protégée. Ce consentement est interdit pour les donations d'un bien ou par un acte frappé de la mesure en vertu de CC 412 I et CO 240 II³⁴. Ce curateur n'est pas le représentant de la personne protégée et la question d'une donation au nom du protégé ne se pose pas.
- 24 – Les dispositions spécifiques du **droit matrimonial et du partenariat enregistré**, ainsi que du droit successoral, de même que des législations sur la prévoyance, de la LP et en matière de droits réels restreignent la capacité de donner du propriétaire d'un bien. Il s'agit notamment de l'**indisponibilité de certains biens** (p.ex. CC 169, 178), de la **restriction du cercle des attributaires** (p.ex. législation sur les piliers 2 et 3a de la prévoyance), de l'**exigence du consentement** du conjoint ou du partenaire enregistré aux actes de disposition en général ou aux donations en particulier (p.ex. CC 169, 178, 201, 208, 228; LPart 14, 22, 25; CO 494 I, qui vaut aussi pour les partenaires enregistrés selon son al. 4; LPP 30c V, 37 V), ou de celui du **copropriétaire** (p.ex. 201 II, 648 II, 682 I) et de la possibilité d'**une réduction ultérieure de la donation** sur demande d'une partie protégée, qui entraînera alors un devoir de restitution pour le donataire qui a déjà reçu le bien donné (p.ex. CC 208, 494 III, 476, 527 ss, LP 298)³⁵. Il peut s'agir d'une restriction de la capacité civile ou du droit de disposer du bien concerné (N 21).

32 Message DPA, 6687, 6742; MEIER, DPA, N 1063.

33 Message DPA, 6687, 6742; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, N 231, 1339, et les références citées au N 2; ComDPA-HÄFELI, CC 412 N 1.

34 MEIER, DPA, N 867 et 877; ComDPA-HÄFELI, CC 412 N 1.

35 MEIER/DE LUZE, N 112 ss. Pour le détail, voir DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 186 ss, 212 et 241, et GUICHARD, (CC 169, logement familial); DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 857 ss (CC 193, changement de régime matrimonial et protection des créanciers); DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1336; BADDELEY, Planification, 255 s. (CC 208). Cf. HRUBESCH, au sujet de la compatibilité de donations avec un pacte successoral attributif (CC 494 III). Pour la

- Le **mandat pour cause d'inaptitude (Mpci)**, par lequel une personne capable de discernement désigne un mandataire pour ses affaires patrimoniales dans l'éventualité d'une incapacité de discernement ultérieure (CC 360 ss), obéit à des règles particulières³⁶. Il s'agit d'un acte qualifié de «hybride» par la doctrine, car il présente des aspects des droits des contrats, de la protection de l'adulte et des successions³⁷. Dès sa confirmation par l'APA, le mandataire exécute ses tâches de manière indépendante, sous réserve de l'interprétation et des éventuels compléments aux instructions du mandant de la part de l'autorité (CC 364) et des instructions dans les situations visées par CC 368; les règles sur le mandat ordinaire sont d'ailleurs applicables, au moins par analogie³⁸. Vu l'importance des pouvoirs du mandataire et l'absence d'un contrôle par le mandant devenu incapable de discernement, la doctrine s'accorde à qualifier ce mandataire de représentant légal du mandant. De ce fait, en application des principes énoncés aux N 20 ss, ce mandataire ne peut pas faire des donations de biens du mandant, à l'exception des **présents d'usage** (CO 240 II)³⁹. Cette position de la doctrine doit être approuvée pour toute donation que le mandataire ferait sans instructions spécifique du mandant, dans le cadre général de ses activités. Elle contrevient toutefois à l'idée d'auto-détermination à la base de cet instrument lorsque le mandat prévoit expressément des donations et les détails nécessaires à leur exécution (bénéficiaires désignés, moment ou périodicité précisé, montant déterminé ou déterminable). Si de telles libéralités ne mettent pas en danger l'existence matérielle et le niveau de vie du mandant, la donation devrait, à notre avis, pouvoir être effectuée valablement par le mandataire. La protection nécessaire de la personne devenue incapable reste néanmoins assurée au besoin par le pouvoir de l'APA de modifier le Mpci afin de réduire ou d'interdire ces donations (CC 363 II 4, 368)⁴⁰. Par ailleurs, le droit de révocation de la donation selon CO 249/250 est alors applicable. Voir aussi N 16 et 37.

Le **conjoint d'une personne devenue incapable de discernement** dispose de certains pouvoirs énumérés dans CC 374. Ces pouvoirs n'englobent pas des donations, même s'il s'agit de présents d'usage⁴¹.

Ne sont **pas concernés** par l'interdiction de donner découlant de CO 240 II, car soumis à un régime propre:

- les attributions pour cause de mort de la personne protégée (CC 467 s., pactes)⁴², sous réserve des donations au sens de CO 245 II,
- les libéralités qui ne sont pas qualifiées de donations, notamment les libéralités faites en vertu d'un devoir moral (CO 239 III)⁴³,
- le don d'organes et de matériel génétique⁴⁴.

restriction du pouvoir de disposer découlant de LP 298, cf. CR LP-GANI, LP 298 N 9 ss. Voir aussi LP 291.

36 Message DPA, 6659 ss. Pour les aspects de droit international privé, cf. ComDPA-GEISER, Rem. prel. aux art. 360-369 N 8 ss.

37 MEIER, DPA, N 375 ss; voir aussi ComDPA-GEISER, CC 363 N 1 et CC 365 N 4.

38 ComDPA-GEISER, CC 364 N 11 et CC 365 N 4 s., 16; MEIER, DPA, N 438 ss.

39 ComDPA-GEISER, CC 365 N 12 ss, 15; MEIER, DPA, N 442, avec les références à la doctrine largement majoritaire dans ce sens; *contra*: ZK-BOENTE, CC 365 N 97.

40 Cf. aussi BOENTE (n. 37), qui souligne l'*Eigenverantwortung der vorsorgenden Person*.

41 Dans ce sens, ComDPA-LEUBA, CC 374 N 40 ss et 51 ss.

42 KOEPEL, 145 ss.

43 KOEPEL, 126; SPECKER, 90.

44 Cf. notamment la Loi sur la transplantation (RS 810.21) et ses ordonnances, ainsi que la Loi sur la Procréation médicalement assistée (RS 810.11), et l'ordonnance.

III. L'effet de l'acte selon la capacité/l'incapacité du donateur

- 28 La donation faite par un **donateur qui dispose de la capacité de donner entière** est pleinement valable et oblige les parties dès la conclusion du contrat; cf. CO 239 N 66. Il peut s'agir de mineurs ou de personnes majeures restreintes dans leur capacité civile; cf. N 4, 7, 8 ss.
- 29 En cas de **restriction de la capacité de donner** du propriétaire du bien, les principes suivants s'appliquent:
- 30 Le **consentement du représentant légal** – ou l'autorisation d'une autre personne (conjoint, juge; cf. N 24 et 31) – nécessaire pour parfaire l'acte du donateur peut intervenir avant, concurremment avec ou après l'acte⁴⁵. Sauf disposition légale contraire, ce consentement n'est soumis à aucune forme particulière et peut être exprès ou tacite⁴⁶. La donation est **valablement conclue** et les parties sont pleinement engagées immédiatement si le consentement existe au moment de la conclusion de l'acte (CC 19a). Si tel n'est pas le cas, l'acte est boiteux jusqu'à la décision du représentant légal: avec le consentement de ce dernier, l'acte devient **pleinement valable** avec effet rétroactif au jour de la signature (CC 19a), alors que sans ce consentement, la donation est **nulle** (CC 19b)⁴⁷. Pour les effets de la nullité, cf. N 32, ainsi que CO 239 N 66.
- 31 L'aliénation du **logement familial** (CC 16) et du **logement commun** (LPart 14) exige le consentement du conjoint du donateur ou l'autorisation de l'acte par le juge⁴⁸. Il est douteux que le juge, en l'absence d'un consentement du conjoint autorise une donation de ce bien qui est en règle générale essentiel pour le donateur et sa famille. Dans certains cas, la loi exige que le consentement existe au plus tard au moment de l'acte et une ratification est ainsi exclue, p.ex. pour un cautionnement par une personne mariée, non séparée judiciairement (CO 494)⁴⁹ et aussi pour les actes immobiliers (ORF 48).
- 32 La **nullité** des donations interdites au mineur ou à une personne sous curatelle (cf. N 21 ss) déploie ses effets *ex tunc*⁵⁰. Le tiers de bonne foi n'est pas protégé⁵¹. Le donataire doit restitution des prestations éventuellement déjà faites par le donateur ou de son enrichissement illégitime (CC 19b)⁵². Il en va de même des mêmes donations faites, aux dépens des biens du protégé, par le **représentant légal** (CC 412 I, CO 240 II)⁵³. La donation par le représentant légal ne peut être guérie ni par le consentement de la personne

45 MEIER, DPA, N 875.

46 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 233 s.

47 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 174 ss (CC 169, LPart 14, Co 266m), 224 ss (consentement), 239 ss (ratification). L'exigence du consentement supplémentaire de l'APA (CC 416) ne devrait pas s'appliquer, car seul le curateur de coopération pourrait consentir à une donation par la personne protégée et ce curateur n'a pas la qualité de représentant légal; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 179, 1213.

48 DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 226 ss, 229.

49 CO 494 N 4.

50 ATF 69 II 65, c. 2, JdT 1943 I 418; ATF 63 II 129, c. 1; BSK ZGB I-AFFOLTER, CC 412 N 9, avec références à la doctrine controversée sur l'effet de nullité ou d'invalidité de la donation (question laissée ouverte dans TF, 5A_101/2014, c. 3); STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 1213; ENGEL, Contrats, 111.

51 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 231, 243 ss.

52 Voir STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 243 ss, concernant CC 19b qui prévoit un régime moins sévère que CO 62 ss pour le donataire privé de l'exercice des droits civils.

53 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 1213.

protégée capable de discernement, ni par l'APA, et engage par ailleurs la responsabilité de ce dernier pour le dommage causé⁵⁴.

Cette interdiction frappe les **donations manuelles** et les **promesses de donner**. La promesse de donner conclue valablement par le donateur avant d'être mis sous une curatelle restreignant sa capacité de donner **reste valable et peut être exécutée**, sous réserve de CO 250/251⁵⁵. **33**

CC 412 I et CO 240 II s'appliquent également aux donations faites sous **condition** ou grevées de **charges en faveur de la personne protégée**. Dans les cas où la charge représente une valeur qui, dans le résultat, augmente le patrimoine du donataire, il n'y a en réalité pas de donation au sens de CO 239, mais un contrat bilatéral et onéreux (p.ex. une vente avec, comme contre-prestation, une rente viagère)⁵⁶. Les **donations mixtes** obéissent aux mêmes règles. **34**

Les donations faites en violation d'autres dispositions légales que CC 412 I et CO 240 II sont soit **nulles** (p.ex. CC 169), soit **annulables** (p.ex. CC 494 III), ou encore valables, mais **non exécutoires** (p.ex. CC 178; cf. CO 239 N 42) ou **réductibles** (p.ex. CC 208 et 475 s., 527). **35**

En matière fiscale, l'aliénation d'un élément de la **fortune commerciale appartenant à une personne physique** peut être considérée comme incompatible avec le but d'une entreprise; pour faire l'objet d'une donation, la valeur ou le bien concerné doit passer préalablement dans la fortune privée du donateur et propriétaire de l'entreprise⁵⁷. **36**

La donation est susceptible de la **représentation volontaire** moyennant un **pouvoir spécial** du mandataire à ce titre (CO 396 III⁵⁸). La donation effectuée par ce représentant est valable et déploie ses effets selon les règles ordinaires. La donation faite par le mandataire dans le cadre d'un MpcI peut être valable (N 24); les règles ordinaires s'appliquent dans ce cas, comme dans celui de la nullité. **37**

IV. Droit international et comparé

Du point de vue du **droit international privé**, la capacité civile du donateur s'apprécie selon le droit de son domicile (LDIP 35) ou, éventuellement, selon le droit de l'État sur le territoire duquel l'acte a été passé (LDIP 36)⁵⁹. **38**

54 Sur la base de CC 454 ss pour les représentants nommés par l'APA et de CO 41 ss pour les parents. CHK-SCHÖNENBERGER, CO 240 N 4; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 1208, 1246 s., 1348; pour la responsabilité primaire du canton, N 1299 ss.

55 TC FR, RSJ 1993 180, c. 3; KOEPEL, 138 ss.

56 Voir également KOEPEL, 144 s., qui toutefois parle de donation aussi dans cette hypothèse.

57 TF, 2C_1055/2019, c. 2.1; TF, 2C_164/2009 et 2C_165/2009, c. 5.4, 6 s., RDAF 2009 531. Voir aussi TF, 2C_1081/2013 et 2C_1164/2013, c. 5.4, avec références à des publications de YERSIN et ARNOLD, au sujet de la distinction entre fortune commerciale, activité indépendante et gestion de la fortune privée.

58 La modification de CO 396 III à l'entrée en vigueur du CPC, le 1.1.2011, n'a pas touché à cette exigence.

59 ATF 110 II 156, c. 3 (les solutions de l'ancienne LRDC et de l'actuelle LDIP à cet égard sont identiques); BK-VOGT, N 8. Pour la compétence internationale des autorités suisses en matière de protection des mineurs et adultes (LDIP 85, avec référence à la Convention de la Haye 1996), cf. MEIER, DPA, N 342 ss, et ComDPA-GUILLAUME, LDIP 85. La fiscalité de donations dans un contexte international peut être régie par une convention de double-imposition; cf. Kendris Jahrbuch, 119 ss. Le rattachement de LDIP 35 s'applique également aux concepts préjudi-

- 39 Dans les **ordres juridiques étrangers comparables**, la capacité de donner est en règle générale liée à la capacité civile, avec des restrictions pour les mineurs et les personnes nécessitant une protection juridique. Le concept de la capacité civile peut varier par rapport à celui du droit suisse⁶⁰. Les donations à partir du patrimoine d'une personne protégée sont généralement prohibés, à l'exception parfois de ce qui revient au présent d'usage⁶¹.

Art. 241

II. De recevoir

¹ Une personne privée de l'exercice des droits civils peut accepter une donation et acquérir de ce chef, si elle est capable de discernement.

² Toutefois, la donation est non avenue ou révoquée dès que le représentant légal défend de l'accepter ou ordonne la restitution.

II. Des Beschenkten

¹ Eine Schenkung entgegennehmen und rechtsgültig erwerben kann auch ein Handlungsunfähiger, wenn er urteilsfähig ist.

² Die Schenkung ist jedoch nicht erworben oder wird aufgehoben, wenn der gesetzliche Vertreter deren Annahme untersagt oder die Rückleistung anordnet.

II. Del donatario

¹ Anche colui che non ha l'esercizio dei diritti civili può accettare ed acquistare validamente una donazione, purché sia capace di discernimento.

² La donazione non è però acquisita o viene annullata, se il rappresentante legale si oppone all'accettazione od ordina la restituzione.

Plan

	N
I. Généralités – la capacité de devenir donataire	1
II. L'acceptation de la donation par le donataire capable de discernement	10
III. L'acceptation de la donation pour l'incapable de discernement (CO 241 I)	17
IV. Le droit de refus ou de révocation du représentant légal du donataire (CO 241 II)	21
V. Droit international privé et droit comparé	27

I. Généralités – la capacité de devenir donataire

- 1 Toute personne physique et morale a la jouissance des droits civils (CC 11) dont fait partie la capacité de recevoir des attributions gratuites¹. Cette capacité ne dépend pas de la capacité de discernement et appartient donc à toute personne physique vivante et à

ciels de la capacité civile (majorité, capacité de discernement), sauf disposition légale spécifique (p.ex. LDIP 45 s., 85, 94); CR LDIP-UCHER, LDIP 35 N 2. Ce rattachement ne change pas en cas de changement de domicile; le droit applicable à la capacité civile passive, en revanche, peut se modifier en cas de perte de la capacité civile (cf. CO 241); DUTOIT, LDIP 35 N 4.

60 Cf. HYLAND, 222 ss. Voir aussi Kendris Jahrbuch, 167 ss, pour l'impôt sur les donations dans certains pays européens, en Chine et aux États-Unis, 167 ss.

61 Cf. HYLAND, 221, 223 s., pour les restrictions de la capacité civile des personnes mariées, en France, Belgique, Allemagne et dans les systèmes de la *common law*, 228 ss, et la capacité de donner des personnes morales de droit public ou de droit privé, 231 ss.

1 MEIER, DPA, N 707.

l'enfant en gestation (*nasciturus*), en application de CC 31. Ce principe fondamental doit guider la lecture de CO 241. Car si, selon sa note marginale, cette disposition concerne la **capacité de recevoir du donataire** (*die Fähigkeit des Beschenkten; la capacità del donatario*), elle ne traite en fait qu'un aspect particulier de la capacité de donner passive, à savoir la **capacité du donataire privé de l'exercice des droits civils d'acquérir une donation par ses propres actes**². Cette capacité doit être distinguée de la capacité de devenir titulaire des droits conférés par la donation.

Les textes allemand et italien de CO 241 I sont plus clairs à l'égard de la portée de cette disposition, par les termes «*auch*» et «*anche*» que le texte français. Lors des **débats aux Chambres** aussi, le rapporteur de langue allemande a traité les hypothèses de l'incapable et du capable de discernement, soulignant d'emblée la possibilité de la représentation pour l'enfant mineur (*unmündige Kind*), alors que le rapporteur de langue française s'est contenté d'évoquer l'hypothèse de l'art. 1283 du projet (actuel CO 241) en constatant que «pour recevoir, il est nécessaire et il suffit que le donataire soit capable de discernement»³. Nier aux personnes civilement incapables la capacité de devenir donataires aboutirait au résultat absurde d'invalider une partie importante des donations, à savoir celles faites aux enfants encore incapables de discernement. CO 241 ne peut donc que concerner la capacité de conclure le contrat de donation et, par rapport à cette question, ne constituer qu'une *lex specialis* pour l'hypothèse visée, ce qui est confirmé par l'al. 2 de CO 241; elle n'exclut pas la capacité de devenir donataire des catégories de personnes non mentionnées, en particulier des incapables de discernement.

Pour recevoir une donation et donc acquérir la qualité de donataire, il suffit que la **personne physique** ait la jouissance des droits civils (CC 11)⁴. Ni la capacité de discernement, ni la capacité civile active du donataire n'est exigée. La **personne morale** peut recevoir des donations dès qu'elle acquiert la capacité civile, soit dès qu'elle est valablement constituée et possède les organes exigés par la loi (CC 52 s.).

En revanche, pour pouvoir **conclure le contrat de donation**, le donataire doit avoir la **capacité de discernement** (CC 13, 18). Il peut être majeur, soumis ou non à des restrictions de sa capacité civile, ou mineur (CC 241 I, 19 II; N 10 ss). La donation peut également être acceptée par le représentant légal ou volontaire du donataire capable de discernement. En revanche, la donation en faveur d'un **donataire incapable de discernement** ne peut être acceptée valablement que par le représentant légal de l'incapable (CC 304, 327b et c, 19c II).

CO 241 traite spécifiquement l'hypothèses du donataire personne physique privé du plein exercice des droits civils, mais capable de discernement. Cette disposition confirme les **principes ordinaires en la matière** qui régissent également la capacité de devenir donataires respectivement celle de conclure le contrat de donation au titre de donataire des personnes physiques ayant la pleine capacité civile et, indirectement, celles des incapables de discernement (N 10 ss). Pour les personnes morales, cf. N 7.

Sauf exception selon CC 16, la **capacité de discernement** est présumée. C'est donc à celui qui invoque l'incapacité de discernement de la prouver⁵. La capacité de discernement

2 Cette remarque vaut pour les trois versions linguistiques.

3 Pour les rapports au CN, cf. Bull. Stén. CN 16, 1906, 1237 et 1243.

4 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 38; BUCHER A., N 21 ss.

5 Sur la preuve de la capacité de discernement et le rôle du juge, cf. STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 102 ss; BUCHER A., N 80 ss.

s'apprécie concrètement par rapport à la donation en cause⁶. Les exigences sont peu sévères à l'égard de la capacité de la personne qui reçoit à titre purement gratuit; le caractère gratuit de l'acte, par contre, doit être apprécié avec rigueur⁷.

- 7 La **personne morale** devient donataire par l'**acceptation de la donation par l'organe compétent**. Sa volonté de recevoir une donation s'exprime par ses organes personnes physiques (*Organsperson*) ou un représentant volontaire dûment mandaté (CC 54 s., 32 ss)⁸. En cas de conflit des intérêts de la personne morale avec ceux de la personne organe (*Organsperson*), celle-ci ne peut intervenir dans la conclusion de l'acte. Il y a conflit d'intérêts notamment en présence d'intérêts propres de cette personne ou de l'un de ses proches. Fait éventuellement exception la situation où la personne organe est donatrice et la personne morale donataire, pour autant que l'acte soit véritablement gratuit. Voir aussi CO 240 N 18. En revanche, la personne physique organe à la fois du donateur et du donataire ne peut représenter les deux⁹.
- 8 Ces principes s'appliquent aux donations manuelles et aux promesses de donner¹⁰.
- 9 De manière générale, la **donation par des professionnels proches du donateur** (médecins, avocats, gestionnaires, ...) peut poser des problèmes délicats du point de vue déontologique et de celui des bonnes mœurs, car elle peut créer un état de dépendance¹¹.

II. L'acceptation de la donation par le donataire capable de discernement

- 10 Selon CC 12 et 13, le **majeur capable de discernement** dont la capacité civile n'est pas affectée par une mesure de protection de l'adulte peut valablement **accepter** des donations (N 4 s.). Il peut aussi se faire représenter par un **mandataire** nommé par lui. L'acceptation par un proche du donateur d'une libéralité de ce dernier pose néanmoins des questions déontologiques délicates; si le proche est par ailleurs représentant légal du donateur, l'Autorité de protection de l'enfant (APE) ou l'Autorité de protection de l'adulte

6 BUCHER A., N 57 ss, 69 ss; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, N 89 ss.

7 La capacité de discernement du donataire n'est que rarement mise en doute devant la justice, cf. TF, 5A_743/2009, c.2.3; BSK-VOGT/VOGT, N 2; CHK-SCHÖNENBERGER, CO 241 N 1; MAISSEN, N 269.

8 ATF 114 II 36, c. 3, JdT 1989 I 156 (organe compétent); CHK-SCHÖNENBERGER, N 1; MAISSEN, N 269. La législation de droit public régit les donations aux collectivités publiques; cf. ATF 133 III 421, c. 2.1.

9 Ce sont les conclusions qu'il convient de tirer de l'ATF 63 II 173, c. 1, JdT 1938 I 433 qui traite de contrats entre des personnes morales représentées par la même personne physique en tant qu'organe des deux sociétés contractantes, soit d'un cas de représentation double, *Doppelvertretung*, qui aboutit à la conclusion d'un contrat par une partie avec elle-même, *Selbstkontrahieren*. De l'exception évoquée dans cet arrêt, il faut déduire, à notre sens, que si une personne physique agit, en tant qu'organe, pour deux personnes morales qui sont donateur et donataire, la représentation du donataire ne pose pas de problème, alors que la personne morale donateur doit être représentée par une autre personne habilitée; la situation est la même si une personne morale conclut un contrat de donation avec son organe au nom propre de ce dernier: cette personne peut représenter valablement la personne morale si celle-ci est donataire, mais non dans l'hypothèse inverse. Au sujet de la validité de tels contrats, cf. ATF 126 III 361, c. 3.

10 Spécifiquement par rapport à CO 241: MEIER, Dérégations, 123; MAISSEN, N 268.

11 Voir aussi CO 240 N 17; le problème de la dépendance du donateur des services et des bons sentiments du donataire est naturellement plus important à vérifier dans le cadre de donations aux personnes de confiance.

(APA) doit approuver le contrat (CC 416 III, CC 327c; voir aussi N 16 pour le cas inverse).

Le mineur et le majeur privé de l'exercice de ses droits civils par une curatelle¹² 11
peuvent accepter une donation manuelle ou une promesse de donner – et devenir ainsi donataires – sans le concours du représentant légal à deux conditions découlant de CC 19 II, 305 I et 407, et CO 241 I: le donataire doit être **capable de discernement** (N 4 et 6) et la donation doit être **purement gratuite** pour le donataire (N 12 s.). Les éventuelles mesures de protection de l'adulte peuvent restreindre la capacité de donner active, mais n'entament pas la capacité d'acquérir à titre purement gratuit (CC 19 II); CO 241 II devrait suffire pour protéger ces personnes si malgré sa gratuité, la donation devait se révéler désavantageuse pour le donataire (N 21 ss). Dans ces cas, l'autorisation de l'APE ou celle de l'APA n'est pas non plus exigée; voir toutefois N 16.

Constituent des **«acquisitions à titre purement gratuite»** visées par CC 19 II la donation sans aucune contre-prestation du donataire, de même que le pacte successoral attributif (CC 494) qui ne comporte aucune obligation pour le donataire¹³. La doctrine considère en règle générale que les désavantages économiques qu'entraîne le bien donné pour le donataire (frais d'entretien ou de réparations, impôts) n'entament pas le caractère gratuit de la donation sans contre-prestation¹⁴. À notre avis, un bien qui entraîne une responsabilité envers des tiers (p.ex. à l'égard d'un bien dont la propriété du donateur est contestée ou d'un immeuble locatif en mauvais état) ne peut pas être qualifié de donation purement gratuite; la responsabilité encourue doit être assimilée à une charge (cf. N 13). Dans les cas de biens occasionnant des frais d'entretien considérables (p.ex. animal malade au moment de la donation, cheval, avion, voiture de luxe, immeuble), le représentant légal doit vérifier la nécessité éventuelle de refuser la donation sur la base de CO 241 II.

Les **attributions qui ne sont pas purement gratuites** nécessitent, pour être acceptées valablement, le consentement du représentant légal (CC 19 II et 241 I *a contrario*)¹⁵. Il s'agit notamment des donations grevées de charges (CO 245)¹⁶, des donations mixtes (p.ex. avec reprise d'une dette¹⁷) ou encore de «bonnes affaires» impliquant néanmoins une contre-prestation. L'acte qui, par le poids des prestations et contre-prestation, représente en fin de compte une libéralité du pupille et ne peut donc être accepté ni par la personne protégée ni par son représentant légal (CC 304 II, 412 I, CO 240 II; CO 240 N 10 ss).

Les donations en faveur de mineurs et de majeurs restreints dans leur capacité civile peuvent également être **acceptées par le représentant légal** du donataire (CC 304 I, 408, 327b et c, 394, 398) au nom et pour le compte de la personne protégée¹⁸. L'autorisa-

12 Le texte de l'art. 241 n'a pas été modifié dans le cadre de la réforme du droit de la tutelle; le droit en vigueur depuis 2013 prévoit toutefois de nouvelles mesures pour les mineurs et les personnes majeures; cf. CO 240, N 8. Pour la discussion de la capacité de recevoir sous le droit antérieur, voir la 2^e édition de ce commentaire.

13 BUCHER A., N 139; MEIER, Dégagements, 122.

14 Cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1514; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 203; MEIER, DPA, N 710; MEIER/STETTLER, N 910. Plus nuancé, en pesant le coût économique par rapport à la valeur du bien donné: BSK-VOGT/VOGT, N 1.

15 Cf. référence au n. 15; voir aussi CHK-SCHÖNENBERGER, N 2, concernant le transfert de dettes garanties par gages.

16 Cf. ATF 54 II 429, c. 2, JdT 1929 I 261, concernant l'acquisition d'un droit d'emption subordonnée au paiement d'une somme d'argent.

17 CHK-SCHÖNENBERGER, N 3.

18 BSK-VOGT/VOGT, N 3.

tion de l'Autorité de protection (CC 416 I *a contrario*) n'est pas exigée, sauf pour les donations du curateur ou du tuteur à la personne protégée (N 16). La situation de la donation qui doit recevoir le consentement du représentant légal et les exigences à l'égard de ce consentement sont soumises *mutatis mutandis* aux règles applicables à la donation par le mineur ou le majeur placé sous curatelle (cf. CO 240 N 30).

- 15 Dans tous les cas où un **conflit d'intérêts** entre le donataire et son représentant légal est à craindre ou est avéré, l'Autorité de protection décide elle-même ou nomme un **curateur** chargé de représenter le donataire (CC 306 II, 392 [1] et [2], 403)¹⁹. Ce dernier est soumis aux instructions de l'autorité (CC 394). La mise en danger abstraite de l'intérêt de la personne protégée suffit pour qu'un curateur soit nommé, au moins aux fins spécifiques de déterminer la nature réelle de l'acte envisagé et de décider s'il est admissible pour la personne protégée d'accepter ou non la donation²⁰.
- 16 Des **conflits d'intérêt** peuvent se produire également en cas de donation par le représentant légal au mineur ou à la personne placée sous curatelle. En règle générale, un tel conflit n'est pas présumé pour la donation totalement gratuite et si le donateur est le détenteur de l'autorité parentale; la gratuité de l'acte et l'enrichissement du représenté paraissent, en principe, dans son intérêt²¹. Les donations du représentant au représenté doivent être approuvées par l'APE ou l'APA, comme le précise CC 416 III, applicable aussi au tuteur selon CC 327c.

III. L'acceptation de la donation pour l'incapable de discernement (CO 241 I)

- 17 L'incapable de discernement ne peut devenir donataire par un **acte personnel**, car ses actes n'ont pas d'effet juridique (CC 18). Il s'ensuit que la donation faite à une personne incapable de discernement qui aurait adopté un comportement d'acceptation, même s'il s'agit d'une personne majeure qui n'est pas placée sous une curatelle, n'est pas valable.
- 18 L'acceptation de la donation est, toutefois, un acte de nature patrimoniale susceptible de **représentation légale** par les parents (CC 304), le tuteur (CC 327b) ou un curateur de portée générale ou de représentation (CC 398 II, 394 I et III, 393 I)²². Le représentant légal agit au nom et pour le compte de l'incapable de discernement; ce dernier est ainsi **partie au contrat** et devient **donataire**.
- 19 Selon le principe applicable à la représentation légale en général, la donation ne doit être acceptée par le représentant que si elle est **dans l'intérêt de l'incapable** (CC 296 I, 406 et 408)²³.
- 20 En cas de doute sur la nature d'un acte entre les **parents** et leurs **enfants mineurs et incapables de discernement**, notamment sur sa qualification de donation, l'intervention de l'APE est exigée et se fait, en principe, par la nomination préalable d'un curateur²⁴. S'il

19 TF, 5A_743/2009, c. 2.3; ATF 125 V 435, c. 4b; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, N 1239 ss et 1243; BUCHER A., N 139.

20 TF, 5A_743/2009, c. 2.1; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, N 1240.

21 TF, 5A_743/2009, c. 2.3; ATF 125 V 435, c. 4.b; BSK-VOGT/VOGT, N 3; CHK-SCHÖNENBERGER, N 4.

22 CHK-SCHÖNENBERGER, N 4; STETTLER, N 58 ss, not. 61.

23 STETTLER, N 61; MEIER, Dérégations, 123.

24 Notamment en cas de donation d'un immeuble, cf. TF, 5A_743/2009, c. 2.3.

s'agit d'une donation purement gratuite, un conflit d'intérêts est exclu et l'APE n'a pas besoin d'approuver le contrat²⁵. Les mêmes principes s'appliquent en cas de conflit d'intérêt virtuel ou réel dû à la proximité entre le donateur et le représentant légal du donataire mineur²⁶.

IV. Le droit de refus ou de révocation du représentant légal du donataire (CO 241 II)

Même l'acte gratuit peut être **contraire aux intérêts du donataire**, p.ex. en raison de la personne du donateur, des motifs de ce dernier, de l'objet donné ou de la dépendance psychique créée par l'acte. La donation n'est donc pas dans l'intérêt du donataire. S'il s'agit d'un mineur ou d'une personne sous curatelle impliquant une représentation par le curateur, l'acceptation par le donataire peut être interdite ou révoquée par le représentant légal²⁷. Par ce biais, ce dernier remplit son devoir de **protection** envers la personne protégée (CC 304 I, 408 I). 21

Si la personne protégée accepte la promesse de donner ou la donation manuelle sans autorisation préalable ou concurrente du représentant légal, le contrat est conclu sous la **condition résolutoire, de nature potestative**, du refus du consentement par le représentant légal²⁸. Bien que l'acte soit valable, il n'est pas parfait. Le représentant légal peut exprimer sa volonté de révoquer la donation verbalement ou par écrit, mais doit le faire de manière expresse; en cas de silence du représentant, l'acte est parfait et définitivement valable (pour un délai éventuel, cf. CC 19a II p.a., 19b I, CO 38 II p.a.)²⁹. La situation juridique durant le laps de temps entre la conclusion de l'acte par le donataire et la décision du représentant légal est semblable à celle de l'acte boiteux du mineur ou de la personne sous curatelle de portée générale capable de discernement au sens de CC 19 I, 19a et 410. Voir aussi CO 239 N 13, 30. 22

En cas de **refus du consentement** par le représentant légal, la donation est **non avenue ou**, si le donataire l'avait déjà acceptée, elle est **révoquée**. Les prestations faites doivent être restituées (donation manuelle, promesse de donner) et les promesses de donner inexécutées deviennent caduques (CC 19b)³⁰. 23

L'autorité de protection peut être saisie par rapport à la décision du **curateur d'un adulte** ou du **tuteur d'un mineur** par tout intéressé (CC 419, 327c II). En cas de refus des **parents**, seule une mesure protectrice des biens de l'enfant entre en ligne de compte (CC 308 II et III, 324 s.)³¹. 24

Pour la problématique du **conflit d'intérêts** en cas de donations par le représentant au mineur représenté, éventuellement avec l'implication de proches, cf. N 15 s. Il va de soi que CO 241 II est inopérant dans une telle situation, et que l'APA ou l'APE doit soit 25

25 CHK-SCHÖNENBERGER, N 4.

26 P.ex. le donateur et le représentant sont frère et sœur, cf. TF, 5A_743/2009, c. 2, not. 2.3.

27 STEINAUER/FOUNTOLAKIS, N 200; MEIER, DPA, N 710, par. 3; MEIER, Dégagements, 125.

28 CHK-SCHÖNENBERGER, N 3.

29 CHK-SCHÖNENBERGER, N 3; BK-BECKER, N 1. Pour le détail des modalités du refus et de la révocation, cf. MEIER, Dégagements, 127.

30 BSK-VOGT/VOGT, N 2; CHK-SCHÖNENBERGER, N 3. Pour les détails, cf. MEIER., Dégagements, 127; KOEPEL, 159 s., 232 ss.

31 CHK-SCHÖNENBERGER, N 3; MEIER, Dégagements, 126.

prendre une décision elle-même, soit instaurer un curateur pour traiter les questions que pose cette situation (CC 391 I, 403)³².

- 26 CO 241 II, en tant que dérogation aux principes généraux en matière de capacité civile (notamment à CC 19 II et 19c)³³, constitue une *lex specialis* applicable uniquement aux donations au sens de CO 239 I; les libéralités et attributions qui ne constituent pas de tels actes, notamment celles mentionnées à CO 239 II et III ne tombent ainsi pas sous le coup de CO 241.

V. Droit international privé et droit comparé

- 27 Du point de vue du **droit international privé**, la capacité pour accepter une donation s'apprécie, comme la capacité de donner, selon le droit du domicile du donataire (LDIP 35) ou, éventuellement, selon le droit de l'État sur le territoire duquel l'acte a été passé (LDIP 36)³⁴. LDIP 85 renvoie aux Conventions de La Haye 1996 et 2000 en matière de protection internationale des enfants et des adultes (compétence, droit applicable, reconnaissance et exécution)³⁵. La jouissance des droits civils est régie par le droit suisse (LDIP 34 I) et est, de ce fait une loi d'application immédiate (LDIP 18). Toutefois le début et la fin de cette capacité sont soumis aux règles du droit applicable au rapport juridique (LDIP 34 II) qui peuvent varier considérablement³⁶.
- 28 Droit comparé: La **jouissance des droits civils** de l'enfant conçu, admise en droit suisse sous la condition de la naissance vivante (CC 31 II), ainsi que les concepts à la base des législations en matière de la **capacité du donataire** sont traités de manière différente dans les ordres juridiques³⁷.

Art. 242

C. Forme I. Donation

¹ La donation manuelle a lieu par la remise que le donateur fait de la chose au donataire.

² La donation d'immeubles ou de droits réels immobiliers n'est parfaite que par son inscription au registre foncier.

³ L'inscription ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une promesse de donner valablement faite.

32 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 1337a, en application p.a. de CO 241 II.

33 MEIER, Dérégations, 124 et 128, parle de «corps étranger dans le système de la capacité civile graduelle» du CC.

34 ATF 110 II 156, c. 3, qui toutefois ne traite que de la capacité du donateur; les solutions de l'ancienne LRDC et de l'actuelle LDIP à cet égard sont identiques.

35 MEIER, DPA, N 342 ss.

36 DUTOIT, LDIP 34 N 4, au sujet de l'ambiguïté de la formulation de LDIP 34 II. Selon cet auteur, le rattachement doit se faire au droit international privé de l'état concerné, alors que pour CR LDIP-BUCHER, LDIP 34 N 3 ss, il s'agit d'un renvoi au droit matériel de la *lex causa*.

37 HYLAND, 238 ss; voir aussi, 245 ss, pour la discussion de droit comparé au regard d'autres catégories de donataires et les concepts à la base des réglementations. Pour les règles à l'égard des donations dans le processus de planification du patrimoine familial en Allemagne, Suisse et Autriche, cf. BADDELEY/TRIGO TRINDADE.

C. Errichtung der Schenkung I. Schenkung von Hand zu Hand	¹ Eine Schenkung von Hand zu Hand erfolgt durch Übergabe der Sache vom Schenker an den Beschenkten. ² Bei Grundeigentum und dinglichen Rechten an Grundstücken kommt eine Schenkung erst mit der Eintragung in das Grundbuch zustande. ³ Diese Eintragung setzt ein gültiges Schenkungsversprechen voraus.
C. Costituzione della donazione I. Donazione manuale	¹ La donazione manuale si compie mediante la consegna della cosa donante al donatario. ² Trattandosi di proprietà fondiaria o di diritti reali su fondi, la donazione diventa efficace solo con l'iscrizione nel registro fondiario. ³ L'iscrizione dev'essere fondata sopra una valida promessa di donazione.

Plan

	N
I. Les conditions de forme en général (CO 242 à 244, 245 II)	1
II. La donation manuelle (CO 242 I)	5
III. La donation d'immeubles et de droits réels immobiliers (CO 242 II et III) . .	10

I. Les conditions de forme en général (CO 242 à 244, 245 II)

CO 242, 243 et 245 II prévoient les **conditions de forme minimales**, d'une part, **du contrat de donation et, d'autre part, de l'acte de disposition**¹. La donation manuelle valable doit respecter CO 242, et la promesse de donner CO 243 et 245 II. En l'absence de prescriptions légales spécifiques, la forme du contrat de donation est libre (CO 11). Ces règles s'appliquent également aux modifications et aux compléments du contrat (CO 12). Pour l'acte de disposition, les exigences du droit de la donation sont complétées par celles régissant le transfert de la propriété du bien donné. Pour l'éventuelle représentation des parties, cf. CO 240 et 241. Les parties peuvent **convenir**, dans les limites admissibles par le droit, **d'exigences supplémentaires et de modalités non prévues dans la loi** (CO 16; p.ex. la confection d'un document écrit ou notarié ou la signature des deux parties alors que le CO ne les exige pas).

Les conditions de forme, en matière de donation, ont avant tout pour **but** de protéger le donateur dans l'hypothèse de la promesse de donner, soit lorsqu'il s'engage pour un moment ultérieur et sans se dessaisir immédiatement de la chose². L'exigence de la forme du contrat de donation s'impose en principe uniquement au donateur et seulement exceptionnellement au donataire³.

Il n'y a pas de donation si la forme exigée n'est pas respectée, sous réserve toutefois de CO 243 III (CO 11 II; cf. CO 239 N 66, CO 243 N 17 ss)⁴. L'acte écrit qui dissimule une donation ne remplit pas les conditions de forme de la promesse de donner (voir aussi CO

1 Sur la genèse des dispositions en matière de forme qui suivent les droits germanique et français, ainsi que certains droits cantonaux antérieurs, cf. Bull. stén. CN 16, 1906, 1243. Sur le but des exigences de forme, cf. TF, 4A_201/2018, c. 3.2.3; ATF 105 II 104, c. 3b, JdT 1979 I 489; ENGEL, Contrats, 116.

2 TF, 4A_201/2018, c. 3.2.1; ATF 136 III 142, c. 3.3; CO 11 N 4; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1527; ENGEL, Contrats, 116. Voir aussi Bull. stén. CN 16, 1906, 1237.

3 SCHMID/STÖCKLI, N 830.

4 ATF 117 II 382, c. 2, JdT 1993 I 130; TF, 4A_201/2018, c. 3.2.3.

239 N 29)⁵. La validité de la donation n'empêche pas les actions revendicatoires (CC 579, LP 286)⁶.

- 4 En **droit international privé**, il suffit que la forme de l'acte réponde soit aux exigences du droit auquel l'acte est soumis au fond (*lex causae*), soit à celles du droit de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été passé (*lex loci actus*) (LDIP 124 I)⁷. La détermination du droit applicable à ce dernier titre peut poser problème dans les cas de donations entre absents (LDIP 124 II)⁸ et dans les hypothèses visées par LDIP 124 III. LDIP 124, comme une éventuelle éléction de droit inclut dans la règle aussi la forme de l'acte, mais une éléction de droit différente pour la forme est admissible⁹.
- 4a Les exigences de forme et les modalités des formes exigées dans d'**autres ordres juridiques**, même des pays voisins, peuvent se distinguer substantiellement de celles du droit suisse; les droits qui reconnaissent la promesse d'une donation (future) sont peu nombreux¹⁰.

II. La donation manuelle (CO 242 I)

- 5 La donation manuelle au sens de CO 242 I (*die Schenkung von Hand zu Hand; la donazione manuale*) implique la concomitance du **contrat** de donation et de son exécution par la **remise de la chose**¹¹. Les effets sont les mêmes que ceux de la promesse de donner exécutée¹². La question est controversée de savoir si la donation manuelle se compose d'un acte générateur d'obligation et d'un acte de disposition, position de la majorité de la doctrine, ou s'il s'agit d'un acte unique; pour une minorité d'auteurs, ce type de donation représente «un contrat obligatoire en soi, non un acte de disposition abstrait, détaché de l'obligation qu'assume le donateur pour concrétiser son intention de donner»¹³.
- 6 La forme exigée pour l'acte de disposition dépend du bien donné¹⁴. Dans la plupart des cas, la donation manuelle n'est soumise à **aucune exigence de forme**: p.ex. pour la donation d'un livre ou d'un bijou, il suffit de la convention orale, voire tacite entre les parties, suivie immédiatement par la remise de l'objet. Une convention expresse entre les parties paraît nécessaire pour les donations manuelles avec condition résolutoire et celles grevées de charges (CO 245); la forme écrite est naturellement préférable dans de tels cas pour des raisons de preuve. La **forme écrite est nécessaire pour l'acte de disposition** pour la cession de créances (CO 165 I), le transfert de papiers-valeurs (CO 967 II) et cer-

5 Cf. TF, 4A_201/2018, c. 3.2.3; ATF 117 II 382, c. 2a, JdT 1993 I 130; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1528; BSK-VOGT/VOGT, N 3 et CO 239 N 56.

6 ATF 70 II 199, c. 3, JdT 1945 I 69.

7 ATF 136 III 142, c. 3.2.

8 ATF 110 II 156, c. 2b et c, d'avant l'entrée en vigueur de la LDIP; toutefois, la solution est la même en application de LDIP 124.

9 DUTOIT, LDIP 124 N 2.

10 HYLAND, 317 ss, 350; voir p.ex., 330 s., pour la France.

11 ATF 136 III 142, c. 3.3; BSK-VOGT/VOGT, N 3; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1524; HUGUENIN, OR AT/BT, N 2863; ENGEL, Contrats, 116.

12 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 268.

13 Voir également CO 239 N 14 avec les références. La situation juridique résultante est la même que l'on applique l'une ou l'autre théorie.

14 HUGUENIN, OR AT/BT, N 2877.

tains actes de disposition sans remise physique de la chose (N 7)¹⁵. La remise d'une dette ne requiert pas la forme écrite (CO 115).

Pour qu'il y ait **remise de la chose**, le donateur doit transférer soit la **chose** soit les **moyens** qui procurent la maîtrise de la chose¹⁶. Cela peut se faire entre autres par *brevi manu traditio* (*Besitzwandlung*), par le transfert de la possession ouverte (*longa manu traditio*, *offene Besitzlage*; CC 922), par constitut possessoire (*Besitzeskonstitut*, le titre spécial auquel le donateur retient la chose pouvant consister p.ex. en un contrat de prêt, (CC 717, 924), lorsque l'objet de la donation demeure au domicile commun du donateur et du donataire¹⁷) ou par délégation ou assignation de la possession (*Besitzanweisung*, CC 924 I et III)¹⁸. La remise d'un chèque s'effectue par le transfert de la possession du titre (CO 967 I); la remise d'un montant viré sur un compte bancaire par le crédit sur le compte¹⁹ et la remise d'actions non matérialisées d'une société anonyme par l'inscription du titulaire au registre des actions²⁰. Certains droits réels, notamment lorsqu'ils grèvent des biens mobiliers ou immatériels, peuvent faire l'objet d'une donation manuelle (p.ex. CC 746 I; voir aussi *infra* III.)²¹. La donation n'est ainsi pas exécutée si le bien donné reste dans la sphère de maîtrise exclusive du donateur²².

Les promesses de donner non valables quant à la forme **sont validées par la remise de la chose**, pour autant que la donation manuelle soit possible pour le type de bien donné (CO 239 N 66, CO 243 III N 21 ss)²³.

Sauf accord entre les parties, la donation manuelle ne peut être **révoquée** que dans les hypothèses énumérées à CO 249, qui sont plus restreintes que celles de CO 250, relatives à la révocation de la promesse de donner non exécutée.

III. La donation d'immeubles et de droits réels immobiliers (CO 242 II et III)

En stipulant que la **donation d'immeubles et de droits réels immobiliers** n'est parfaite que par l'inscription au registre foncier, CO 242 II se réfère à l'acte de disposition²⁴ et

15 TF, 4A_172/2018, c. 4.3; TF, 4A_327/2012, c. 6; TF, 4C.417/2004, c. 3.2 (don d'actions non matérialisées); ATF 122 III 361, c. 4, JdT 1997 I 206, pour la distinction, s'agissant des exigences de forme, entre la promesse de céder une créance (CO 165 II) – qui représente la promesse de donner – et l'acte de disposition, la cession propre (CO 165 I). TERCIER/BIERI/CARRON, N 1525, 1528; CO 165 N 2; VAN DE SANDT, N 76, 144 s., 161 ss, 166 s., 168.

16 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1525. Au sujet du transfert de la possession en général, cf. STEINAUER, Droits réels I, N 241 ss; VAN DE SANDT, N 133 ss, 304. Pour l'action tendant au transfert de la propriété, cf. STEINAUER, Droits réels II, N 1551 ss. Cf. TF, 4A_649/2012, c. 3, et ATF 102 II 197, c. 3, JdT 1977 I 331, comparant la donation manuelle et le partage d'une succession.

17 TF, 5C.81/2003, c. 3.2.

18 ATF 105 II 104, c. 3.a, JdT 1979 I 489; ATF 70 II 199, c. 3, JdT 1945 I 69; STEINAUER, Droits réels I, N 281a; VAN DE SANDT, N 136 ss. Pour quelques exemples, voir ENGEL, Contrats, 117.

19 TF, 5C.273/2005, c. 5.1, RNRF 2008 335, qualifiant ces actes de donation manuelle et non de promesse de donner car il y a remise de la chose. ATF 136 III 142, c. 3.4, PJA 2010 395.

20 TF, 4A.417/2004, c. 3.

21 Cf. STEINAUER, Droits réels III, N 2420 ss; VAN DE SANDT, N 79 ss, 122 ss. Pour la constitution de droits réels limités sur des créances, cf. VAN DE SANDT, N 163 ss.

22 TF, 5D_208/2018, c. 3.

23 TF, 4A_201/2018, c. 3.2.3; ATF 136 III 142, c. 3.3; TF, 5C.273/2005, c. 5, RNRF 2008 335 (remise de chèques, virements bancaires).

24 VAN DE SANDT, N 304; BSK-VOGT/VOGT, N 3.

confirme le principe selon lequel la **propriété** sur des immeubles et droits réels limités ne peut, en règle générale, être transférée qu'au moyen d'une **inscription au registre foncier**. Cette exigence s'applique également à la donation. La concomitance du contrat de donation et de la remise de la chose est ainsi impossible, excluant également que ces biens puissent faire l'objet d'une donation manuelle. CO 242 III renvoie donc à la promesse de donner. Pour plus de détails, voir CO 243, N 11 ss, 14 ss.

- 11 CO 242 II et III n'entendent cependant pas déroger aux règles moins strictes en matière de transfert de droits réels limités. Si exceptionnellement seule la **forme écrite** est exigée par les dispositions spécifiques du CC et l'inscription au registre foncier n'est pas requise, la **donation manuelle** de ces droits est possible. Il s'agit essentiellement de la **cession de créances incorporées dans des titres** (CC 835, CO 170 I). Des droits de superficie ou de source (CC 779 II, III, 780 II, III) peuvent faire l'objet d'une donation manuelle, à la double condition que 1) ils ne constituent pas des droits permanents, et en tant que tels ne soient pas obligatoirement inscrits au RF, et que 2) la convention entre les parties ne prévoient pas cette inscription en vertu de CC 655 II (2), 943 I (2)²⁵.
- 12 Au sujet de la forme des promesses de donner, cf. CO 243, et de celle de la donation avec effet au décès du donateur, cf. CO 245 III.

Art. 243

II. Promesse de donner

¹ La promesse de donner n'est valable que si elle est faite par écrit.

² La promesse de donner un immeuble ou un droit réel immobilier n'est valable que si elle est faite par acte authentique.

³ Dès que la promesse est exécutée, elle est assimilée à une donation manuelle.

II. Schenkungsversprechen

¹ Das Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form.

² Sind Grundstücke oder dingliche Rechte an solchen Gegenstand der Schenkung, so ist zu ihrer Gültigkeit die öffentliche Beurkundung erforderlich.

³ Ist das Schenkungsversprechen vollzogen, so wird das Verhältnis als Schenkung von Hand zu Hand beurteilt.

II. Promessa di donazione

¹ La promessa di donazione esige per la sua validità la forma scritta.

² Se l'oggetto donato è un fondo od un diritto reale immobiliare, la donazione dev'essere fatta per atto pubblico.

³ Quando la promessa sia eseguita, le si applicano le norme della donazione manuale.

²⁵ CHK-SCHÖNENBERGER, N 3 s. Pour le détail, cf. MAISSEN, N 293 s., 305 ss; VAN DE SANDT, N 79 ss, 122 ss; SCHMID J., Beurkundung, N 474 ss, 481 ss, notamment 483 s.

Plan

	N
I. La promesse de donner: la forme du contrat de donation	1
A. La forme écrite simple (CO 243 I) et les formes spécifiques autres que la forme authentique	7
B. La forme authentique (CO 242 II et 243 II)	11
II. Exigences de forme concernant les actes d'exécution de la promesse de donner (CO 243 I et II)	14
III. Les effets d'une promesse de donner non valable quant à la forme (CO 243 III)	17
A. Le principe	17
B. L'exception de l'article 243 al. 3 CO	21

I. La promesse de donner: la forme du contrat de donation

Voir CO 242 N 1 à 4 pour les généralités sur la forme de la donation, ainsi que CO 245 III pour la forme des donations avec effet au décès du donateur. Pour l'éventuelle représentation des parties, notamment lorsque la donation n'est pas entièrement gratuite pour le donataire, que la gratuité ne semble pas assurée ou que certains désavantages découlent de la donation par ailleurs gratuite, cf. CO 240 et 241. 1

Lorsque le contrat de donation n'est pas exécuté immédiatement en tant que donation manuelle au sens de CO 242, la donation s'effectue sous forme de **promesse de donner** (*das Schenkungsversprechen; la promessa di donazione*) au sens de CO 243 (cf. CO 239 et 242 N 1 ss). Malgré le terme utilisé, la «promesse de donner» est le contrat et donc l'acte générateur de l'obligation. L'exécution du contrat à une date ultérieure par l'acte de disposition accomplit la donation (N 14 ss). La promesse de donner est soumise à des exigences de forme plus sévères que la donation manuelle, avec le but de protéger le donateur qui ne se dessaisit pas de la chose au moment où il s'oblige à le faire et qui pourrait, de ce fait, s'engager de manière irréfléchie (cf. CO 242 N 2)¹. En particulier, le donateur doit **exprimer par écrit qu'il promet de faire une libéralité au donataire**². 2

Le CO ne précise que la **forme écrite simple** (CO 243 I) et la **forme authentique** (CO 242 II et III, 243 III; N 11 ss). Certaines attributions sont cependant soumises à des **exigences de forme spécifiques**, stipulées par le CO ou dans d'autres lois. Une convention entre époux modifiant la participation au bénéfice de l'union conjugale (CC 216 II, 217 I *in fine*) ou le partage des biens communs (CC 241 et 242) p.ex. doit être faite sous la forme du **contrat de mariage**, donc d'un acte authentique³. 3

1 TF, 4A_201/2018, c. 3.2.3; ATF 105 II 104, c. 3b, JdT 1978 I 489; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1527. Pour des détails au sujet des buts des prescriptions de forme en matière immobilière SCHMID J., Beurkundung, N 462 s., 467. Voir aussi CO 11 N 4.

2 TF, 5A_336/2019, c. 6.2 et 7 (donation de presque toute fortune du donateur); ATF 145 III 1, c. 7, JdT 2019 II 122 (donation mixte); BSK-VOGT/VOGT, N 4; SCHMID J., Beurkundung, N 465 ss. Ne remplissent pas cette condition: une convention d'honoraires simulée (ATF 117 II 382, c. 2b, JdT 1993 I 130) ou une simple assignation (ATF 105 II 104, c. 3b, JdT 1978 I 489). La promesse de pourvoir à l'entretien de son concubin après séparation (donation ou exécution d'un devoir moral) ne peut être tacitement déduite du lien de concubinage (TF, 4A.441/2007, c. 4, SJ 2008 I 329). Cf. aussi CO 239 N 13 ss.

3 CC 216 II constitue une loi spéciale en matière de forme; le contrat de mariage est nécessaire et suffit pour la validité de la donation; cf. TF 137 III 113, c. 4.2.3. Voir aussi CO 239 N 75 et CO

- 4 Du point de vue du contenu, la promesse de donner doit préciser dans tous les cas les **éléments essentiels du contrat** (*essentialia negotii*: l'identité des parties, l'objet de la donation et la volonté de donner (N 2), ainsi que les autres éléments essentiels pour les parties, en particulier les indications des éventuelles obligations assumées par le donateur⁴. Les **conditions** imposées au donataire font également partie des éléments essentiels soumis aux exigences de forme de la promesse de donner. Pour les **charges**, en revanche, il suffit qu'elles soient exprimées sous la forme qui rend l'engagement du donataire juridiquement valable puisqu'elles n'influencent pas la validité de la donation⁵. Une charge peut de ce fait éventuellement être convenue oralement, alors que le contrat est soumis à la forme écrite; la charge qui ne peut être acceptée que sous la forme écrite ou authentique implique qu'elle doit être précisée dans le contrat de donation. La charge **intimement liée** à la conclusion et au contenu du contrat de donation et constitue représente un élément essentiel du contrat et doit être précisée dans le contrat de donation⁶.
- 5 Toute **modification** des éléments essentiels du contrat soumis à la forme écrite ou authentique est soumise à la même forme; la **révocation de la donation**, en revanche, peut se faire sous toute forme, donc aussi non écrite (CO 251 N 12)⁷.
- 6 En cas de **donation mixte**, les conditions de forme de la donation et celles de l'acte onéreux doivent être respectées; CO 20 II peut être applicable par analogie dans les cas où les conditions de forme d'une donation ne sont pas remplies⁸. L'acte écrit qui **simule** une donation ne remplit pas les conditions de forme de la promesse de donner⁹.
- 6a Cf. CO 242 N 4 et 4a pour le droit international et comparé.

A. La forme écrite simple (CO 243 I) et les formes spécifiques autres que la forme authentique

- 7 Pour respecter la forme écrite, il suffit que **l'acte ait été dressé par écrit et que le donateur l'ait signé** (CO 12-16). En vertu de CO 13, la signature du donateur suffit, sauf si le donataire assume une charge, auquel cas la promesse de donner n'est valable qu'avec sa signature (N 2)¹⁰.

245 N 49, concernant nCC 216 II, adopté par les Chambres le 8.12.2020. Le nouveau texte légal ne modifie pas les exigences quant à la forme de ces conventions.

4 TF, 5A_641/2008, c. 4.3, RNR 2009 308; ENGEL, Contrats, 117. Pour le détail des éléments objectivement et subjectivement essentiels du contrat, VAN DE SANDT, N 719 ss; SCHMID J., Beurkundung, N 554 ss. Cp. TF, 4A_530/2016, c. 8.2 et ATF 113 II 402, c. 2.b et c, JdT 1988 I 67, au sujet des éléments nécessaires d'actes soumis à la forme authentique.

5 CHK-SCHÖNENBERGER, N 2 et 4; BSK-VOGT/VOGT, N 4. Voir aussi CO 239 N 8 et CO 245 N 6 ss.

6 Dans cette dernière hypothèse, la question se pose de savoir si tout le contrat ne doit pas être passé en la forme la plus sévère imposée pour les deux engagements, ce que semble suggérer ENGEL, Contrats, 118. Dans ce sens, mais par rapport à un contrat de vente, ATF 113 II 402, c. 2., JdT 1988 I 67; TF, 5A_140/2014, c. 3.1; TF, 4A_281/2014, c. 3.2.

7 MAISSEN, N 326; STEINAUER, Droits réels I, N 129, 640 et 757, ainsi que le tableau 197.

8 ATF 117 II 382, c. 2.b, JdT 1993 I 130; BSK-VOGT/VOGT, N 5. Voir aussi TF, 4A_119/2010, c. 2.1 (reconnaissance de dette).

9 Cf. TF, 4A_201/2018; ATF 117 II 382, c. 2a, JdT 1993 I 130; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1528; BSK-VOGT/VOGT, N 3. Il manque, en règle générale, l'*animus dondandi*, cf. CO 239 N 10 et 29.

10 TF, 4A_201/2018, c. 3.2.3; ATF 110 II 156, c. 2.d; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1530; ENGEL, Contrats, 117 s. Pour SCHMID J., Formzwang, II.3 et n. 13, ainsi que Beurkundung, N 456 ss,

Les **promesses** de céder une créance ou de libérer un débiteur à titre gratuit requièrent la forme écrite¹¹. CO 243 I constitue, pour ce cas, une *lex specialis* par rapport à CO 165 II¹². La promesse de remise d'une dette, ainsi que la promesse d'une reconnaissance de dette exigent également la forme écrite¹³. Il en va de même pour la reprise de dette interne gratuite (CO 175 I)¹⁴. 8

La promesse de donner en vertu d'un **devoir légal ou moral** ne constitue pas une donation (CO 239 III) et n'est donc pas soumise à la forme écrite¹⁵. Il en va de même pour la **garantie** de rendement d'une fondation de prévoyance en faveur du personnel¹⁶. 9

Les donations dont l'**exécution est fixée au décès du donateur** doivent revêtir la forme spécifique prévue par le CC (CC 498 ss; voir CO 245 N 41 ss). 10

B. La forme authentique (CO 242 II et 243 II)

La promesse de donner un **immeuble** ou des **droits réels immobiliers** doit, en principe, revêtir la forme d'un acte authentique; une donation manuelle est donc exclue (CO 242 II, 243 II, CC 656 s.; CO 242 N 10). Il s'agit notamment des **servitudes** (CC 731 I), de **servitudes foncières** (CC 732)¹⁷, y compris les de servitudes irrégulières (CC 781 II et III), de l'**usufruit d'un bien-fonds** (CC 746 II), du **droit d'habitation** (CC 776 III), des **droits de superficie et de source** indépendants et permanents inscrits au RF (CC 704 II, 780 II, 779 III) et de l'**hypothèque** (CC 783 III)¹⁸. Le donataire doit avoir accepté l'attribution, en principe, (au plus tard) au moment de la constitution du contrat notarié (voir aussi CO 243 N 11 ss)¹⁹. L'exigence de la forme authentique frappe également la **déclaration d'irrévocabilité de la donation** (en dérogation à CO 249) portant sur un immeuble ou des droits réels limités le grevant²⁰. Les **dispositions allégeant les exigences de forme** pour la transmission de droits réels limités et de droits garantis par des gages immobiliers s'appliquent aussi en cas de donation; cf. CO 242 N 11. 11

L'acte doit contenir tous les **éléments essentiels**, à savoir au minimum l'identité des parties au contrat, l'objet de la donation, la volonté de donner et de recevoir, ainsi que les conditions auxquelles la donation est subordonnée (cf. aussi N 4)²¹. 12

552, la forme doit toujours être respectée par les deux cocontractants. Cf. ég. n. 22. Voir aussi CO 245.

11 ATF 122 III 122, c. 4, JdT 1997 I 206; ATF 79 II 151, JdT 1954 I 112.

12 CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; BSK-VOGT/VOGT, N 3.

13 CHK-SCHÖNENBERGER, N 4; BSK-VOGT/VOGT, N 3.

14 ATF 110 II 340, c. 1a. Voir aussi TF, 4A_445/2018, c. 4.2.

15 ATF 53 II 111, c. 3. Voir également CO 239 N 32.

16 ATF 108 II 254, c. 3c, JdT 1984 II 155 (rés.).

17 ATF 117 II 26, c. 3; STEINAUER, Droits réels II, 2230 ss, avec références à la doctrine.

18 Cf. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1526; STEINAUER, Droits réels I, N 131 ss, 710 ss; SCHMID J., Beurkundung, N 454, 474 ss, 478 ss. Sur la renonciation à une cédula hypothécaire remise en tant que gage, cf. FoEX, 146 s.

19 Cf. ATF 114 II 36, c. 2b, JdT 1989 I 156.

20 BSK-VOGT/VOGT, N 2. Voir, toutefois, au sujet de la validité matérielle d'une telle renonciation, ATF 113 II 252, c. 5 et CO 249 N 1 et 4.

21 ATF 117 II 382, c. 2b, ATF 113 II 402, c. 1a, JdT 1988 I 67; TF, 5A.641/2008, c. 4.3, RNRF 2009 308 (l'assiette d'une servitude est un élément essentiel); BSK-VOGT/VOGT, N 4; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1530; MAISSEN, N 312 ss, 321 et 325.

- 13 Pour les donations ne comportant aucune obligation pour le donataire, il suffit que le **donateur** ait signé la promesse par acte authentique (CO 13) respectivement en la forme alléguée; le **donataire** doit également signer l'acte si la donation n'est pas entièrement gratuite pour lui²². Pour certains auteurs, l'acceptation du donataire doit être mentionnée dans l'acte²³, voire ce dernier doit être signé dans tous les cas par le donataire²⁴.

II. Exigences de forme concernant les actes d'exécution de la promesse de donner (CO 243 I et II)

- 14 Comme pour la donation manuelle, la promesse de donner est accomplie par la remise de la chose. Dans ce cas de figure également, le **transfert de propriété** obéit aux règles applicables au bien donné. Ces règles ne diffèrent pas, s'agissant de biens mobiliers et de biens immobiliers transférés hors registre foncier, de celles relatives à la donation manuelle²⁵.
- 15 Le transfert de la propriété de biens et droits immobiliers s'opère par **l'inscription du nouveau propriétaire au Grand Livre du registre foncier** (CC 971 I, 972). La **réquisition** écrite de cette inscription (CC 963) constitue la déclaration de volonté du donateur de transférer la propriété du bien concernée, à laquelle il renonce par le même acte. C'est donc son acte de disposition; tout en restant propriétaire jusqu'à l'inscription du donataire comme nouveau propriétaire, il ne peut dès lors mettre en cause la réquisition qu'avec l'accord du donataire (ORF 47 I)²⁶. La réquisition de l'inscription ne peut pas être assortie de conditions. Dans le cas d'une donation avec effet suspensif, la réquisition ne peut être faite qu'à partir du moment où la condition s'est réalisée et le droit sur le bien doit passer au donataire en vertu du contrat de donation²⁷. Le contrat de donation stipulant une condition résolutoire, en revanche, peut donner lieu à une inscription au registre foncier, et l'inscription peut avoir lieu avant la réalisation de cette condition.
- 16 Le conservateur du registre foncier **vérifie** le contrat de donation à l'égard des exigences de forme (CC 965), y compris l'exigence éventuelle de la signature du représentant légal ou d'une autre personne dont le consentement est exigé (ORF 49)²⁸, et la compétence de l'organe signant pour la personne morale donataire²⁹, et par rapport aux éléments de fond qui entachent manifestement le titre de nullité³⁰.

22 ATF 110 II 156, c. 2d; BSK-VOGT/VOGT, N 1; MOOSER, Les actes authentiques dans le domaine de la propriété par étages, *in* La propriété par étages aujourd'hui, 2016, N 59. Voir également les références indiquées au n. 10, ainsi que CO 13 N 8.

23 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1530; cf. aussi MOOSER, N 535 et SCHMID, Beurkundung, N 460 ss, 486, 539.

24 Pour SCHMID J., Formzwang, II.3 et n. 13, et MAISSEN, N 312 ss, la signature du donataire s'impose en cas de donation immobilière étant donné que le but des conditions de forme relatives à l'acte authentique et à l'inscription au registre foncier va au-delà de la seule protection du donateur.

25 Cf. CO 242 N 5 ss et références. HUGUENIN, OR AT/BT, N 2877.

26 ATF 138 III 512, c. 3.2, JdT 2013 II 233; STEINAUER, Droits réels I, N 712 ss, 717 ss; VAN DE SANDT, N 153 ss, FARINE FABBRO, 104 ss, concernant l'usufruit. Pour une discussion détaillée de l'arrêt 115 cité, cf. LAIM.

27 TF, 5A_518/2017, c. 4.2.3 et 4.3 (non publiés dans ATF 144 III 310), JdT 2014 III 13.

28 STEINAUER, Droits réels I, N 737 ss.

29 ATF 114 II 36, JdT 1989 I 156 (servitude de passage en faveur d'une commune).

30 ATF 114 II 36, c. 3b, JdT 1989 I 156, FARINE FABBRO, 106 s. Dans l'affaire menant à TF, 5A_743/2009, l'éventualité d'un vice dans la représentation du mineur a été relevée par le conservateur du RF qui a refusé la réquisition d'inscription.

III. Les effets d'une promesse de donner non valable quant à la forme (CO 243 III)

A. Le principe

Le non-respect de la forme exigée entraîne la **nullité absolue** de la donation³¹, **sous réserve de l'exécution de la donation** par le donateur (CO 243 III, N 21 ss). La nullité déploie ses effets *erga omnes*, peut être invoquée sans limitation dans le temps et doit être prise en compte d'office par le juge. Le donateur peut revendiquer la chose (CC 641 II) sous réserve de la protection du tiers de bonne foi (CC 933); la restitution des choses consommables s'opère selon les règles de l'enrichissement illégitime (CO 62 p.a.)³². Voir aussi CO 239 N 66.

Certains auteurs se prononcent plutôt pour une **invalidité *sui generis*** (annulabilité) entraînant les mêmes effets que la nullité, mais seulement si une des parties s'en prévaut³³. Cette théorie implique que la nullité (invalidité) ne doit pas être constatée d'office par le juge.

Il convient de **distinguer** la promesse de donner frappée d'un vice de forme des actes qui ne sont pas des promesses de donner et ne sont ainsi pas soumis aux exigences de forme de CO 243. C'est le cas de la donation manuelle convenue par écrit, mais non exécutée³⁴, de même que celui de la personne qui exprime son intention de donner, mais se réserve l'exécution de cette intention³⁵.

En cas de **donation mixte**, le non-respect de la forme exigée par rapport à la donation entraîne la nullité de celle-ci, mais n'entame pas la validité de l'acte onéreux (application de CO 20 II)³⁶.

B. L'exception de l'article 243 al. 3 CO

Les **vices de forme de la promesse de donner peuvent être guéris** par la remise de la chose promise au donataire. Par cet acte, la promesse de donner invalide est convertie en donation manuelle valable (CO 243 III)³⁷. Il s'agit d'une exception aux principes généraux en matière de conditions de forme (CO 11 II). a donation valable peut être considérée comme une nouvelle donation qui remplace la promesse de donation non valable.

Ne bénéficient pas de cette exception les donations **d'immeubles et de droits réels immobiliers** qui nécessitent, pour que le transfert de la propriété puisse s'opérer, une inscription au registre foncier; cette inscription doit se fonder sur un acte de disposition

31 TF, 4A_201/2018, c. 3.2.3; ATF 136 III 142, c. 3.3; BSK-VOGT/VOGT, N 6; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1531; ENGEL, Contrats, 118.

32 BSK-VOGT/VOGT, N 7.

33 MAISSEN, N 332 ss, avec une solution nuancée pour la donation immobilière, N 335 et 343; SCHMID J., Beurkundung, N 683 ss. S'interrogeant également quant au bien-fondé de la nullité radicale dans chaque cas: ATF 112 II 330, c. 3a, JdT 1987 I 70; voir aussi la note de la rédaction du JdT qui suit cet arrêt, 78 ss.

34 BSK-VOGT/VOGT, N 6.

35 ATF 42 II 56, c. 2.

36 ATF 117 II 382, c. 2b, JdT 1993 I 130. Pour les conditions matérielles, cf. CO 239 N 51 ss.

37 TF, 4A_201/2018, c. 3.2.3; ATF 136 III 142, c. 3.3; TF, 5C.273/2005, c. 5, RNRF 2008 335 (remise de chèques, virements bancaires).

formellement valable (cf. N 11, 15)³⁸. La concomitance des actes générateurs d'obligation et de disposition ne peut jamais être réalisée en la matière, ce qui interdit l'application des dispositions sur la donation manuelle (CO 242, 243 III), sous réserve toutefois, même pour la donation d'immeubles, du cas de l'abus de droit (CC 2 II)³⁹.

- 23** Les **vices qui ne concernent pas la forme** – vice de contenu, lésion, concordance défailante des volontés – ne sont pas guéris par l'exécution de la promesse de donner (cf. également CO 239 N 6 ss)⁴⁰. Il peut toutefois, dans une telle situation, y avoir une – nouvelle – donation manuelle valable, indépendante de la donation antérieure viciée.
- 24** Le **donateur et le donataire doivent être vivants** pour que CO 243 III puisse trouver application. Le donateur décédé ne peut plus, par un acte propre, manifester sa volonté de donner en dépit du vice de forme. Ainsi, une promesse de donner faite avant le décès du donateur, mais non valable quant à la forme, ne peut pas être guérie par une attribution testamentaire ou par l'exécution posthume par un tiers (p.ex. la banque à qui l'assignation de payer est parvenue avant le décès du donateur). Dans cette hypothèse, la propriété de la chose n'ayant pas été transférée, les héritiers peuvent demander restitution au donataire⁴¹.
- 25** CO 249 et 250 concernent la révocation de contrats de donation **valables** quant à la forme (non exécutés, s'agissant de CO 250)⁴².
- 26** En l'absence d'actes d'exécution, le contrat de donation invalidé pour **vice de forme** ne donne pas lieu à des prétentions du donataire sur la base de CO 239 ss; l'éventuelle *culpa in contrahendo* reste réservée⁴³.

Art. 244

III. Effets de l'acceptation

Celui qui, dans l'intention de donner, dispose d'une chose en faveur d'un tiers peut, même s'il l'a séparée effectivement du surplus de ses biens, revenir sur sa décision aussi longtemps que son offre n'a pas été acceptée par le donataire.

III. Bedeutung der Annahme

Wer in Schenkungsabsicht einem andern etwas zuwendet, kann, auch wenn er es tatsächlich aus seinem Vermögen ausgesondert hat, die Zuwendung bis zur Annahme seitens des Beschenkten jederzeit zurückziehen.

III. Effetto dell'accettazione

Chi elargisce una cosa ad altri con l'intenzione di donarla, può sempre ritirare l'elargizione fino all'accettazione da parte del donatario, anche se l'avesse già effettivamente separata dal suo patrimonio.

38 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1534. Pour les détails et le traitement nuancé des donations non valables, inscrites au RF, cf. MAISSEN, N 339 ss. Sur la relation entre inscription au RF et la validité de l'acte juridique de base, cf. SCHNYDER B.; voir aussi N 16.

39 ATF 140 III 200, c. 4; TF, 4A_573/2016, c. 5.2; ATF 112 II 330, c. 3a, JdT 1987 I 70; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1534.

40 CHK-SCHÖNENBERGER, N 5; MAISSEN, N 342.

41 ATF 105 II 104, c. 3c et d, JdT 1979 I 489; BSK-VOGT/VOGT, N 7; ENGEL, Contrats 118. Pour l'application de la théorie de l'invalidité *sui generis* (cf. *supra* N 18) qui laisse subsister la donation dans une telle situation, sauf en cas de vices (graves) d'une donation immobilière, cf. MAISSEN, N 343.

42 CHK-SCHÖNENBERGER, N 6.

43 HUGUENIN, OR AT/BT, N 2876 s.

Plan

	N
I. La conclusion du contrat	1
A. L'offre de donation	2
B. L'acceptation	6
II. L'exécution du contrat	11
III. Les exigences de forme	16

I. La conclusion du contrat

CO 244 exprime la prémisse essentielle de la donation, à savoir que le contrat de donation se conclut par l'**échange des manifestations de volonté concordantes** des parties: la volonté de donner (*animus donandi*), exprimée par l'offre de donation de la part du donateur, et la volonté de recevoir, traduite par l'acceptation du donataire (CO 1 ss)¹. **1**

A. L'offre de donation

L'offre doit être faite de manière **expresse** par le donateur au donataire², qui doit être un sujet de droit, personne physique ou morale³. Sans cette communication du donateur, le donataire ne peut accepter⁴. L'offre de donation n'est jamais présumée (p.ex. par le défaut de faire valoir un droit de créance) et, en cas de contestation, la situation est toujours interprétée en faveur du donateur (allégué), en raison de la charge unilatérale qui lui est imposée⁵. La portée des comportements et communications des parties s'interprète selon les principes de l'interprétation applicables au contrat de donation (CO 239 N 8). **2**

L'offre lie le donateur (CO 3 à 5), mais est **librement révocable** jusqu'au moment de l'acceptation par le donataire; CO 244 déroge en cela à CO 9⁶. Le donateur peut également revenir sur son offre tant et aussi longtemps que celle-ci ne satisfait pas aux exigences de forme (CO 242)⁷. **3**

CO 244 confirme le principe de la révocabilité de l'offre et le réaffirme pour le cas où le donateur aurait **séparé le bien** à donner du surplus de ses biens. Cette réaffirmation **4**

1 ATF 144 III 93, c. 5.1.2; ATF 114 II 36, c. 2, JdT 1989 I 156; ATF 110 II 156, c. 2d; BSK-Vogt/Vogt, N 1; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1516. Voir aussi CO 239 N 8, 25 ss.

2 ATF 117 II 382, c. 2, JdT 1993 I 130; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1517 ss. En cas d'un gain annoncé, le plus souvent par voie postale, à une personne qui ne s'en doutait pas, il convient d'examiner la nature de l'acte et la relation des parties au regard de CO 8, 513 I, 515 et 239; TC ZG, RSJ 1992 254 ss; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1518. La remise à la banque de titres et le virement de sommes pour les transférer en don à une personne désignée doivent exprimer l'intention du donateur de donner et doivent, pour constituer une donation valable, être acceptés par le donataire; il peut s'agir d'une donation manuelle, notamment en cas de vice de forme initial d'une promesse de donner; cf. ATF 136 III 142, c. 3.3. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1520 s.; ENGEL, Contrats, 111.

3 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1519. Cf. CC 482 IV pour les donations aux animaux.

4 BK-BECKER, CO 239 N 2.

5 BSK-Vogt/Vogt, CC 239 N 2; BÜRGI, FJS 50, 2. La présomption à l'égard de la donation ne doit pas être confondue avec celle portant sur l'existence d'une condition ou d'une charge; cf. CO 245.

6 ATF 136 III 142, c. 3.3; ATF 114 II 36, c. 2, JdT 1989 I 156; BSK-Vogt/Vogt, CO 239 N 1; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1517; MAISSEN, N 54 et 129; CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; pour ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 2, par contre, CO 3 ss sont applicables normalement. Cf. aussi le MESSAGE CO, 45, selon lequel l'offre «ne lie point en principe le donateur, qui peut la révoquer comme une offre ordinaire».

7 Cf. au sujet d'une promesse de donner (CO 243 I): ATF 105 II 104, c. 3c et d, JdT 1979 I 489.

concerne avant tout la promesse de donner (CO 243) où elle paraît cependant superflue étant donné que le transfert de la propriété n'a pas encore eu lieu⁸. La donation manuelle est concernée dans l'hypothèse où le donateur aurait remis la chose au donataire avant de faire l'offre de donation⁹ ou si le donataire participe à la séparation du bien donné du reste des biens du donateur¹⁰.

- 5 Si la **donation est demandée par le donataire**, le donateur peut retirer son offre – qui est, en réalité, l'acceptation de la demande faite et, à ce titre, parfait le contrat – jusqu'au moment où sa réponse parvient à la connaissance du donataire (CO 9); CO 244 est inapplicable à cette hypothèse¹¹.

B. L'acceptation

- 6 Pour obliger les parties, **l'offre du donateur doit être acceptée** par le donataire (pour les rares exceptions à cette règle cf. N 7). L'acceptation par le donataire est exigée même si l'offre est faite par l'intermédiaire de tiers ou s'il s'agit d'une donation en faveur d'une collectivité¹². Il découle de la nature de la donation d'acte bilatéral et de CO 244 que la connaissance de l'offre par le donataire est nécessaire, mais ne suffit pas. L'acceptation peut se déduire d'actes concluants (CO 6, acceptation tacite; p.ex. par le versement du montant donné sur un compte bancaire auquel le donateur n'a pas d'accès); les circonstances peuvent exceptionnellement justifier qu'elle soit **présumée**¹³. La donation assortie d'une **condition** et celle grevée d'une **charge** pour le donataire requiert une acceptation expresse de ce dernier, en principe par la signature du contrat (CO 243 I; CO 243 N 7)¹⁴.
- 7 Les **exceptions** à l'exigence de l'acceptation par le donataire sont la renonciation par le copropriétaire ou le propriétaire commun à ses droits sans cession à un tiers et la renonciation à une dette (CO 115) ou à un droit réel (limité). Ces renoncations font bénéficier les autres propriétaires, le débiteur et le propriétaire du fonds grevé de l'avantage abandonné¹⁵.
- 8 En cas de **demande d'offre** par le donataire, l'acceptation existe avant l'offre de donation. Le contrat est valablement conclu par une **réponse positive du donateur** qui constitue l'offre (N 5). Cela vaut tant pour la demande d'offre adressée à une personne ou des personnes spécifiquement, que si pour celle émise sans destinataire spécifique (*ad incertam personam*). Pour les envois non commandés, cf. CO 6a¹⁶.

8 Dans ce sens: VON TUHR, I.

9 Cf. CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; VON TUHR, I.

10 BSK-VOGT/VOGT, N 2.

11 BSK-VOGT/VOGT, N 2; CHK-SCHÖNENBERGER, N 2.

12 ATF 136 III 142, c. 3.4; ATF 114 II 36, c. 2, JdT 1989I 156; BSK-VOGT/VOGT, N 2; TERCIER/BIERI/CARRON, N 152; ENGEL, Contrats, 111.

13 ATF, 144 III 93, c. 5.1.2; ATF 136 III 142, c. 3.3; ATF 114 II 36, c. 2b; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1520 s., soulignent que l'acceptation est implicite dans la donation manuelle.

14 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1522; BSK-VOGT/VOGT, N 1, au sujet des charges. Les auteurs ne traitent pas la question de l'acceptation expresse de conditions par le donataire; cela paraît néanmoins nécessaire car les droits et devoirs du donataire en sont influencés; cf. CO 245.

15 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1520 ss; ENGEL, Contrats, 111. Cf. VAN DE SANDT, N 160 ss, 250, 254, 259 ss.

16 KOLLER, 202.

Modalités de l'acceptation: Si l'offre requiert une **acceptation expresse** par le donataire, celle-ci doit être donnée immédiatement en cas d'offre entre présents ou par téléphone (CO 4) et dans un délai raisonnable (CO 5) pour les offres entre absents. Dans tous les cas, l'acceptation doit intervenir dans le délai fixé par le donateur (CO 4 et 5). L'**acceptation tacite** est réputée advenue au moment où le donataire a eu connaissance de l'offre (CO 10 II); la preuve du moment de l'acceptation de l'offre par le donataire à un moment ultérieur doit être réservée pour que le donateur puisse disposer de son droit de révocation (N 4). La donation de biens remis par un mode de transfert indirect (p.ex. lorsque des titres ou des valeurs sont détenus par une banque) est parfaite lorsque l'avis du tiers dépositaire est arrivé chez le donataire; ce dernier est réputé avoir accepté la donation à ce moment-là¹⁷. L'éventuel **refus par le donataire de l'offre du donateur** doit être exprès et doit être parvenu au donateur dans un délai convenable.

La donation, en tant que libéralité entre vifs, implique nécessairement que **l'acte générateur d'obligation doit être parfait du vivant des deux parties** (CO 239 I). L'offre du donateur ne peut donc plus être acceptée valablement par le donataire après le décès du donateur¹⁸. Le contrat de donation ne peut pas non plus être conclu par l'acceptation d'une demande d'offre par le donateur après le décès du donataire; les héritiers du donataire n'ont, dans ce cas, pas de créance à faire valoir contre le donateur sollicité. Au sujet de la validité de la créance au-delà du décès du donataire, avant l'exécution de la créance, cf. CO 252.

II. L'exécution du contrat

La **donation valable** est exécutée (*Erfüllung*) par le **transfert de la propriété sur la chose** donnée, ou par l'exécution des actes exigés pour permettre au donataire de bénéficier des droits objets de la donation (CO 239 I). Le contrat de donation est donc suivi par l'acte de disposition¹⁹: ce dernier peut se confondre avec l'échange des manifestations de volonté, il s'agit alors d'une **donation manuelle** au sens de CO 242 I²⁰; si l'exécution du contrat se fait postérieurement à la conclusion du contrat, on est en présence d'une **promesse de donner** au sens de CO 243 et 242 II et III²¹. Le donataire doit avoir la maîtrise (exclusive) sur le bien²².

Le transfert de propriété ou des droits obéit aux **règles applicables au bien donné** (cf. les développements à ce sujet, par rapport à CO 242 et 243)²³.

La promesse de donner fait naître, dans le laps de temps entre la conclusion du contrat et son exécution, une dette et une créance correspondantes dans le patrimoine du donateur

17 ATF, 136 III 142, c. 3; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1522; plus restrictifs par rapport au moment de l'acceptation tacite: ENGEL, Contrats, 111; CAVIN, 183 s.

18 ATF 105 II 104, c. 3c, JdT 1979 I 489; ENGEL, Contrats, 111; MAISSEN, N 54, avec des nuances N 548 ss.

19 VAN DE SANDT, N 302 ss. Cf. CO 239 N 14 ss.

20 ATF 105 II 104, c. 3a et 3c, JdT 1979 I 489; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1524 ss.

21 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1527 ss. Cf. CO 239 N 13 ss, au sujet des deux types de donation et leur délimitation, et les références.

22 ATF 136 III 142, c. 3.4, laisse ouverte la question de savoir si le versement d'une somme par le donateur sur un compte bancaire dont le donateur et le donataire disposent individuellement suffit pour parfaire la donation manuelle.

23 Au sujet du transfert de la possession, cf. STEINAUER, Droits réels I, N 241 ss et Droits réels II, N 1551 ss pour l'action tendant au transfert de la propriété; VAN DE SANDT, N 133 ss.

et du donataire respectivement (CO 239 N 56 ss). L'exécution subséquente du contrat n'enrichit plus le donataire²⁴ et n'appauvrit plus le donateur.

- 14 Le **représentant légal du donataire** peut refuser la donation ou révoquer l'acceptation, tacite ou expresse, par l'incapable (CO 241 II).
- 15 Le contrat qui n'est **pas valablement conclu** n'existe pas et entraîne des **effets** ordinaires de la nullité; cf. CO 239 N 66. Des prestations éventuellement déjà faites doivent être restituées; le propriétaire des biens dispose, au besoin, de l'action en revendication et peut faire valoir des prétentions fondées sur l'enrichissement illégitime (CO 62)²⁵.

III. Les exigences de forme

- 16 Pour les exigences de forme tant du contrat de donation que de l'acte de disposition, cf. CO 242 et 243.

Art. 245

D. Conditions et charges I. En général

D. Bedingungen und Auflagen
I. Im Allgemeinen

D. Condizioni ed oneri
I. In genere

¹ La donation peut être grevée de conditions ou de charges.

² Les donations dont l'exécution est fixée au décès du donateur sont soumises aux règles concernant les dispositions pour cause de mort.

¹ Mit einer Schenkung können Bedingungen oder Auflagen verbunden werden.

² Eine Schenkung, deren Vollziehbarkeit auf den Tod des Schenkers gestellt ist, steht unter den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen.

¹ La donazione può essere gravata da condizioni e da oneri

² La donazione da eseguirsi dopo la morte del donatore è regolata dalle norme sulle disposizioni a causa di morte.

Plan

	N
I. La donation assortie de conditions (CO 245)	1
A. Notion et types	1
B. Exigences de fond et de forme	6
C. L'effet des conditions	13
II. La donation grevée de charges (CO 245 I et 246)	19
A. Notion et types	19
B. Les exigences de forme	26
C. Effets de la charge	29
III. Délimitation entre condition et charge	37
IV. La donation dont l'exécution est fixée au décès du donateur (CO 245 II) . . .	41
A. Champ d'application	43
B. La donation soumise à CO 245 II: acte entre vifs ou pour cause de mort?	51
C. La portée du renvoi de CO 245 II	58
V. Droit international privé	61

24 VON TUHR, V.

25 ATF 105 II 104, c. 4, JdT 1979 I 489. CHK-SCHÖNENBERGER, CO 239 N 7.

I. La donation assortie de conditions (CO 245)

A. Notion et types

Les parties du contrat peuvent soumettre la donation à des **conditions** (*Bedingungen, condizioni*) qui subordonnent l'obligation à l'arrivée d'un événement incertain (CO 151), à partir duquel la donation doit déployer ses effets ou cesser de le faire. Cet événement peut être p.ex. la survenance d'une **situation**, l'adoption d'un **comportement** par le donataire, ou encore l'exécution ou l'inexécution d'une **prestation** due par ce dernier en faveur du donateur ou d'un tiers. 1

Un comportement ou une prestation du donataire peuvent représenter **une condition ou une charge**. La réalisation des conditions détermine l'existence de la donation, ainsi que l'étendue des droits et obligations des parties, alors que la charge est un devoir accessoire du donataire n'existe que si la donation existe (voir N 37 ss). La condition peut également exprimer le motif de la donation¹. 2

Les conditions peuvent être de nature 3

- **suspensive**: la donation ne doit être exécutée que dès le moment où la condition est remplie (CO 151 ss), ou
- **résolutoire**: la donation est annulée au moment de la réalisation de la condition (CO 154)².

Si la réalisation de la condition dépend de la seule volonté du donateur (*Wollensbedingung, condicio si voluero*), il s'agit d'une condition **potestative** (CO 155). La loi fait expressément état du **droit de retour** (CO 247) et du **droit de révocation** dans les hypothèses énumérées aux articles CO 249 à 251. Pour la donation dont l'exécution est différée au décès du donateur, cf. N 41 ss. Un cas spécial de condition potestative est prévu par **CC 91**: chaque fiancé peut exiger de l'autre la **restitution des cadeaux si les fiançailles** sont rompues pour une autre raison que le décès de l'un d'eux³. L'exercice de ce droit ne nécessite pas une révocation expresse de la donation⁴. L'action est éminemment personnelle; elle n'appartient qu'aux fiancés⁵. 4

Toute donation peut être soumise à des conditions. Les conditions valablement convenues déploient leurs effets sur le plan du **droit des obligations** (p.ex. l'extinction d'un droit d'habitation ou le droit de retour d'un bien immobilier à l'époux donateur en cas de séparation ou de divorce du couple⁶, ou la naissance d'un droit d'habitation au décès du propriétaire du bien⁷)⁸. En cas de **donation d'immeubles**, seul le **droit de retour** 5

1 WINISTÖRFER, 49 s., 88.

2 Pour le détail, voir MAISSEN, N 456 ss, 471 ss. Cf. également BSK-VOGT/VOGT, N 1, 3a ss; CO 151 N 28 ss, ainsi que pour la condition comme modalité de l'acte, N 23 ss. Pour les conditions en droit successoral, cf. CC 482 (CR CC II-BADDELEY, CC 482 N 22 ss). Voir aussi CO 239 N 60 et 65.

3 Cf. CR CC I-PAPAUX VAN DELDEN, CC 91 N 5, au sujet du champ d'application de CC 91, plus large que celui de CO 239, et N 1 s. au sujet de l'étendue du devoir de restitution du bien ou de l'enrichissement illégitime (CC 91 II).

4 ATF 82 II 430, JdT 1957 I 144, action du donateur qui a fait une donation mixte à son futur gendre en vue du mariage projeté de *sa fille* avec ce dernier. RVJ 1979 278, et la décision du TF relative à la même affaire, reproduite p. 287; WERRO/LAVANCHY, N 198 ss. Voir aussi N 9.

5 CR CC I-PAPAUX VAN DELDEN, CC 91 N 3.

6 ATF 115 II 213, SJ 1990 I 120.

7 TF, 5A_518/2017, c. 3.2 (non publié dans ATF 144 III 310).

8 KUKO OR-LINIGER/TRIEBOLD, N 2. Pour les annotations de droits fondés sur les législations cantonales antérieures au CC, cf. ATF 85 II 609, c. 3 et 4, JdT 1960 I 510.

prévu à CO 247 peut être annoté au registre foncier; voir CO 247 N 10 ss. D'autres conditions résolutoires (ou suspensives) ne peuvent pas être inscrites au registre foncier et n'ont pas d'effet réel; l'objet donné est acquis au donataire de manière définitive dès l'inscription au registre foncier.

B. Exigences de fond et de forme

- 6 S'agissant du **contenu des conditions**, les parties en conviennent librement. Puisqu'elle détermine l'existence de la donation, la condition constitue un élément essentiel du contrat de donation⁹. Une condition ne doit être **ni contraire au droit ni aux mœurs** et elle ne doit pas avoir l'effet de rendre le contrat illicite ou contraire aux mœurs¹⁰. La donation dont une condition ne respecte pas ces exigences est en principe nulle (CO 20). Toutefois, si le contrat sans cette condition n'enfreint ni la loi ni les mœurs et que l'examen de la volonté des parties révèle qu'elles auraient voulu le sauvegarder en renonçant à la condition, le contrat est valable et seule la condition est nulle (CO 20, 157)¹¹. La condition privative (*privatorische* ou *kassatorische Klausel*) qui priverait le donataire de l'attribution s'il intentait, grâce à la situation obtenue en raison de la donation, une action judiciaire au donateur est admissible¹². La condition peut être **limitée dans le temps**; sans convention des parties à cet égard, il appartient au juge de déterminer la durée de la condition¹³. La condition qui concerne une prestation personnelle de l'une des parties **après le décès** de cette partie peut valablement être convenue entre les parties et sa réalisation entraîne les conséquences convenues (CO 155)¹⁴.
- 7 Le donataire doit **accepter** la donation dans son intégralité, donc avec la condition. Cela vaut aussi pour le mineur et l'adulte sous curatelle de portée générale ou restreint autrement dans sa capacité d'accepter, et leur représentant légal; pour les exigences quant à l'acceptation dans ces hypothèses, voir CO 241 N 4 et 11 ss.
- 8 Les **exigences de forme** applicables à la condition – élément essentiel du contrat – dépendent du type de donation:
- 9 – En cas de **donation manuelle**, la condition n'est soumise à aucune exigence de forme (cf. CO 242); elle peut être émise de manière expresse ou tacite¹⁵. Dans ce dernier cas, la condition doit néanmoins faire l'objet d'une manifestation non équivoque de la volonté des parties¹⁶ ou résulter clairement des circonstances¹⁷. Il n'y a pas lieu d'ad-

9 Par opposition à une expectative, cf. TF, 4A_335/2018, c. 5.1.1.

10 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1573; MAISSEN, N 451, 453 ss et 471 ss.

11 CO 157 N 1 s. et 7 ss; CHK-PELLANDA, CO 151 N 10.

12 Pour le détail, voir MAISSEN, N 456 ss, 471 ss. Cf. également BSK-VOGT/VOGT, N 2, CO 239 N 46.

13 CO 151 N 56.

14 TF, 5A_518/2017, c. 3.2 (non publié dans ATF 144 III 310); ATF 85 II 609, c. 3, JdT 1960 I 510; BSK-VOGT/VOGT, N 1; MAISSEN, N 468. Voir aussi CR CC II-BADDELEY, CC 482 N 33 s., pour les effets des conditions des dispositions pour cause de mort.

15 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1573; CHK-SCHÖNENBERGER, N 2, qui souligne que la donation manuelle ne peut être liée qu'à une condition résolutoire; MAISSEN, N 463 ss. Pour des raisons de preuve, la forme écrite est naturellement préférable.

16 Cf. pour les droits réels créés avant le CC: ATF 85 II 609, c. 5, JdT 1960 I 510.

17 ATF 96 II 119, c. 2, JdT 1971 I 144; ATF 80 II 260, c. 2, JdT 1955 I 162; BSK-VOGT/VOGT, N 3 et 3b; MAISSEN, N 463.

mettre une condition implicite en l'absence d'indices spécifiques¹⁸. Ainsi, la donation faite par une personne en danger de mort est présumée liée à la condition de la non-survie du donateur¹⁹. En revanche, on ne peut pas présumer que la donation entre époux ou partenaires enregistrés est soumise à la condition que le mariage ne finisse pas par le divorce, sauf éventuellement s'il s'agit de bijoux de famille hérités par le donateur²⁰. Ces mêmes règles – non celles qui régissent les cadeaux entre fiancés (CC 91 ; cf. N 4) – peuvent être appliquées aux concubins lorsque le concubinage présente le caractère d'une union stable, comparable à un mariage ou un partenariat, ce qui devrait être examiné dans chaque cas d'espèce, et en tout cas si le couple était fiancé et a rompu²¹.

- La condition d'une **promesse de donner** doit revêtir la forme écrite ou authentique; elle peut toutefois découler du contenu du contrat sans être spécifiquement indiquée comme condition (CO 242 II et 243, 11 II)²². 10

Les **vices de forme**, s'agissant des conditions soumises à la forme écrite, sont guéris par l'exécution de la donation (CO 243 III)²³. L'exécution ne guérit, en revanche, pas le vice si la forme authentique est exigée (N 10). 11

Pour la forme que peut ou doit prendre la déclaration réalisant la condition, cf. N 14. 12

C. L'effet des conditions

1. Entre le moment de la conclusion du contrat et celui de la (non-)réalisation de la condition

Pendant ce laps de temps, le contrat de donation est boiteux (flottant, *in einem Schwebenzustand*), entraînant des effets différents selon le type de condition: 13

- Lorsque la condition est **résolutoire** (CO 154), la donation déploie ses effets dès l'exécution du contrat. En attendant l'éventuelle réalisation de la condition, le donataire acquiert la pleine propriété du bien donné de manière non définitive; il doit, de ce fait, s'abstenir d'actes qui empêchent la réalisation de la condition et compromettent les effets de la condition (CO 152 p.a.)²⁴. 13a

¹⁸ Dans ce sens, HUGUENIN, OR AT/BT, N 2853.

¹⁹ ATF 58 II 421, 427. En revanche, si le donateur est malade, la condition résolutoire du rétablissement du donateur doit être expressément mentionnée; elle ne peut être présumée; cf. TF, 5P.444/2006, c. 3, en application du droit espagnol mais dont les réflexions sont valables en droit suisse également. BSK-VOGT/VOGT, N 3e.

²⁰ ATF 113 II 252, c. 2b; ATF 85 II 70, JdT 1959 I 469; WERRO/LAVANCHY, N 618; ENGEL, Contrats, 114 s., 120 s. Voir aussi BSK-VOGT/VOGT, N 3b et 3c.

²¹ Dans ce sens, ENGEL, Contrats, 114 s.; PAPAUX VAN DELDEN, Le concubinage en droit suisse: état des lieux et réflexions prospectives, FamPra.ch 4/2020, 851, 857; voir aussi pour la définition de telles unions, 857 s., ainsi que BOVEY, Concubinage, aspects patrimoniaux, in: Le droit en question, 2017, 249, 250 s.

²² CHK-SCHÖNENBERGER, N 2, MAISSEN, N 466, 322 ss, et la doctrine majoritaire. ENGEL, Contrats, 118, admet l'absence d'exigence de forme pour l'acceptation du donataire qui n'assume aucun engagement (CO 13). TERCIER/BIERI/CARRON, N 1573, admettent généralement la condition implicite, donc l'absence d'exigence de forme aussi pour la promesse de donner. Cf. également CO 241.

²³ MAISSEN, N 466.

²⁴ ATF 80 II 260, c. 1, JdT 1955 I 162; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1575, MAISSEN, N 458, 476. Voir également CO 152 N 2 et 13 ss, CO 154 N 5 ss; CHK-PELLANDA, CO 154 N 6 s.

- 13b** – La donation sous condition **suspensive** (CO 151) implique que les parties sont liées par leur contrat, mais ce dernier ne déploie pas encore d'effets²⁵. Elles sont liées par l'obligation de loyauté découlant de CO 152 qui interdit «tout acte qui empêcherait que l'obligation ne fût dûment exécutée», en d'autres termes, qui empêcherait la survenance ou les effets de la condition suspensive²⁶. Le donataire ne devient propriétaire de la chose donnée qu'au moment de la réalisation de la condition²⁷, mais il peut en être possesseur à un autre titre pendant cette période.

2. *En cas de réalisation de la condition*

- 14** Les modalités de la **réalisation des conditions** sont déterminées par les clauses du contrat. La **condition potestative** nécessite une déclaration de volonté du donateur, laquelle n'est pas soumise, sauf dispositions contractuelles contraires, à une exigence de forme particulière²⁸.
- 15** La réalisation de la condition entraîne des effets différents selon qu'il s'agit d'une condition résolutoire ou suspensive qui sont, sauf disposition dérogoratoire du contrat, les suivantes:
- 15a** – La donation assortie d'une **condition résolutoire** est caduque et donne lieu *ipso iure* à restitution par le donataire de la chose transférée antérieurement (CO 154 I)²⁹. Selon CO 154 II, la caducité du contrat n'a pas d'effet rétroactif; ainsi les avantages obtenus grâce à la donation avant la survenance de la condition restent acquis au donataire qui ne doit pas indemniser le donateur, mais le donataire déchu doit restituer le bien³⁰. Des auteurs récents, en accord avec l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de résiliation de contrats, préconisent la restitution des prestations des parties sur la base d'un fondement contractuel assorti d'un effet réel (rapport de liquidation, CO 109)³¹. L'action des fiancés en vertu de CC 91 obéit à des règles particulières (N 4). Les parties peuvent convenir, d'emblée ou après la conclusion du contrat, d'autres effets de l'avènement de la condition résolutoire. Il en va de même des conditions résolutoires légales des CC 217 et 242 III (CO 247 N 14 ss).
- 15b** – Lorsque la **condition suspensive** se réalise, la donation devient pleinement valable et le donataire peut faire valoir tous ses droits, dont notamment celui au transfert (de la

25 Des effets anticipés peuvent se produire (CO 152); pour le détail: CO 151 N 42 ss. Au sujet de la qualification de cette relation d'expectative, voir CHK-PELLANDA, CO 151 N 50; CO 151 N 41, ce dernier parlant d'une situation «renforcée» des parties qui détiennent déjà un certain nombre de droits.

26 CO 152 N 1 et N 13 ss.

27 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1574, MAISSEN, N 456 s., 472.

28 TF, 4C.46/2000, c. 4; BSK-VOGT/VOGT, N 1.

29 ATF 80 II 260, c. 1, JdT 1955 I 162; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1575; BSK-VOGT/VOGT, N 4. Voir également CO 154 N 16 ss. Le donateur peut revendiquer la chose donnée (CC 641) auprès des héritiers du donataire, cf. CAVIN, 194.

30 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1575; MAISSEN, N 478; BUCHER, BT, 157; CO 154 N 8 ss, 16 ss; voir aussi CR CC II-BADDELEY, CC 482 N 39, ainsi que CC 488 N 21, en matière d'attributions successorales sous condition résolutoire. Préconisent, au contraire, l'effet *ex tunc* de la réalisation de la condition résolutoire avec les droits du donateur fondés sur CC 641 II, CO 62 et 41 ss: CHK-SCHÖNENBERGER, N 2, CO 247 N 3; BSK-VOGT/VOGT, N 4. Voir CO 154 N 16 ss, avec explications sur le fondement des deux théories. Dans l'ATF 82 II 430, JdT 1957 I 144, où le TF admet l'action du père demandant à l'ex-fiancé de sa fille la restitution de la donation (mixte), avec comme fondement de l'action, l'absence de la cause de la donation (CO 62 ss; c. 7), mais on peut se demander s'il ne s'agit pas plutôt de l'avènement d'une condition résolutoire implicite qui grevait la partie gratuite de cette donation mixte.

31 De notre avis sur CO 154 en général CO 154 N 4, 10, 15, ainsi que la doctrine citée.

propriété) du bien donné. Le transfert de la propriété du bien préalablement remis au donataire à un autre titre se fait par *brevi manu traditio*, au moment de la réalisation de la condition (CO 151)³². Les effets du contrat se produisent *ex nunc*, sauf exception légale (p.ex. CO 153) ou conventionnelle³³.

- Quelle que soit la nature de la condition, si le débiteur ne peut s'exécuter parce qu'il a **disposé de la chose**, CO 152 III est applicable³⁴: l'acte de disposition est frappé de nullité, sous réserve de la protection de l'acquéreur de bonne foi. Lorsque la restitution ou la remise de la chose n'est pas possible, le donataire, en tant que créancier, dispose de l'action en dommages-intérêts contre le débiteur fautif (CO 97 ss)³⁵. Le devoir d'indemnité englobe la compensation pour les diminutions de valeur dues à des dégradations et à la perte du bien donné en cas de faute du donataire³⁶. 15c
- Par ailleurs et **en toute hypothèse**, la réalisation de la condition provoquée ou empêchée contrairement aux règles de la bonne foi ne déploie pas ses effets (CO 156)³⁷. 15d

3. En cas de non-réalisation de la condition

La non-réalisation de la condition a, comme la réalisation, des effets différents selon le type de conditions: 16

- Lorsqu'il est certain que la **condition résolutoire** ne se réalisera pas, la donation est **parfaite**. La propriété du bien remis au donataire antérieurement est définitivement acquise à ce dernier; en cas de promesse de donner, le donataire acquiert à ce moment une créance définitive en délivrance de la chose objet du contrat.
- Dès le moment où il est établi que la **condition suspensive** ne peut pas se réaliser, la donation devient **caduque**. Les parties se doivent restitution des prestations faites (CO 62) et le donataire rend au donateur les fruits perçus (CO 153 II)³⁸.

L'éventuel droit de révocation (**condition potestative résolutoire**) tombe au décès du titulaire de ce droit; la donation est définitivement acquise au donataire. A l'inverse, la donation assortie d'une **condition potestative suspensive** devient caduque au décès du donateur; une manifestation de la volonté du donateur ne peut plus intervenir³⁹. La situation est semblable si la partie titulaire du droit de révocation devient durablement incapable de discernement, à moins que ce droit ne puisse être exercé par une autre personne. La donation dont l'exécution peut être différée, par l'effet de la condition, au décès du donateur pose la question de savoir si elle constitue une donation ordinaire ou une donation avec effet au moment du décès du donateur (CO 245 II; N 41 ss), voire même une disposition pour cause de mort. La réponse est déterminée par la nature de l'événement dont dépend la réalisation de la condition. 17

32 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1574; STEINAUER, Droits réels I, N 288 ss.

33 CO 151 N 48 ss; CHK-PELLANDA, CO 151 N 55 s.

34 Par analogie s'il s'agit d'une condition résolutoire.

35 ATF 80 II 260, c. 1, JdT 1955 I 162; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1574; KUKO OR-LINIGER/TRIEBOLD, N 3; CAVIN, 194.

36 CO 154 N 7. Sur la base de CO 41 ss pour BSK-VOGT/VOGT, N 4; KUKO OR-LINIGER/TRIEBOLD, N 3. Voir également CO 248.

37 TF, 4A_203/2018, c. 3.2.2 (faillite, mandat d'avocat); ATF 109 II 20, c. 2.a (vente). MAISSEN, N 469.

38 CO 151 N 57 s.; CHK-PELLANDA, CO 151 N 58 et CO 153 N 6. Pour BSK-VOGT/VOGT, N 4, le donataire doit restitution du bien ou, en cas d'impossibilité fautive de restituer le bien, des dommages-intérêts sur la base de CO 97 ss.

39 Cf. ATF 85 II 609, c. 5, JdT 1960 I 510 (droit de retour et de révocation contractuel). BSK-VOGT/VOGT, N 1. Voir aussi N 38 ss.

- 18 Il ne peut y avoir d'**action en exécution** d'une condition⁴⁰. En revanche, l'action (subsidiare) de constatation de la réalisation de la condition est ouverte. Les conditions illícites ou contraires aux mœurs sont **nulles** et peuvent entraîner la nullité de la donation (CO 157, 20; N 6)⁴¹. En particulier, les conditions ne doivent pas, par leur contenu, mais aussi par leurs modalités – par exemple par la durée de la situation soumise à condition –, rendre l'**engagement** pris par l'une des parties **excessif** au sens de CC 27⁴² (voir aussi, pour une éventuelle application analogique, CO 246 N 7 ss). Les arguments évoqués dans la discussion au sujet de la durée admissible de charges (CO 246 N 10 et 13 ss) peuvent l'être aussi à l'égard des conditions de donations. Le donataire d'une donation sous condition résolutoire est propriétaire légitime de la chose donnée; la caducité du contrat de longues années après son exécution comporte des risques pour les deux parties.

II. La donation grevée de charges (CO 245 I et 246)

A. Notion et types

- 19 La donation peut être assortie d'une ou de plusieurs charges (*Auflagen, oneri*; donation *sub modo*). La charge **impose un devoir** au donataire. Il peut s'agir d'un devoir de nature économique, notamment lorsque la donation doit être affectée à un but déterminé («*dare*»), ou qu'elle constitue une obligation de faire («*facere*») ou un devoir d'abstention («*non facere*»)⁴³. L'objet et les modalités de la charge relèvent de l'autonomie de la volonté des parties, mais il doit exister un lien interne entre le devoir imposé au donataire et l'objet de la donation⁴⁴. Certaines charges découlent de la nature du bien donné, notamment celles de l'usufruitier (CC 764 ss)⁴⁵.
- 20 Une charge peut être stipulée **en faveur du donateur ou d'un tiers** (*modus qualificatus*)⁴⁶. La doctrine est partagée à l'égard de la **prestation imposée au donataire** en sa propre faveur (*modus simplex*), p.ex. la donation d'une somme d'argent afin que le donataire fasse des études, suive un traitement médical ou entreprenne un voyage⁴⁷. Dans ce

40 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1576; ENGEL, Contrats, 125. Dans ce sens également, Bull. stén. CN, 1906, 16, 1238. Pas très clairs à ce sujet, MESSAGE CO, 46, et Bull. stén. CN, 1906, 16, 1243.

41 ZUFFEREY/WERRO, 218 s., 337 ss; MAISSEN, N 454.

42 Au sujet du terme des conditions, cf. CO 151 N 56.

43 CHK-SCHÖNENBERGER, CO 246 N 1; ENGEL, Contrats 124. Voir aussi ATF 133 III 421, concernant l'exposition d'une statue; TF, 4C.46/2000, not. c. 2a/bb) et 4, relatif à un droit de réméré qui devait être transmis lors de la donation d'un immeuble, mais dont la n'est pas traitée par le TF. Pour la prise en charge des droits d'enregistrement, cf. TF, 2C_164/2015. Pour d'autres exemples, cf. BSK-VogT/VogT, CO 246 N 2.

44 C'est le cas p.ex. du devoir de placer la statue, objet de la donation, à l'entrée d'une exposition; cf. ATF 80 II 260, JdT 1955 I 162; concernant l'usufruit ou le droit d'habitation en faveur du donateur, voir TF, 2P.221/2004, c. 6.4, RDAF 2005 II 468. Cf. également N 37 ss, au sujet de la délimitation entre charge et donation mixte. MAISSEN, N 496 s., 499.

45 ATF 130 III 302, c. 3 (entretien d'un bien par l'usufruitier).

46 Voir p.ex. ATF 127 III 390, concernant une fondation d'entretien dont le premier bénéficiaire est le constituant. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1579.

47 Voir p.ex. ATF 85 II 609, JdT 1960 I 510. La doctrine allemande qualifie parfois de *Zweckschenkung* la donation qui devrait, selon le contrat, être utilisée par le donataire intégralement à une fin spécifiée; cf. BSK-VogT/VogT, CO 246 N 8; MAISSEN, N 536, WINISTÖRFER, 90.

cas, il s'agit bien d'une charge pour certains auteurs⁴⁸, alors que d'auteurs y voient une condition, un simple vœu sans portée juridique⁴⁹, ou éventuellement la cause du contrat (N 21). La détermination de la nature de la clause dépend dans chaque cas d'espèce de la volonté réelle des parties (cf. CO 239 N 8)⁵⁰.

La charge doit être **licite** et conforme aux **bonnes mœurs**; son exécution doit être **possible** au moins initialement (CO 19, 20; voir aussi N 31)⁵¹. Les obligations, notamment les obligations de comportement, qui touchent à l'exercice de droits personnels dans une mesure contraire à CC 27, ne peuvent faire l'objet d'une charge (p.ex. entreprendre des études ou suivre une cure de désintoxication); pour certains auteurs, il s'agit alors en réalité de la cause du contrat⁵². 21

La charge peut être **importante**, tant du point de vue qualitatif que quantitatif (notamment: type de prestation ou comportement exigé, coût pour le donataire, impact de la charge sur la jouissance du bien donné, durée). La charge ne doit cependant pas constituer un engagement excessif au sens de CC 27; de ce fait, les charges stipulées sans terme ou avec un terme dépassant les **30 ans** pour celles impliquant une prestation du donataire et les **100 ans** pour celles qui ne contiennent qu'une restriction des droits de propriété ne peuvent plus faire l'objet d'une action en exécution (CO 246 N 10 ss). 22

Même une **charge économiquement lourde** pour le donataire n'entame pas le caractère de donation de l'acte, notamment si la charge prévoit des prestations au profit de tiers⁵³. En tout état de cause, la charge qui représente une véritable **contre-prestation** pour la prestation du donateur exclut la qualification du contrat comme contrat de donation⁵⁴. Pour que le contrat puisse demeurer qualifié de contrat de donation, on doit pouvoir admettre la volonté des parties, au moment de la conclusion du contrat, que le donataire tire au moins un bénéfice, fût-il minime, de la donation (cp. CO 246 III); sans cette volonté, la transaction est de nature onéreuse⁵⁵. Cf. N 20 au sujet de la qualification de la donation dont la charge bénéficie au donateur. 23

48 CHK-SCHÖNENBERGER, CO 246 N 1 et 3, et MAISSEN, N 532 ss excluent dans cette hypothèse l'action en exécution (CO 246), ce qui laisse au donateur la seule action en restitution de la donation (CO 249 [3]). BSK-VoGT/VoGT, CO 246 N 4, considère que la non-réalisation de la charge prive l'acte de disposition de sa cause, rend le contrat nul et fonde le droit à restitution du donateur ou de ses héritiers en vertu de CO 62 II.

49 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1579; ENGEL, Contrats, 125; CAVIN, 182 s., admet cependant l'application de CO 249 (3) en cas d'inexécution de la prestation promise par le donataire.

50 MAISSEN, N 533.

51 CHK-SCHÖNENBERGER, CO 246 N 1.

52 WINISTÖRFER, 90.

53 TF, 4A_63/2015, c. 3.3; TF, 4C.346/2000, c. 1; ATF 84 II 338, c. 4 et 5, JdT 1959 I 130 (charges grevant une donation mixte); CHK-SCHÖNENBERGER, CO 246 N 1; ENGEL, Contrats 124 s.

54 Cf. TF, 2P.221/2004, c. 6, RDAF 2005 II 468; TA GE 414/2008. BSK-VoGT/VoGT, CO 246 N 1. Pour une donation mixte à la limite d'un contrat onéreux, en raison des charges et contre-prestations admissibles (usufruit, reprise indirecte de dettes hypothèques et obligation de verser une somme au donateur), malgré la volonté de donner du donateur, dans une procédure de sursis concordataire, cf. TF, 5A_378/2016, c. 3. Voir aussi les développements approfondis de MAISSEN, N 519 ss, et WINISTÖRFER, 89 s.

55 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 6; BK-BECKER, CO 246 N 3, avec exemples. En matière fiscale, les prestations du bénéficiaire du sponsoring sont en principe des contre-prestations, pas des charges; cf. TF, 2C_967/2013, c. 2.1; TF, 2A.150/2001, not. c. 5b-d, RDAF 2002 II 156. A notre avis, la qualification de charges n'est pas exclue du point de vue du droit des contrats, selon la rédaction et le contenu des clauses spécifiques du contrat. Voir aussi TF, 5A_378/2016, c. 3. (n. précédente).

- 24 Une charge peut grever une **donation mixte**⁵⁶. La disproportion entre la valeur vénale et le prix de vente, qui constitue le critère de la qualification de donation mixte, doit être établie en tenant compte des charges assumées par le donataire⁵⁷. La contre-prestation du donataire pour la partie onéreuse de la donation mixte n'est pas une charge (N 23).
- 25 La **fondation fiduciaire** qui bénéficie aussi au constituant est une donation avec charge⁵⁸. L'obligation faite au *trustee* de faire des distributions à partir de la fortune ou des revenus du **trust** n'est pas une donation avec charge, le *trustee* n'étant pas donataire, mais si les conditions de CO 239 sont remplies, cette attribution peut représenter une donation indirecte du donateur au *beneficiary*, au moyen d'une stipulation pour autrui (CO 112) convenue avec le *trustee*⁵⁹.

B. Les exigences de forme

- 26 En cas de donation grevée d'une charge, les exigences de forme spécifiques doivent être respectées pour chacun des engagements de sorte que le donataire soit valablement lié par rapport à la donation et à la charge (cf. N 27, CO 242 et 243)⁶⁰.
- 27 Le donataire doit **accepter** la charge⁶¹. L'acceptation tacite de charges ne doit être admise que pour des raisons particulières, p.ex. parce qu'elle découle de la nature de la relation entre les parties. La donation d'actions de l'entreprise familiale à des membres de la famille peut être considérée ayant été faite sous la condition de ne pas nuire aux intérêts de la famille⁶².
- 28 Une donation grevée d'une charge acceptée par un **mineur** ou une **personne placée sous curatelle** et restreinte dans sa capacité civile requiert le consentement du représentant légal, même si le donataire est capable de discernement (CC 19 I)⁶³. Le représentant légal peut conclure un contrat de donation comportant une charge au nom du donataire⁶⁴. Cf. CO 241 N 12 s., 17.

56 TF, 2P.221/2004, c. 6.3, RDAF 2005 II 468, au sujet d'une rente en faveur du donateur d'un immeuble, qui constitue en réalité une contre-prestation, ce qui fait de l'acte principal soit une donation mixte soit un échange. BSK-VoGT/VoGT, CO 246 N 5.

57 ATF 84 II 338, c. 6, JdT 1959 I 130, concernant la valeur vénale d'une donation assortie de plusieurs charges sous forme d'usufruit, de droit d'habitation et de soins que le donataire avait promis au donateur et son conjoint; TAS, GE 2007 3417.

58 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 12.

59 Pour la qualification du trust de contrat de donation avec stipulation en faveur du *beneficiary* avant la ratification de la Convention de La Haye, cf. ATF 96 II 79, c. 8, JdT 1971 I 329, ainsi que THÉVENOZ, 36 ss, avec les références aux auteurs critiques à l'égard de cette conversion, en raison des différences manifestes entre donation et trust ainsi amalgamés. Voir aussi CO 239 N 69.

60 CHK-SCHÖNENBERGER, CO 243 N 2; ENGEL, Contrats, 118.

61 CHK-SCHÖNENBERGER, CO 246 N 1; MAISSEN, N 498.

62 Dans ce sens: HUGUENIN, OR AT/BT, N 2853; BSK-VoGT/VoGT, CO 246 N 1, CO 239 N 46, CO 245 N 3.

63 CHK-SCHÖNENBERGER, CO 246 N 1.

64 Voir par ailleurs CO 239 N 3 au sujet de la législation nouvelle en matière de protection de l'adulte.

C. Effets de la charge

La charge n'existe que **si et à partir du moment où la donation existe** (cf. N 26 s., 35)⁶⁵. **29**
 La donation existe indépendamment de l'exécution de la charge car celle-ci est de **nature accessoire**, même si son inexécution permet, sous certaines conditions, d'annuler la donation (cf. CO 249 [3] et 250 I [1])⁶⁶, et même si, dans l'esprit du donateur, elle revêt une grande importance ou constitue le motif de la donation⁶⁷. Elle peut, en revanche, avoir une **durée** moins longue que la donation.

La **valeur** économique ou idéale de la libéralité est diminuée par la charge sans que la **30**
 donation ne perde son caractère gratuit (pour la donation mixte grevée d'une charge; cf. N 24)⁶⁸. La charge ne représentant pas une contre-prestation du donataire ne confère pas de créance au bénéficiaire (donateur ou tiers)⁶⁹. L'exécution d'une charge onéreuse n'implique pas forcément que les fonds nécessaires soient pris sur la chose donnée elle-même⁷⁰. Toutefois, le donataire peut se libérer de la partie de la charge dont l'exécution occasionne des frais supérieurs à la valeur de la chose (cf. CO 246 N 21 ss)⁷¹.

La charge ayant un objet **illicite ou contraire aux mœurs** (CC 27, CO 20), celle dont **31**
 l'exécution est d'emblée **impossible**, de même que celle qui ne respecte pas les prescriptions en matière de forme sont **nulles** et ne peuvent faire l'objet de l'action en exécution au sens de CO 246 (cf. CO 239 N 66)⁷². A moins que la charge nulle n'ait été essentielle pour la conclusion du contrat, la donation reste valable (CO 20 II *i.f.*)⁷³. Cf. CO 246 N 7. Voir toutefois les particularités de la donation avec effet au décès du donateur, N 58 ss.

La charge dont l'exécution **devient impossible** après la conclusion du contrat **s'éteint** **32**
 (CO 119 I)⁷⁴. L'impossibilité d'exécution du donataire non fautive aboutit à libérer le donataire qui bénéficie de la donation sans la charge⁷⁵. Cf. CO 246 N 8.

Une charge peut aussi être **annulée ou réduite** sur la base de circonstances changées **33**
 (*clausula rebus sic stantibus*) ou si elle est invoquée en violation de CC 2 II. Voir également CO 246 N 8.

65 BSK-VOGT/VOGT, CO 246 N 1 et 4. Des prestations dues par le donataire pour que le contrat soit conclu sont des conditions.

66 ATF 80 II 260, c. 2, JdT 1955 I 162. CHK-SCHÖNENBERGER, CO 246 N 1; de même par rapport aux charges dans les dispositions pour cause de mort, CR CC II-BADDELEY, CC 482 N 1 et 13 ss, et STEINAUER, Successions, N 588.

67 Cf. CAVIN, 190 et WINISTÖRFER, 89 s., qui soulignent que, dans certains cas, la charge est la seule cause de la donation, rendant problématique le critère de l'accessoriété; voir aussi N 21 au sujet des effets de cette qualification.

68 WINISTÖRFER, 50.

69 TF, 2P.221/2004, c. 6.3, RDAF 2005 II 468; CHK-SCHÖNENBERGER, N 1, CO 246 N 1. Cf. N 24; CO 239 N 54.

70 ATF 101 II 25, c. 2, JdT 1975 I 564, en matière successorale, mais qui peut servir d'analogie; cf. ENGEL, Contrats, 124, CAVIN, 181.

71 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 6; BK-BECKER, CO 246 N 2.

72 Cf. TF, 4C.346/2000, c. 3, au sujet de la durée d'une obligation contractuelle semblable à un droit réel limité, qui ne doit pas dépasser la durée légale maximale de ce dernier, soit, pour l'obligation d'exploiter un foyer pour personnes âgées assimilable à une charge foncière, 30 ans (CC 788). CHK-SCHÖNENBERGER, CO 246 N 1.

73 BSK-VOGT/VOGT, CO 246 N 1; CHK-SCHÖNENBERGER, N 4, 246 N 1; MAISSEN, N 505. Voir également CO 246 N 7, CO 249 N 18 ss.

74 Les conditions de CO 119 II ne peuvent être remplies dans le cas d'une donation; CO 107 et 82 sont inapplicables. BSK-VOGT/VOGT, CO 246 N 6; MAISSEN, N 507.

75 CHK-SCHÖNENBERGER, CO 246 N 2.

- 34** En cas d'**inexécution de la charge** par le donataire, le donateur dispose de l'**action en exécution de la charge** (CO 246 I), qui constitue la règle, ou, éventuellement en cas d'inexécution sans cause légitime, de la possibilité d'annuler la donation sur la base de CO 249 (3); le donataire répond, selon les règles ordinaires, du dommage causé fautivement (préjudice économique et/ou tort moral) (CO 246 N 5)⁷⁶. L'inexécution d'une charge peut constituer une **condition résolutoire potestative** de la donation (CO 249 [3] *cum* CO 250 I [1])⁷⁷. En cas d'inexécution d'une charge en faveur du donataire (*modus simplex*), certains auteurs excluent l'application de CO 246, voire de CO 249 ss, au profit de celle des règles ordinaires en matière d'**enrichissement illégitime** (CO 62 ss); cela se justifie en tout cas lorsque la charge touche de près à la sphère personnelle du donataire⁷⁸. Les actions ordinaires en matière d'usufruit sont ouvertes au donataire grevé d'un usufruit même si l'usufruitier est le donateur⁷⁹.
- 35** La charge qui grève la partie gratuite de la **donation mixte** se distingue de la contre-prestation du donataire pour la partie onéreuse (N 24, 30); le donateur dispose d'une créance pour cette dernière, mais pas pour la charge. Les conséquences, au niveau fiscal, diffèrent également⁸⁰.
- 36** Les **tiers bénéficiaires d'une charge** ne sont pas cocontractants du donateur; ils sont bénéficiaires d'une stipulation pour autrui (probablement parfaite; N 20)⁸¹, mais n'ont pas la qualité pour agir en exécution de la charge (CO 246 N 2).

III. Délimitation entre condition et charge

- 37** La **validité et l'existence (définitive) de la donation** dépendent de la réalisation de la condition (N 1 ss et 12 ss), mais non de l'exécution de la charge, même si la donation peut être révoquée ultérieurement en cas d'inexécution de la charge (CO 249 [3] *cum* 250 I [1]; cf. N 29 ss et CO 246)⁸². Une prestation du donataire qui, selon l'entente des parties, doit être exécutée avant la conclusion du contrat de donation, ne peut être qu'une condition (suspensive d'une promesse de contracter), non une charge (N 29).
- 38** Les opinions des auteurs divergent quant à la qualification de condition, de charge ou de simple vœu du donateur, qu'il convient de conférer à l'exigence d'un comportement ou d'une prestation du donataire en sa propre faveur (*modus simplex*) (N 20).

76 ATF 133 III 421, c. 3 s.; ATF 96 II 119, c. 3, JdT 1971 I 144; CHK-SCHÖNENBERGER, CO 246 N 5 (avec une limitation du montant à la valeur de la donation); TERCIER/BIERI/CARRON, N 1583. *Contra*: HUGUENIN, OR AT/BT, N 2851 s. Au sujet du calcul, cf. ATF 80 II 260, c. 4, JdT 1955 I 162. Mettant toutefois en doute le droit à des dommages-intérêts, ATF 133 III 421, c. 4.2; cf. aussi BSK-VOGT/VOGT, CO 246 N 6.

77 P. ex. le fait de ne pas, dans un délai maximal de cinq ans, ériger un temple sur le terrain, objet de la donation, donne le droit au donateur d'exiger la restitution du terrain, cf. ATF 85 II 609, JdT 1960 I 510; WINISTÖRFER, 50. Voir aussi CO 246 et 249 (3).

78 BSK-VOGT/VOGT, N 4, et WINISTÖRFER, 89 ss, considèrent que l'inexécution d'une telle charge prive la donation ainsi que la prétention en restitution de leur cause, seule l'application de CO 62 ss est possible. Pour CHK-SCHÖNENBERGER, CO 246 N 3, et MAISSEN, N 534 ss, il n'est également pas possible de demander l'exécution (CO 246), mais il n'y a, en revanche, pas de raison de ne pas appliquer CO 249. Voir aussi N 20 et CO 246 N 5 ss.

79 ATF 130 III 302, c. 3.

80 TF, 2P.221/2004, RDAF 2005 II 468.

81 ATF 76 II 202, c. 2, JdT 1951 I 162, au sujet de charges grevant des legs.

82 ATF 133 III 421 (cas où le donateur n'a pas été estimé fondé à se plaindre d'inexécution de la charge); ATF 96 II 119, c. 2, JdT 1971 I 144.

Les **effets** des conditions et ceux des charges ne sont pas les mêmes (N 13 ss et 29 ss). 39

L'interprétation du contrat en fonction des objectifs des parties permet de déterminer la nature de l'acte et de distinguer la donation assortie de conditions de celle grevée d'une charge, ainsi que la donation de dispositions pour cause de mort, de contrats onéreux, voire d'une obligation non juridique⁸³. La volonté des parties et le but du contrat constituent les **critères d'interprétation principaux**⁸⁴. Voir CO 239 N 8. 40

IV. La donation dont l'exécution est fixée au décès du donateur (CO 245 II)

CO 245 II vise la donation dont l'**exécution est différée au décès du donateur**⁸⁵. La similitude avec les attributions pour cause de mort est patente. Pour éviter que les dispositions régissant ces dernières (CC 498 ss) ne soient éludées par des donations, CO 245 II soumet ces donations aux règles concernant les dispositions pour cause de mort et renvoie ainsi au droit successoral⁸⁶. 41

Le texte légal doit être précisé à plusieurs égards: son champ d'application (A.), sa qualification (B., N 51), et la portée du renvoi de CO 245 II (C., N 58). 42

A. Champ d'application

La donation dont l'exécution est différée au décès du donateur est nécessairement une **promesse de donner**⁸⁷. La donation manuelle nécessite l'exécution immédiate, donc du vivant des deux parties et, de ce fait, ne peut être celle visée par CO 245 II. 43

CO 245 II est applicable à tous les **actes** prévoyant une libéralité dont l'**exécution est différée au décès du donateur**: stipulation pour autrui, mandat, assignation, remise de dette, cession de droits et autres moyens ne donnant au donataire le droit de disposer du bien ou des valeurs qu'à la mort du donateur⁸⁸. 44

Le fait que l'exécution – par le donateur ou le donataire – de la donation n'a pas lieu du vivant du donateur est la **caractéristique essentielle** de la donation au sens de CO 245 II⁸⁹. Il en découle que des attributions dont l'**exécution est différée à un moment ultérieur, mais avant** le décès du donateur et celles dont les **effets se déploient ou commencent à se déployer du vivant du donateur** ne sont pas soumises à CO 245 II. Il s'agit p.ex. de la donation dont l'effet est différé à un moment ultérieur, mais encore du vivant du donateur, du cas où l'effet se produit partiellement du vivant du donateur (p.ex. celle d'une rente qui bénéficie au donataire immédiatement après la conclusion du 45

83 Cf. p.ex. TF, 5A_336/2019; TF, 2C_576/2013; TF, 4A_156/2009; CAVIN, 191; BK-BECKER, CO 246 N 5 ss.

84 KUKO OR-LINIGER/TRIEBOLD, N 2.

85 TF, 5A_140/2014, c. 2.3; ATF 113 II 270, c. 2, JdT 1988 I 170; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1539.

86 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1541; MAISSEN, N 542. La doctrine est unanime au sujet du but de CO 245 II, mais non quant à son interprétation, cf. les développements ci-après.

87 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1539.

88 ATF 127 III 390, c. 2e, JdT 2001 I 267; ATF 89 II 87, JdT 1963 I 599 rés.; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1543; BK-BREITSCHMID, Vorbem. CC 467-536 N 33 *i.f.* et 34 ss.

89 TF, 5A_140/2014, c. 2 à 2.3; TF, 4A_575/2009, c. 2 (qualification d'un droit d'emption); MAISSEN, N 547.

contrat, même si la rente doit être versée au-delà du décès du donateur⁹⁰), de la donation stipulant un droit de retour en cas de prédécès du donataire⁹¹, celle d'un capital seulement partiellement disponible pour le donataire du vivant du donateur ou dont ce dernier ne touche que les intérêts tant que le donateur est en vie⁹², celle qui est exécutée avant son décès par le donateur avec une charge qui grève l'attribution aussi ou seulement après son décès, ainsi que celle d'un bien immobilier avec effet au décès du donateur, mais à l'égard de laquelle une annotation est faite au registre foncier (droit d'emption) ou dont le donataire dispose déjà du vivant du donateur, sur une base obligationnelle⁹³. La donation mixte dont la prestation du donataire est effectuée du vivant du donateur, mais le transfert du bien n'a lieu qu'au décès de ce dernier, est également un acte entre vifs⁹⁴. Pour d'autres exemples et les cas où la qualification pose problème, cf. N 51 ss.

- 46 Ne sont également **pas soumises à CO 245 II**, en raison de leurs effets du vivant des parties, l'**avancement d'hoirie** et la donation faite à un héritier en échange d'une **renonciation** par celui-ci à ses prétentions successorales⁹⁵.
- 47 La **procuracion bancaire** et le **mandat post mortem**⁹⁶, ainsi que la **constitution d'un carnet d'épargne au nom du donataire** pour lequel le donateur s'est réservé le droit d'en disposer jusqu'à sa mort sont des actes entre vifs⁹⁷, qui constituent des donations, ne tombent pas sous CO 245 II.
- 48 Certaines attributions destinées à profiter au donataire seulement au moment du décès du donateur ne tombent néanmoins pas sous CO 245 II, en raison des **dispositions légales particulières** qui les régissent, dont les cas suivants, d'importance pratique particulière:
- 49 – La libéralité représentée par la **clause bénéficiaire d'une assurance-vie** qui est régie par les dispositions de la LCA ou par celles de la législation en matière des piliers 2 et 3a de la prévoyance est qualifiée de libéralité entre vifs ou pour cause de mort dépend de la révocabilité de la clause bénéficiaire. L'attribution de la somme assurée par **clause irrévocable** (ou par **cession**) est, selon la doctrine unanime, une libéralité entre vifs, parce que le donateur ne peut plus disposer de la police d'assurance; de ce fait, la somme assurée est définitivement acquise au bénéficiaire désigné, même si elle est exigible à un moment ultérieur. Cette possibilité n'existe pas en matière d'assurances-vie soumises aux dispositions sur le pilier 3a. Le preneur de l'assurance retient, en revanche, la maîtrise sur l'assurance en cas de **clause révocable**; l'attribution est soumise à la condition résolutoire potestative de la non-révocation de la clause bénéficiaire par le donateur. Celui-ci peut exercer son droit de révocation jusqu'au dernier moment où il peut émettre une manifestation de volonté en ce sens. Pour le Tribunal fédéral et la majorité des auteurs, il s'agit d'une libéralité entre vifs même si la presta-

90 ATF 110 II 156, c. 2a, JdT 1985 I 153, SJ 1985 113.

91 ATF 85 II 609, JdT 1960 I 515. STEINAUER, Successions, N 285b. Pour le détail, cf. CO 247 N 7.

92 Pour des exemples, voir BSK-VOGT/VOGT, N 11; MAISSEN, N 166 ss.

93 Cf. les délimitations entre acte entre vifs et pour cause de mort dans TF, 5A_140/2014, c. 2.1-2.3, TF, 4A_575/2009, c. 2.2 et 2.3, et ATF 99 II 268, c. 3, concernant des ventes avec le transfert du bien au décès du vendeur, mais avec des effets aussi avant cet événement.

94 ATF 46 II 38, c. 2. Si des prestations du donataire sont prévues, mais doivent également n'être effectuées après le décès du donateur, il s'agit d'une donation soumise à CO 245 II; STEINAUER, Successions, N 185c.

95 Dans ce dernier cas, vu l'absence de volonté de donner, il n'y a pas de donation; TF, 2P.296/2005, c. 3.2, RDAF 2006 II 501.

96 Cf. en particulier HAUSHEER, 96 ss.

97 ATF 89 II 87, c. 1; STEINAUER, Successions, N 285d; BSK-VOGT/VOGT, N 19, ex. c).

- tion de l'assurance n'est due qu'au décès du preneur de l'assurance; seule une minorité des auteurs la qualifie, dans ce dernier cas, de disposition pour cause de mort⁹⁸.
- La **modification de la part au bénéfice de l'union conjugale** qui ne peut être faite que par contrat de mariage, selon CC 216 et 241 II *cum* 181. Elle peut être prévue pour le cas du divorce ou de la dissolution de l'union par le décès de l'un des époux (CC 216 I, 217; 241, 242). Même si seule la seconde hypothèse est visée par le contrat de mariage, CC 245 II est inapplicable. Une controverse doctrinale quant à la qualification de l'attribution est tranchée par la réforme du droit successoral: selon le nCC 216, il s'agit d'une libéralité entre vifs qui peut empiéter sur les réserves des enfants communs et de leurs descendants⁹⁹. La qualification de l'attribution d'une part plus importante des biens communs sur la base de CC 241/242 III est la même que pour CC 216, entraînant toutefois la protection de la réserve de tous les descendants. L'éventuelle réduction de cette attribution en raison de la lésion d'une réserve s'opère après celle des dispositions pour cause de mort (CC 532)¹⁰⁰.
 - Le recours aux **autres dérogations au régime matrimonial** (CC 199, 206 III, 239) et la **renonciation par l'un des époux aux droits** prévus en droit matrimonial (CC 163-165, 207 II, 208, 229) ne font pas de la valeur concernée une donation au sens de CO 245 II.
- Les donations qui ne sont pas qualifiées de donations au sens de CO 245 II sont soumis aux **règles des actes entre vifs** (N 58).

B. La donation soumise à CO 245 II: acte entre vifs ou pour cause de mort?

A défaut de précisions dans le texte de CO 245 II, les juges et les auteurs **qualifient ce type de donation** d'acte entre vifs ou d'acte ou disposition pour cause de mort en fonction de plusieurs critères (début des effets de l'acte; incidence voulue par les parties de la donation sur le patrimoine du donataire ou seulement sur sa succession, obligations des parties jusqu'au décès du donateur, transmissibilité des droits du bénéficiaire), sans forcément prendre position par rapport à chacun d'eux¹⁰¹. Comme certains des exemples ci-

98 Cf. ATF 133 III 669, c. 2 et 4; ATF 112 II 157, c. 1a, JdT 1987 I 98; DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1039 et 1322; STEINAUER, Successions, N 481 ss; BADDELEY, Assurance-vie, 531 s.; voir aussi, pour la doctrine minoritaire, PIOTET P., Réunion, 271 ss; WINISTÖRFER, 88. Les droits dépassant l'assurance obligatoire du 2^e pilier sont assimilées à l'assurance-vie ordinaire; cf. ATF 129 III 305, c. 2.2. Les incidences de la distinction entre clauses révocables et irrévocables sur la liquidation du régime, en cas de divorce ou de décès, et sur la succession sont importantes; cf. BADDELEY, Assurance-vie, 530 ss, 532 ss. Voir aussi CO 239 N 39, 83, CO 249 N 4 et CO 250 N 13.

99 Le nCC 216 II, adopté définitivement par les Chambres le 18 décembre 2020 et donc en attente de sa mise en vigueur, confirme la qualification de cette donation d'acte entre vifs; la réserve des descendants communs du couple (réduite à 1/4; nCC 471) sera calculée sans tenir compte de cette attribution. Le TF n'avait pas tranché la controverse doctrinale quant à la qualification de cette attribution d'acte entre vifs ou pour cause de mort, ainsi que celle au sujet de la base du calcul des réserves des enfants communs. Pour l'état de la discussion jusqu'à l'adoption de nCC 216 II, cf. STEINAUER, Successions, N 285e, et DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1351, et les nombreux auteurs cités en faveur de la qualification d'acte entre vifs; y sont cités également les nombreux auteurs du second avis (en général, sur la base de l'arrêt «Nobel», ATF 102 II 313, c. 4a, JdT 1977 I 130), voir p.ex. PIOTET P., Libéralité, 30 ss; WINISTÖRFER, 132 ss; CAVIN, 185. Voir aussi CO 239 N 75 et CO 243 N 3.

100 STEINAUER, Successions, N 285e.

101 Pour un résumé des opinions des auteurs plus anciens, cf. VAN DE SANDT, N 431 ss; MAISSEN, N 543 ss.

tés au N45 le démontrent, la distinction n'est pas aisée notamment – mais pas seulement – dans les cas où aucune prestation du donateur et du donataire n'a lieu du vivant du donateur. La validité de la donation et ses effets dépendent de cette détermination.

- 52 Pour une partie des auteurs, il s'agit en réalité d'un **acte pour cause de mort** qui déploie des effets exclusivement dans la succession du donateur¹⁰². La donation n'a pas d'incidence sur la propriété de la chose du vivant du donateur; pendant le laps de temps entre la conclusion du contrat et le décès du donateur, le donataire n'a qu'une expectative qui se transforme, au décès du donateur, en une créance contre les héritiers au même titre qu'un legs (CC 484)¹⁰³. Il s'agirait alors, du point de vue de la forme, d'un acte unilatéral ou d'un pacte successoral¹⁰⁴. Ce type de donation n'aurait donc pas d'existence propre et CO 245 II l'exclurait du champ d'application de CO 239 ss, avec la conséquence que seul le droit successoral devrait être appelé à s'appliquer¹⁰⁵. Cette qualification laisse de côté un élément essentiel de la donation, à savoir la volonté des parties de s'engager dès la conclusion du contrat (cf. CO 248, 249/250), même si le patrimoine du donateur n'est pas immédiatement impacté.
- 53 Pour d'autres auteurs, la donation avec effet au décès du donateur, à la différence de toute disposition pour cause de mort, crée nécessairement un rapport obligationnel entre les parties du vivant du donateur; il s'agit d'un **acte entre vifs**¹⁰⁶. Les opinions sont toutefois partagées quant aux effets de l'acte (N 58 ss). En conformité avec les effets de la donation en général, ce type de donation lie les parties et affecte la fortune du donateur **dès la conclusion du contrat**. La fortune du donateur est grevée d'une dette assortie d'un terme simple, le moment du décès du donateur, et le donataire dispose d'une créance sous condition suspensive¹⁰⁷. Au décès du donateur, les héritiers doivent exécuter la donation en tant que dette du défunt (CC 560 II, 564 I) qui prime, le cas échéant, les dispositions pour cause de mort portant sur le même bien¹⁰⁸. Le donateur, tout en ayant l'usage et la jouissance du bien, n'a plus le (plein) droit de disposer du bien donné (il répond de certains de ses actes qui préitéreraient la donation, cf. CO 248), contrairement à ses pouvoirs par rapport à un bien laissé par un testament ou un pacte successoral¹⁰⁹. La volonté de se lier de cette manière doit exister à la conclusion du contrat, même si elle peut être plus ou moins explicite dans le texte du contrat. Elle est manifeste lorsque les parties conviennent de faire inscrire au registre foncier un droit d'emption qui ne peut être exercé qu'au décès du bénéficiaire du droit; par ailleurs, ce droit du donataire diminue la valeur du bien du vivant du donateur déjà, rendant l'effet sur le patrimoine du donateur d'autant

102 BSK-VOGT/VOGT CO 239 N4, CO 245 N6 ss; CHK-SCHÖNENBERGER, N3; HUGUENIN, OR AT/BT, N2862, tout en se remettant à la volonté des parties quant à l'effet de la donation sur le patrimoine ou la succession du donateur N2863. HAUSHEER, 90, ne trouve pas pertinente la distinction, mais penche en faveur de la présomption d'un acte pour cause de mort.

103 TF 144 III 81, c. 3.1, JdT 5A_412/2017; ATF 113 II 270, c. 2b, JdT 1988 I 170. Dans ce sens: VON TUHR, 205, mais en distinguant entre acte pour cause de mort et donation au décès du donateur.

104 ATF 144 III 81, c. 3.1, JdT 5A_412/2017.

105 BSK-VOGT/VOGT, N8.

106 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N19; ENGEL, Contrats, 111, 126 s.; CAVIN, 192. Probablement plutôt pour cette qualification: SCHMID/STÖCKLI, N836; BK-BECKER, N6.

107 ATF 144 III 81, c. 3.1; ATF 113 II 273, c. 2b, JdT 1988 I 170; STEINAUER, Successions, N285, 285b, 620, 829; TERCIER/BIERI/CARRON, N1539 ss; WINISTÖRFER, 31 ss; MAISSEN, N573, 577. ENGEL, Contrats, 126, parle néanmoins d'une expectative.

108 STEINAUER, Successions, N283 et 285 ss.

109 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N19.

plus évident¹¹⁰. En revanche, si l'intention du donateur est de faire des attributions sur sa succession et qu'il veut néanmoins s'engager, l'instrument à utiliser est le pacte successoral¹¹¹.

Interprétée de cette manière, la loi, en soumettant ce type de donation aux dispositions pour cause de mort, ne modifie pas la nature de l'acte; la donation au sens de CO 245 II est matériellement une donation et, de ce fait, une **institution juridique distincte** de l'acte de dernière volonté¹¹². CO 245 II ne constitue donc qu'un **renvoi aux exigences du droit successoral**. 54

Le contrat constitutif d'une donation entre vifs ou au sens de CO 245 II peut néanmoins **inclure des dispositions pour cause de mort**, p.ex. une ordonnance ou une dispense de rapport. Cela ne met pas en question la nature du contrat ni celle des dispositions pour cause de mort¹¹³. 55

La **qualification dans des cas concrets** doit se faire à la lumière de la volonté des parties et des circonstances spécifiques de chaque cas¹¹⁴. Il s'agit d'une donation, avec effet du vivant du donateur, lorsque p.ex. la promesse de donner concerne des bijoux que la donatrice continue de porter mais ne se sent plus libre, dès la conclusion du contrat, de donner ou de laisser à une autre personne que la donataire. Par contre, lorsque le donateur se réserve tous les droits sur le bien jusqu'à son décès, il s'agit d'un acte pour cause de mort: tel est le cas p.ex. lorsqu'un livret d'épargne au nom du donataire doit, selon la volonté du donateur, rester à son entière disposition et que, de surcroît, il utilise ce droit¹¹⁵. La survie du donataire au donateur, sauf convention contraire expresse des parties (CC 543 II), apparaît à certains auteurs comme une condition implicite (ou explicite) nécessaire pour appliquer CO 245 II et non CC 483 ss¹¹⁶. La délimitation entre donation avec effet au décès du donateur et disposition pour cause de mort peut paraître artificielle, p.ex. dans le cas d'une donation avec effet différé au décès lorsque le donateur est (très) âgé. La donation d'une rente par un mourant peut constituer une disposition pour cause de mort déguisée¹¹⁷. Pour permettre de résoudre des cas dans lesquels les indices ne sont pas concluants ou contradictoires, certains auteurs préconisent le recours à des présomp-

110 TF, 4A_575/2009, c. 2.2, RNRF 2011 40, LGVE 2010 I 19 ss.

111 ATF 113 II 270, c. 3, JdT 1988 I 170.

112 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1539 ss, 1540; BSK-VOGT/VOGT, N 8; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 14 ss; CAVIN, 192. Dans ce sens, par rapport à la distinction entre pacte successoral et donations en général, TF, 5C.71/2001, c. 3. Les auteurs ne s'expriment pas toujours de manière claire sur ce point. VON TUHR, VII, tout en admettant que la donation au sens de CO 245 II constitue une libéralité pour cause de mort, lui reconnaît une existence autonome. Indécis ou sans opinion tout en évoquant la question: ENGEL, Contrats, 126.

113 Cf. ATF 118 II 282, c. 3, JdT 1995 I 126 rés.

114 ATF 144 III 81, c. 3.1; TF, 5A_719/2015, c. 3.1; ATF 113 II 270, c. 2b, JdT 1988 I 170; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1540; BK-BREITSCHMID, Vorbem. CC 467-536 N 29 ss; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 15. Pour les conséquences sur le plan fiscal de cette distinction, cf. TF, 2C_597/2017; TF, 2C_703/2017. Voir toutefois N 49 concernant la qualification, de par la loi, des attributions au sens de CC 216 et 241.

115 ATF 89 II 87, c. 4, JdT 1963 I 599 rés. Voir aussi ATF 113 II 270, c. 2b, JdT 1988 I 170, concernant le calcul de la part d'un sociétaire d'une société simple qui ne doit se faire qu'au décès de ce dernier.

116 CHK-SCHÖNENBERGER, N 3; MAISSEN, N 540 s., 551 ss; VON TUHR, VII.

117 ATF 127 III 390, c. 2f; ATF 110 II 156, c. 2a; BK-BECKER, N 3 s. Pour d'autres exemples, voir BSK-VOGT/VOGT, N 10 s.

tions soit en faveur de la donation au sens de CO 245 II, soit d'une disposition pour cause de mort¹¹⁸.

- 57 Les donations avec effet au décès du donateur sont **sujettes à réunion et à réduction** (CC 475, 522, 527). Le moment déterminant pour la prise en compte des donations avec effet au décès du donateur est l'ouverture de la succession. Sauf disposition contraire dans le contrat de donation, ces libéralités seront donc réduites, proportionnellement, avec les éventuelles libéralités pour cause de mort dont l'effet se déploie également au moment du décès du donateur et disposant (CC 532, 525)¹¹⁹.

C. La portée du renvoi de CO 245 II

- 58 La donation qui ne tombe pas sous CO 245 II obéit aux règles des actes entre vifs; son invalidité formelle résulte en la nullité de l'acte¹²⁰. En revanche, la convention qualifiée de **donation au sens de CO 245 II** est soumise aux «règles concernant les **dispositions pour cause de mort**». La loi ne précise toutefois pas quelles sont les dispositions spécifiques auxquelles elle renvoie.
- 59 Il est unanimement admis dans ce dernier cas que les **exigences de forme** relatives aux actes de dernière volonté (CC 498 ss) s'appliquent: la donation dont l'exécution est différée au décès du donateur doit, en principe, prendre la forme du pacte successoral (CC 512)¹²¹. L'invalidité formelle de la convention n'entraîne pas d'emblée la nullité de l'acte, mais son **annulabilité** et la possibilité de le transformer en testament¹²² ou, si l'invalidité devient manifeste du vivant du donateur, en une promesse de donner avec au moins une partie des prestations effectuées avant le décès de celui-ci. Seules les parties litigantes ont alors qualité pour se prévaloir d'un motif d'annulation (CC 520 III, 519 II).
- 60 Le Tribunal fédéral et la doctrine accordent généralement une **portée plus large** au renvoi de CO 245 II aux dispositions du droit successoral en matière de capacité, de forme, de liberté de disposer et de procédure¹²³. Il en découle aussi que les questions relatives aux charges qui grèvent de telles attributions sans en modifier la qualification de la donation en acte entre vifs (N 45) doivent être résolues sur la base du droit successoral¹²⁴.

118 BSK-VOGT/VOGT, N 9, se prononce pour une présomption en faveur d'un acte entre vifs, alors que PROTET P., Distinction, 363 s., préconise une présomption en faveur de l'acte de dernière volonté. Voir aussi BK-BREITSCHMID, Vorbem. CC 467-536 N 30.

119 STEINAUER, Successions, N 829 s.

120 TF, 5A_702/2016, c. 2.1; ATF 113 II 270, c. 3a, JdT 1988 I 170; STEINAUER, Successions, N 285b.

121 ATF 89 II 98, c. 3, JdT 1963 I 599 (rés.); ENGEL, Contrats, 126 s.; VON TUHR, VII.

122 ATF 113 II 270, c. 3a, JdT 1988 I 170; ATF 89 II 87, c. 3, JdT 1963 I 599 (rés.); BSK-VOGT/VOGT, N 7.

123 Cf. ATF 89 II 87, c. 5, JdT 1963 I 599 rés.; STEINAUER, Successions, N 285b; BSK-VOGT/VOGT, N 6 ss; CAVIN, 192; BK-BECKER, N 6; BK-BREITSCHMID, Vorbem. CC 467-536 N 33; probablement également SCHMID/STÖCKLI, N 836; PROTET P., Distinction, 360 s.; WINISTÖRFER, 84. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, considèrent applicables CC 481, 467 ss, 470 ss et 513 ss, mais aussi CO 250 I et II. Selon HAUSHEER, la limite des cinq ans de CC 527 (1), 494 II et 515 I ne s'applique pas. Le droit à l'information complète du donateur envers sa banque se transmet à ses héritiers, également au regard des éventuelles donations effectuées; cf. TF, 5C.291/2006, c. 4.

124 CR CC II-BADDELEY, CC 482 N 61 ss, avec des remarques au sujet de la simple annulabilité de charges illicites ou contraires aux mœurs, N 68, qui valent naturellement aussi pour la donation régie par CO 245 II.

V. Droit international privé

En **droit international privé**, les exigences de forme d'une stipulation pour autrui, constituant une donation pour cause de mort, dépendent du droit applicable; il peut s'agir d'un droit conventionnel (p.ex. LDIP 93)¹²⁵. **61**

La donation pour cause de mort est soumise au droit applicable aux succession (LDIP 90 ss)¹²⁶. La qualification d'actes étrangers, pour déterminer l'éventuelle applicabilité de CO 245 II, doit se faire selon la *lex fori*¹²⁷. **62**

Art. 246

II. De leur exécution ¹ Le donateur peut exiger, dans les termes du contrat, l'exécution d'une charge acceptée par le donataire.

² L'autorité compétente peut, après la mort du donateur, poursuivre l'exécution d'une charge imposée dans l'intérêt public.

³ Le donataire est en droit de refuser l'exécution d'une charge, en tant que la valeur de la libéralité ne couvre pas les frais et que l'excédent ne lui est pas remboursé.

II. Vollziehung der Auflagen

¹ Der Schenker kann die Vollziehung einer vom Beschenkten angenommenen Auflage nach dem Vertragsinhalt einklagen.

² Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen.

³ Der Beschenkte darf die Vollziehung einer Auflage verweigern, insoweit der Wert der Zuwendung die Kosten der Auflage nicht deckt und ihm der Ausfall nicht ersetzt wird.

II. Adempimento degli oneri

¹ Il donatore può pretendere, a termini del contratto, l'adempimento di un onere accettato dal donatario.

² Se l'adempimento dell'onere è d'interesse pubblico, può essere richiesto dopo la morte del donatore dall'autorità competente.

³ Il donatario può rifiutarsi all'adempimento dell'onere, quando il valore della liberalità non ne compensi le spese e non gli venga offerto il rimborso della differenza.

Plan

	N
I. L'action en exécution de la charge	1
A. L'action du donateur et de ses successeurs (CO 246 I)	1
B. L'action de l'autorité compétente (CO 246 II)	18
II. L'exception spécifique du donataire de CO 246 III	21

125 TF, 5A_325/2017, c. 7.1; ATF 127 III 390, c. 2b à f, JdT 2001 I 267.

126 CR LDIP- BONOMI, LDIP 117 N 33.

127 ATF 127 III 390, JdT 2001 I 267; ATF 110 II 156, c. 2a.

I. L'action en exécution de la charge

A. L'action du donateur et de ses successeurs (CO 246 I)

1. Parties, déterminations, effets

- 1 Si le donataire ne respecte pas ses obligations découlant de la charge stipulée dans le contrat, le donateur peut, dans certains cas, faire valoir son droit à l'exécution par le biais de **l'action** en exécution de la charge (CO 246 I), pour autant qu'il ait fourni préalablement sa prestation¹.
- 2 La **qualité pour agir** appartient principalement au **donateur** (CO 246 I et 2)². Elle pose les questions de la qualité pour agir et d'ester, et celle de la représentation du donateur incapable d'assurer ses propres intérêts. À notre connaissance, cette question n'est pas traitée spécifiquement par la doctrine. Tout en étant proche des questions qui se posent à l'égard de la révocation de la donation (cf. notamment CO 251), elle s'en distingue par le fait que la donation est déjà exécutée au moment où la question se pose si l'inexécution de la charge doit être acceptée ou pas. La réponse doit, à notre avis, être différenciée selon le contenu de la charge et la situation du donateur.
 - 2a – La décision d'**exiger ou non** l'exécution de la **charge qui touche des intérêts personnels non matériels du donateur** (probablement en général des exigences de comportement du donataire envers le donateur ou ses proches) appartient au donateur **capable de discernement**; qui n'a pas besoin du consentement de son éventuel représentant légal (CC 19c); il s'agit d'un droit strictement personnel qui ne souffre pas de représentation³. Cette qualification exclut l'action du **représentant légal** du donateur **incapable de discernement**. L'action intentée par le donateur avant de devenir incapable de discernement devrait dans tous les cas pouvoir être menée à terme par son représentant volontaire ou légal.
 - 2b – Le lien étroit de la charge avec la donation fait que même dans le cas de **charges d'un contenu sans lien étroit avec la personnalité du donateur ou avec la relation de ce dernier avec le donataire et même si la charge a une valeur patrimoniale**, la décision d'exiger l'exécution de la charge appartient toujours au **donateur capable de discernement restreint dans sa capacité civile** (tutelle, curatelle de portée générale, de représentation ou de coopération). La situation est semblable à celle dans l'action en révocation de la donation de CO 250 (3) et 251 I (1). Toutefois, dans cette hypothèse, il s'agit, à notre avis, de l'exercice de **droits strictement personnels sujets à représentation** ou de **droits patrimoniaux**. Il incombe au représentant légal de défendre les intérêts de la personne protégée et d'agir au besoin en justice, en principe en accord avec la personne protégée capable de discernement. Si cet accord n'existe pas, l'action du représentant légal devrait néanmoins être admise si la charge a une valeur patrimoniale. L'action peut être intentée, dans

1 BSK-VOGT/VOGT, N 6; MAISSEN, N 503 ss. Toutefois, si une prestation est exigée du donataire pour que la donation ait lieu, il s'agit d'une condition; cf. CO 245 N 37.

2 MAISSEN, N 504; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 6.

3 Cf. STEINAUER/FOUNTOLAKIS, N 212, concernant les classifications opérées traditionnellement dans la doctrine, ainsi que N 170, concernant la capacité d'ester qui fait partie de la capacité civile active entière (CC 12). Cf. aussi BSK ZGB I-FANKHAUSER, CC 19, N 32: seul le représentant légal peut intenter l'action judiciaire dans ce cas.

l'hypothèse visée, par le **représentant légal du donateur incapable de discernement**⁴.

- A notre sens, le **mandat pour cause d'incapacité** qui inclut expressément ou de par sa formulation plus générale la défense des intérêts du mandant aussi à l'égard des charges des donations de ce dernier, permet l'action de CO 246 du mandataire. 2b

Le droit d'agir en exécution de la charge est transmissible; il appartient aux **héritiers** du donateur et à l'exécuteur testamentaire (CC 560)⁵. La notion d'héritier est celle du droit civil (CC 457 ss, 483); elle ne souffre pas de restriction⁶. 3

Les tiers bénéficiaires de la charge n'ont pas la qualité pour agir⁷; toutefois, selon CO 246 II, l'action appartient à l'**autorité publique** après le décès du donateur, si la charge est dans l'intérêt public (voir également *infra* B., N 17 ss). 4

La **qualité pour défendre** appartient au donataire ou à son représentant légal, respectivement, après le décès du donataire, à ses successeurs attributaires du bien donnée si la charge grève toujours ce bien. 5

Pour déterminer s'il y a effectivement **inexécution** ou **mauvaise exécution de la charge**, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des circonstances (p.ex. moyens du donataire, connaissance de ces moyens par le donateur au moment de la donation, effort fourni par le donataire, importance de la faute du donataire [voir également CO 249 N 19], comparaison du comportement du donataire dans le cadre de la donation concernée avec l'exécution de charges d'autres donations, etc.)⁸. La charge ne confère cependant en aucun cas au donateur un droit de regard et d'intervention sur l'activité du donataire comparable à celui dont il disposerait dans un contrat de prestation de service⁹. Les raisons de l'inexécution et la faute du grevé déterminent les prétentions du demandeur. 6

Le défendeur peut invoquer les moyens de défense ordinaires (N 5). La **clausula rebus sic stantibus**, l'**interdiction de l'abus de droit** et **CC 27** s'appliquent et peuvent être soulevés comme défenses par le donataire et mener à l'**annulation ou la réduction de la charge**¹⁰. Le donataire dispose en outre de l'exception fondée sur CO 246 III (N 21 ss) 7

Dans les cas où la **demande** dans l'action de CO 246 est **admise**, l'**exécution réelle** est la règle; le donateur dispose toutefois également de l'alternative de la révocation de la do- 8

4 Dans ce sens, mais sans évoquer spécifiquement les actions du droit de la donation, STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 218 et 270.

5 ATF 133 III 421, c. 4.2. BSK-VOGT/VOGT, N 6a; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1581. La qualité pour agir des héritiers est plus large dans cette action que dans l'action en révocation de la donation; cf. CO 251 N 1 ss.

6 ATF 96 II 119, c. 1, 2a, 3 et 5, JdT 1971 I 144, au sujet de la révocation de la donation pour cause d'inexécution d'une charge (CO 249 [3]), mais la conclusion à l'égard du cercle des héritiers légitimés s'applique *mutatis mutandis* à l'action de CO 246. Cf. également ZR 1978 267; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1580 ss; ENGEL, Contrats, 125.

7 BSK-VOGT/VOGT, N 6b; CHK-SCHÖNENBERGER, N 3. A ce sujet, il convient de distinguer la donation grevée d'une charge dont bénéficient des tiers et la stipulation pour autrui; cf. BK-BECKER, N 10; MAISSEN, N 508, 524 s. Voir aussi ATF 76 II 202, c. 2, JdT 191 I 62.

8 ATF 133 III 421, c. 5.

9 ATF 133 III 421, c. 5.

10 TF, 4C.346/2000, c. 3a, par. 1. Ces griefs peuvent également être soulevés dans une action intentée par le donataire et aboutir à la modification ou à l'annulation de la charge ou du contrat; voir aussi N 7 et CO 245 N 33.

nation (CO 249 [3] *cum* 250 I [1])¹¹. Le choix lui appartient¹². La question de savoir si l'action en dommages et intérêts est également donnée est controversée (CO 97 ss, 107 à 109)¹³. En règle générale, le **dommage** n'est pas aussi élevé que la valeur de la chose donnée (CO 245 N 22 s.), qui devrait dans tous les cas constituer le maximum admissible¹⁴ et qui devrait s'amenuiser dans la durée (voir aussi N 11). Le donateur ne peut faire valoir que le préjudice économique dû à l'inexécution de la prestation convenue, p.ex. celui dû au défaut de publicité de l'œuvre du donateur qui n'a pas été exposée publiquement, ou le montant de la rente non versée¹⁵.

- 9 L'exécution de la charge **ne peut être exigée** ou ne peut l'être **que partiellement** dans les hypothèses suivantes, auxquelles s'ajoute celle de CO 246 III:
- 9a – La charge est **illicite, contraire aux mœurs ou frappée d'impossibilité initiale**, donc **nulle**. Dans ces hypothèses, la validité et l'exécutabilité de la donation en elle-même ne sont pas entamées, sauf si l'exécution de la charge était essentielle pour les parties au point que le contrat de base n'aurait pas été conclu sans elle (CO 20 II)¹⁶.
- 9b – En cas d'**impossibilité consécutive à la conclusion du contrat**, l'exécution de la charge est également exclue. Lorsque l'impossibilité n'est pas imputable à la faute du donataire (CO 119 I), la charge tombe, mais la donation subsiste¹⁷; dans ce cas, le donateur ne peut pas non plus révoquer la donation (CO 249 [3] *cum* 250 I [I])¹⁸. En revanche, lorsque l'impossibilité est due à la faute du donataire, le donateur dispose de l'action en révocation et de l'action en dommages-intérêts (cf. cependant N 1)¹⁹.

11 ATF 133 III 421, c. 3 s.; ATF 96 II 119, c. 3, JdT 1971 I 144; ATF 96 II 119, c. 3, JdT 1971 I 144; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1580, 1558. Pour les conditions de l'exercice du droit de révocation, cf. CO 249.

12 ENGEL, Contrats, 125; MAISSEN, N 516.

13 Admise dans ATF 80 ci-dessus, dans l'action du donateur, sans motivation particulière, mais exclu dans ATF 133 III 421, c. 4.2, pour l'action du donateur régie uniquement par CO 246 I et 249 (3); en revanche, dans cette dernière décision, le TF n'exclut pas («les héritiers peuvent peut-être prétendre») les dommages-intérêts dans l'action CO 246 des héritiers qui n'ont pas celle de CO 249. Voir également TF, 4C.36/2000, c. 5, où le TF admet, dans une action en révocation de la donation, des dommages-intérêts pour violation d'un droit de réméré. Critique par rapport à l'ATF 80 ci-dessus: BSK-VOGT/VOGT, N 7; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1580, 1583; MAISSEN, N 517 s., avec une argumentation convaincante; BK-BECKER, CO 249 N 8. N'admettant pas d'éventuels dommages-intérêts: HUGUENIN, OR AT/BT, N 2852; KOLLER, 210, qui restreint les prétentions du donateur à ceux de CO 249 (3) et exclut complètement l'applicabilité du droit des obligations ordinaire (CO 103 ss). Admettent, en revanche, sans autre, l'action fondée sur CO 97 ss: ENGEL, Contrats, 125; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 249 N 4 et 7 (avec une limitation de la prétention analogue à celle de CO 246 III), CAVIN, 191. Plus nuancé, se rabattant sur CO 246 III, CHK-SCHÖNENBERGER, N 4. CHAIX, 92, admet cette action du donateur, mais s'interroge sur celle des héritiers et, dans ce cas, sur l'existence d'un dommage. Voir également n. 15 et CO 245 N 34 et n. 77.

14 Dans ce sens, KOLLER, 210.

15 ATF 80 II 260, c. 1 et 4, JdT 1955 I 162; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1583.

16 BSK-VOGT/VOGT, N 1; CHK-SCHÖNENBERGER, CO 245 N 4, 246 N 1; MAISSEN, N 505. Voir aussi CO 245 N 31, CO 246 N 18 ss.

17 BSK-VOGT/VOGT, N 6a; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1580, 1583. Voir aussi CO 245 N 31 s. et CO 246 N 18 ss.

18 ATF 133 III 421, c. 4.2. Les moyens tirés de CO 82, 107 et 119 II ne sont pas à la disposition du donateur; cf. BSK-VOGT/VOGT, N 6.

19 La doctrine est partagée au sujet de l'admissibilité de l'action en dommages-intérêts; pour les références, cf. N 5 et CO 245 N 34 et n. 77.

- L'action en exécution de la **charge en faveur du donataire** (*modus simplex*; CO 245 N 20 et 34) n'est pas donnée lorsqu'elle touche de trop près la sphère protégée de la personnalité du donataire²⁰. En revanche, la révocation de la donation pour inexécution de la charge reste ouverte (CO 249 N 18). 9c

Durée et intensité de la charge: Il est dans la nature de beaucoup de charges d'être de (très) longue durée ou de durée illimitée, notamment lorsqu'il s'agit de donations à la collectivité publique d'immeubles et d'œuvres d'art. La charge peut également se caractériser par l'engagement important du donataire du fait des restrictions de la propriété acceptées ou des prestations à fournir par lui. L'intensité et la durée de la charge ne doivent cependant pas en faire un engagement excessif (CC 27). Elles ne doivent pas aboutir à contredire l'esprit qui devrait animer toute donation, à savoir la volonté du donateur de faire une attribution qui procure au donataire la pleine maîtrise sur la chose (contrairement p.ex. à l'usufruit). En droit successoral aussi, il n'est pas admissible que le *de cuius* détermine le sort du bien donné ou lie sa maîtrise pendant une (trop) longue période à des incombances grevant ses successeurs (CC 482, 488 II)²¹. 10

Le Tribunal fédéral a fixé la **durée admissible des charges à 30 ans** pour la charge comportant un devoir de prestation pour le donataire et à **100 ans** pour la charge qui restreint le donataire dans ses droits de propriété de la chose donnée (voir également CO 245 N 22)²². Les limites imposées par la législation des droits réels s'appliquent également aux restrictions des droits de propriété de nature obligationnelle²³. Au-delà de ces limites, le donataire peut continuer à exécuter la charge ou non; le donateur et ses successeurs sont, dans ce dernier cas, dépourvus des actions de CO 246, 249 et 250. La question de la durée admissible de la charge ne revient donc pas à celle des délais de l'action, mais les deux sont liées (N 12). 11

2. Les délais de l'action

La loi n'indique pas de délai pour l'action de CO 246, contrairement à ce qui est prévu pour la révocation de la donation pour inexécution de la charge qui est soumise à un double délai de 1/10 ans CO 249 (3). Les solutions de la jurisprudence et la doctrine vont de l'imprescriptibilité à la péremption ou la prescription de l'action de CO 246 à des moments divers, en s'appuyant sur diverses dispositions légales du droit des successions, des droits réels et du droit des obligations, soit: au décès du donateur (CC 749 p.a.), 100 ans depuis la donation (CC 779 I p.a.), entre 50 et 70 ans depuis la donation (deux générations, CC 482 I et 488 p.a.), 30 ans depuis la donation (CC 788 I 2) et 10 ans dès le décès du donateur (CO 127)²⁴. Appliqués aux donations faites par des personnes mo- 12

20 CHK-SCHÖNENBERGER, N 3; MAISSEN, N 506 et 532 ss.

21 CR CC II-BADDELEY, CC 482 N 10 (charges d'attributions successorales limitées en principe, de l'avis de la doctrine, dans leur durée comme les charges de donations) et CC 488 N 27 ss, not. N 31 (substitution fidéicommissaire, interdiction de la substitution fidéicommissaire en chaîne, CC 482 II).

22 TF, 4C.346/2000, c. 3.a, par. 2 et 3: le devoir d'exploiter un EMS pouvait être imposé pour une durée de 30 ans. Dans ATF 133 III 421, le TF réfute l'action en révocation (CO 249) des héritiers d'un des donateurs, renvoyant ceux-ci à l'action de CO 246 I, mais sans donner un délai précis pour l'éventuelle future action, alors que la donation avait été faite 29 ans avant la décision du TF.

23 TF, 4C.346/2000, c. 3.a, par. 3.

24 CHAIX, 93 s., fait l'inventaire des opinions et se prononce pour le délai de 100 ans. Pour les auteurs plus récents: Cf. BSK-VOGT/VOGT, N 3a (60-70 ans); TERCIER/BIERI/CARRON, N 1580 ss, ne se prononcent pas.

rales, ces propositions aboutissent à l'imprescriptibilité, à la péremption 100 ans après la donation ou à la prescription 10 ans dès la violation de ses obligations par le donataire (CO 127).

- 13 Les délais de péremption déterminés selon les théories présentées ci-dessus ne tiennent pas tous compte de la **durée maximale admissible de la charge** évoquée au N 10, soit 30 et 100 ans depuis la donation. Au-delà de ces durées, l'action en exécution de la charge n'est plus possible, même si une durée de la charge plus longue a été convenue entre les parties.
- 14 Toutes les solutions présentées au N 12 mènent, dans de nombreux cas d'application, à des **délais de péremption très longs**, qui tranchent avec le délai très court, d'un an, de l'action en révocation de la donation dès la connaissance, par le donateur, de l'inexécution de la charge (CO 251 I concernant CO 249 [3] et 250 I [1]; cf. CO 251 N 15 ss).
- 15 Deux critiques peuvent être faites à l'égard de ces délais:
- Certes propice à **protéger la volonté du donateur**, un délai de péremption long pour l'action en exécution de la charge entraîne également une grande **insécurité pour le donataire**, ce d'autant plus que les héritiers du donateur disposent également de l'action de CO 246 (N 2). Cette insécurité n'est pas nécessairement justifiée par un intérêt légitime du donateur.
 - L'insécurité est augmentée encore par le fait que rien dans la loi, sinon l'interdiction de l'**abus de droit (CC 2 II)**, n'oblige le donateur ou ses héritiers à prendre des mesures dans un certain délai dès l'inexécution de la charge. Or, il faut se poser la question de savoir si le donateur doit encore être protégé s'il intente l'action en exécution de la charge de longues années après la cessation de l'exécution de la charge dont il était au courant. Les délais uniques de prescription et de péremption discutés dans la doctrine ne tiennent pas compte de ce facteur, alors que, dans ces situations, la charge ne paraît pas revêtir pour le donateur une importance telle qu'elle doive primer les intérêts du donataire au maintien de sa situation.
- 16 Les intérêts légitimes du donateur comme ceux du donataire pourraient être convenablement protégés, tout en évitant de longues périodes d'insécurité juridique et l'éventuel abus de droit par des actions tardives vexatoires, en appliquant un **double délai de péremption**, selon lequel le donateur serait forclo de son action p.ex. après l'écoulement de **5 ans** dès sa connaissance de l'inexécution de la charge, mais en tout cas dans les **15 ans** depuis le début de l'inexécution de la charge même si celle-ci était inconnue du donateur (par analogie avec le délai absolu proposé pour l'action de révocation [CO 251 N 16]). Ces délais ne seraient, d'ailleurs, applicables que dans les limites de la **durée maximale admissible de la charge, soit 30 respectivement 100 ans**.
- 17 L'**action des héritiers** est soumise aux mêmes délais que celle du donateur et n'est donnée que si le donateur n'était pas déjà forclo (CO 151 II p.a., CC 258 I et III p.a.)²⁵.

B. L'action de l'autorité compétente (CO 246 II)

- 18 En cas de décès du donateur et si l'exécution de la charge est **dans l'intérêt public**, l'autorité a la qualité pour agir par la voie de l'action civile (CO 246 II). Cette action peut être

²⁵ Les développements au sujet d'un éventuel abus de droit s'appliquent également à l'action des héritiers.

intentée concurremment avec l'action des héritiers du donateur, mais aussi contre la volonté de ces derniers²⁶. Ces principes s'appliquent *mutatis mutandis* aux donations d'une personne morale.

L'autorité compétente est désignée dans plusieurs lois cantonales d'application du CC; à défaut, elle se détermine par analogie avec les dispositions sur l'autorité de surveillance des fondations (CC 84)²⁷. **19**

L'action de la collectivité publique se **prescrit** dans les mêmes délais que l'action des héritiers (CO 246 I; N 16). **20**

II. L'exception spécifique du donataire de CO 246 III

Le donataire peut opposer à tout moment l'exception de CO 246 III à l'action en exécution ou en dommages-intérêts si la valeur de la libéralité ne couvre pas ses frais et que la couverture de **l'excédent de frais** ne lui est pas promise par le donateur ou un tiers²⁸. Il ne peut refuser que l'exécution de la partie de la charge qui dépasse la valeur de la donation²⁹. **21**

Le **donataire qui a exécuté** la charge en dépit du surplus de frais qu'elle occasionne ne peut pas invoquer CO 246 III afin d'obtenir le remboursement de cet excédent; de même, le donataire qui a accepté la donation en sachant que le montant des frais excéderait la valeur de la donation est forclus de l'exception de CO 246 III³⁰. Ces limitations des moyens de défense du donataire et notamment du successeur du donataire militent également en faveur de la limitation de la durée admissible de la charge et du délai de l'action en exécution de la charge par le délai subjectif proposé au N 16. **22**

Si, d'emblée, il n'y avait pas de volonté des parties de procurer au donataire un avantage gratuit (défaut d'*animus donandi*, cf. CO 239 N 27 ss), il n'y a pas donation et l'action de CO 246 I et II, comme l'exception de CO 246 III sont exclues (CO 245 N 23). **23**

En cas d'intérêt légitime, p.ex. pour éviter de ne plus pouvoir exciper de CO 246 III, en cas de fluctuations importantes de la valeur du bien ou de la charge, confronté à des décisions d'investissements ou face à des modifications nécessaires du bien, le donataire dispose de **l'action en constatation** au sujet de l'existence, de la validité et de la portée de la charge; la décision du juge lui évitera l'insécurité en attendant les éventuelles mesures du donateur (N 14 ss). Le donataire, nu-propriétaire, a les **actions** ordinaires en matière **d'usufruit** même si l'usufruitier est le donateur³¹. **24**

26 ATF 96 II 119, c. 3, JdT 1971 I 144. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1581; MAISSEN, N 510.

27 BSK-VOGT/VOGT, N 6c.

28 BSK-VOGT/VOGT, N 7; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1582; CHK-SCHÖNENBERGER, N 5.

29 HUGUENIN, OR AT/BT, N 2852; BSK-VOGT/VOGT, N 7; MAISSEN, N 512. Cf. TF, 2C_82/2017, c. 6.4, pour les valeurs à prendre en compte en matière fiscale, mais qui intéressent aussi CO 246 III.

30 BSK-VOGT/VOGT, N 7; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 9; MAISSEN, N 513 s.

31 ATF 130 III 302, c. 3.3.

Art. 247

III. Droit de retour ¹ Le donateur peut stipuler à son profit le retour des objets donnés, pour le cas de prédécès du donataire.

² Ce droit de retour peut être annoté au registre foncier, lorsque la donation comprend des immeubles ou des droits réels immobiliers.

III. Verabredung des Rückfalls ¹ Der Schenker kann den Rückfall der geschenkten Sache an sich selbst vorbehalten für den Fall, dass der Beschenkte vor ihm sterben sollte.

² Dieses Rückfallsrecht kann bei Schenkung von Grundstücken oder dinglichen Rechten an solchen im Grundbuche vorgemerkt werden.

III. Patto di riversione ¹ Il donatore può riservarsi la riversione della cosa donata nel caso che il donatario premuoia.

² Trattandosi di donazione di fondi o di diritti reali sui medesimi, tale diritto di riversione può essere annotato nel registro fondiario.

Plan

	N
I. Le droit de retour	1
II. Le droit de retour en cas de prédécès du donataire (CO 247 I)	3
A. Convention et effets	3
B. L'annotation au registre foncier (CO 247 II)	10
III. Les droits de retour légaux du droit de la famille	14

I. Le droit de retour

1 La donation peut être assortie de la condition selon laquelle le bien donné doit **retourner au donateur** au cas où un certain événement se produirait (*die Verabredung des Rückfalls; il patto di riversione*)¹; le droit de retour selon CO 247 ne représente qu'un cas d'application. Le droit de retour n'est jamais automatique ou présumé². Il s'agit d'une conditions résolutoire potestative de la donation (CO 245 N 3 s.) qui peut résulter du contrat de donation ou de la loi. Pour les droits de retour légaux, une convention préalable des parties à ce sujet n'est pas exigée; le droit peut être exercé par une déclaration de volonté unilatérale de l'une des parties.

2 Le **droit de retour en cas de prédécès du donataire** prévu spécifiquement par **CO 247** est un droit de retour conventionnel qui doit être stipulé dans le contrat de donation (II a) et peut être annoté au registre foncier (II b). Des **droits de retour légaux** sont prévus par le droit de la famille (III.). D'autres droits de retour légaux, en cas de violation grave de la loi ou de la convention de donation, découlent de **CO 249 et 250** qui permettent la **révocation de la donation par le donateur**.

1 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1585; ENGEL, Contrats 122, avec quelques exemples; MAISSEN, N 481. Pour un droit de retour d'un terrain si le donataire n'y construisait pas un temple dans un délai de cinq ans, cf. ATF 85 II 609, JdT 1960 I 510. Cf. aussi TC LU, RSJ 1985 233 s., concernant un droit de retour en cas de divorce.

2 ATF 116 II 259, c. 4, JdT 1992 I 9; CHK-SCHÖNENBERGER, N 1.

II. Le droit de retour en cas de prédécès du donataire (CO 247 I)

A. Convention et effets

Le contrat de donation peut prévoir le retour du bien donné en cas de prédécès du donataire. La donation est ainsi soumise à une **condition résolutoire potestative** convenue entre les parties. Une donation assortie d'un tel droit de retour constitue une libéralité entre vifs³ qui n'est pas soumise à CO 245 II, même si l'exécution par le donateur est prévue à son décès (CO 245 N 45). 3

La clause de retour constitue un **élément essentiel du contrat** et doit donc revêtir la **forme** exigée pour la donation elle-même (CO 245 N 6 ss), à avoir la forme écrite pour la promesse de donner un bien mobilier et la forme de l'acte authentique pour les donations d'immeubles ou de droits réels immobiliers⁴. Certains auteurs préconisent l'absence de toute exigence de forme sauf en cas de donation immobilière⁵. Même s'il n'y a pas d'exigence de forme pour la donation manuelle de biens mobiliers, le droit de retour doit être explicite et admis par les deux parties (cf. CO 241). 4

Les **effets** du droit de retour sont les suivants: 5

- **avant le décès d'une des parties**, les effets sont ceux discutés à CO 245 N 13. Le donataire ne peut disposer du bien que sous réserve de la même condition (voir également N 7)⁶. 6
- En cas de **prédécès du donataire**, soit à la réalisation de la condition, la situation est celle décrite à CO 245 N 14 s. Notamment, lorsque la donation a déjà été exécutée, le bien doit être restitué au donateur par les héritiers du donataire ou l'éventuel tiers acquéreur en vertu du rapport de liquidation qui lie les parties à ce moment-là⁷. Le donateur peut donc revendiquer le bien ou, si le bien n'existe plus dans le patrimoine du donataire, faire valoir des prétentions en dommages-intérêts. Toutefois, l'acquéreur de bonne foi est protégé et préserve la propriété du bien (CO 152 III p.a., CC 933, 973), sauf en cas d'annotation de la clause de retour au registre foncier (N 13). La promesse de donner inexécutée devient caduque; si le donateur n'a pas encore transféré le bien, le donateur garde le bien et est libéré de son obligation d'exécuter la donation⁸. 7
- En cas de **prédécès du donateur**, la clause de retour devient caduque (CO 245 N 16). Le donataire recouvre alors la propriété inconditionnelle du bien⁹. Si, à ce moment, la donation n'était pas encore exécutée, le donataire a une créance contre les héritiers¹⁰. 8

Le contrat de donation peut prévoir des **sûretés**, afin de garantir le retour éventuel de la donation¹¹. En cas de retour du bien, ces sûretés doivent être restituées aux héritiers du donataire, comme elles doivent aussi l'être en cas de prédécès du donateur, étant donné que la clause de retour tombe définitivement. 9

3 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1586; MAISSEN, N 485.

4 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1586; CHK-SCHÖNENBERGER, N 1; ENGEL, Contrats, 122.

5 BSK-VOGT/VOGT, N 2; CAVIN, 194.

6 CHK-SCHÖNENBERGER, N 2.

7 BSK-VOGT/VOGT, N 3; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1588; CAVIN, 194.

8 BSK-VOGT/VOGT, N 2; MAISSEN, N 483.

9 CHK-SCHÖNENBERGER, N 3.

10 CHK-SCHÖNENBERGER, N 3.

11 BÜRGI, FJS 51, 2.

B. L'annotation au registre foncier (CO 247 II)

- 10** Le **droit de retour en cas de prédécès** du donataire d'une donation immobilière peut être annoté au registre foncier (CC 959, ORF 78 I b, 123 s.)¹². Par contre, faute de base légale pour l'annotation, les droits de retour dont la réalisation dépend d'un autre fait ou événement ne peuvent être annotés¹³. Contrairement à la jurisprudence et la doctrine unanimes à ce sujet par le passé, quelques auteurs récents admettraient la mention au registre foncier de clauses de retour renfermant d'autres conditions résolutoires que celle du prédécès du donataire¹⁴.
- 11** La possibilité d'annoter au registre foncier le droit de retour de la libéralité contenue dans une **donation mixte** est discutée par les auteurs, plutôt défavorables s'agissant de la doctrine récente¹⁵.
- 12** L'annotation au registre foncier renforce la position du donateur en cas de revendication suite à l'avènement de la condition (CC 959 II, 960 I [3]): le droit de retour annoté au registre foncier est opposable à tout propriétaire de l'immeuble; même l'acquéreur de bonne foi n'est pas protégé (CC 959 II, 960 II, 973)¹⁶. La nature de l'annotation – constitutive (CC 959 I) ou déclarative (CC 960 I) – est controversée¹⁷.
- 13** L'annotation au registre foncier doit être **radiée** lorsque la condition tombe définitivement et l'inscription, de ce fait, perd toute valeur juridique (CC 976)¹⁸. C'est le cas lorsque la donation est définitivement acquise au donataire en raison du (pré)décès du donateur et que le donataire fait la demande de radiation. Inversement, le (pré)décès du donataire a comme effet de faire revenir la propriété du bien au donateur. Ce dernier peut requérir sa réinscription comme propriétaire sur la base de CC 975, et l'annotation est radiée¹⁹. Lorsque le bien donné est restitué dans le cadre d'une action révocatoire LP 285, l'annotation au registre foncier du droit du retour est radiée²⁰.

12 ATF 85 II 609, c. 4, JdT 1960 I 510; TC LU, RDS 1985 233 s.; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1588 s.; STEINAUER, Droits réels I, N 769a et n. 6; EITEL, Bedingtes Eigentum, 261. Au sujet de l'annotation en cas de donation d'une cédula hypothécaire ou d'une lettre de rente (CC 854), cf. BK-BECKER, N 2; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 5.

13 ATF 85 II 609, c. 5, JdT 1960 I 510; BSK-VOGT/VOGT, N 2; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1589.

14 CHK-SCHÖNENBERGER, N 4; ENGEL, Contrats, 122; CAVIN, 193 s.; PFÄFFLI; FARINE FABBRO, 140 ss, admettent l'annotation d'autres droits de retour que celui de CO 247.

15 Défavorable: décision de la Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion de Berne, du 26.3.1998, c. 4.b, RNRF 2000 187 s. (décision critiquée par la rédaction de la RNRF); dans ce sens également: BSK-VOGT/VOGT, N 2; STEINAUER, Droits réels I, N 769a, et n. 6 (avec les références à la minorité de la doctrine, moins récente, qui l'admet); PFÄFFLI. Cf. CO 239 N 51 ss.

16 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1588; MAISSEN, N 490.

17 Pour un aperçu de la problématique et des opinions des auteurs, cf. STEINAUER, Droits réels I, N 769, 794 ss, 812 ss, 816, 818, et MAISSEN, N 487. Se prononçant pour l'applicabilité de CC 959 I: STEINAUER, Droits réels I, N 769a, 4e tiret, et n. 6; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1588 s.; MAISSEN, N 488; EITEL, Vormerkung, et Bedingtes Eigentum, 260 s. Le TF se contente de faire référence à CC 959 et 960, dans ATF 85 II 609, c. 4, JdT 1960 I 510.

18 Cf. STEINAUER, Droits réels I, N 956, pour les conditions de la radiation fondée sur CC 976 en général.

19 MAISSEN, N 490; voir aussi ATF 116 II 677, c. 3, JdT 1992 I 343 au sujet de la radiation d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs (CC 837).

20 TF, 5A_58/2009, Faits C.a (l'extrait dans SJ 2010 I 7 ne concerne pas cette question).

III. Les droits de retour légaux du droit de la famille

CC 91 I prévoit un **droit de retour des donations entre fiancés** en cas de rupture des fiançailles pour une cause autre que le décès d'un des fiancés. La restitution des cadeaux entre fiancés, à l'exception des cadeaux d'usage, peut alors être exigée par chacun d'eux dans l'année qui suit la rupture (CC 93), sans qu'il soit nécessaire au demandeur de révoquer la donation; ce droit appartient aussi au fiancé responsable de la rupture²¹. Selon CC 91 I, qui constitue une *lex specialis* par rapport à CO 62, il n'est pas nécessaire de démontrer que les cadeaux ont été faits en vue du mariage²². La restitution jusqu'à hauteur de l'enrichissement du donataire au moment de la rupture se fait selon les règles sur l'enrichissement illégitime (CO 62 ss, 65), appliquées par analogie aux biens qui n'existent plus en nature (CC 91 II, CO 64)²³. Les photos et la correspondance sans valeur patrimoniale ne sont pas considérées comme des donations²⁴. Les fiancés peuvent renoncer à ce droit de retour légal au moment de la rupture, mais non par une convention préalable; un tel engagement serait excessif et, partant, illicite (CC 27, CO 19, 20)²⁵. Les fiancés peuvent prévoir dans le contrat de donation le retour des biens pour d'autres raisons que celles de CC 91 I (CO 245 I), p.ex. un droit de retour en cas de décès de l'un des fiancés avant leur mariage²⁶; ces conditions sont régies par les dispositions du CO, notamment CO 245. Les cadeaux de tiers faits aux fiancés ne tombent pas sous CC 91; de telles donations peuvent être assorties de la condition résolutoire de la rupture des fiançailles (CO 245 I)²⁷.

14

En cas de **dissolution du mariage (N 15a) ou du partenariat enregistré de personnes du même sexe (N 15b)**, la loi prévoit un droit de **retour de certaines donations** faites entre **époux et entre partenaires**:

15

- Le **divorce** entraîne, en vertu de **CC 120 II**, la caducité, dès l'entrée en force du jugement de divorce, de tous les avantages en faveur du conjoint résultant de **dispositions pour cause de mort**. Le nouveau texte légal adopté le 18 décembre 2020 déchoit le conjoint survivant également de ces avantages si le décès de l'un des époux intervient pendant une procédure de divorce qui entraîne la perte de la réserve du conjoint survivant (nCC 120 III et 472 I). Les donations entre époux avec effet au décès du donateur (CO 245 II) qualifiées de dispositions pour cause de mort tombent ainsi sous CC 120 II si le couple divorce (cf. CO 245 N 56, 58 ss). Il découle des lois actuelle et futur, en revanche, que les **donations entre époux dont l'exécution n'est pas fixée au décès**

15a

21 MESSAGE Divorce N 221.21 *if.*; CR CC I-PAPAU VAN DELDEN, CC 91 N 3 s., 7 et 14; WERRO/LAVANCHY, N 198 ss, 201 s.; BÜRGI-WYSS E./BÜRGI-WYSS A., pour une analyse détaillée de la rupture des fiançailles.

22 CR CC I-PAPAU VAN DELDEN, CC 91 N 2; WERRO/LAVANCHY, N 200.

23 Cf. CR CC I-PAPAU VAN DELDEN, CC 91 N 2, concernant la controverse doctrinale sur la qualification de la relation entre CC 91 et CO 62. Voir aussi CR CC I-PAPAU VAN DELDEN, CC 91 N 9 ss pour les modalités de la restitution.

24 WERRO/LAVANCHY, N 204; CR CC I-PAPAU VAN DELDEN, CC 91 N 15.

25 Pour WERRO/LAVANCHY, N 203, les cadeaux au sens de CO 239 sont seuls à être visés, alors que CR CC I-PAPAU VAN DELDEN, CC 91 N 5, et BSK ZGB I-HUWILER, CC 91 N 4 ss, préconisent une interprétation plus large du texte de CC 91 I.

26 Au sujet de l'inapplicabilité de CC 91 à l'hypothèse du décès d'un des fiancés, et donc de l'absence de droits et obligations des héritiers des deux dans cette hypothèse, cf. CR CC I-PAPAU VAN DELDEN, CC 91 N 8.

27 Voir CR CC I-PAPAU VAN DELDEN, CC 91 N 18 ss pour cette hypothèse et d'autres éventuels moyens pour les tiers pour obtenir la restitution du bien (CO 62, CO 23, CO 249).

du donateur ne sont pas soumises à CC 120 II, sous réserve d'une convention contraire des parties qui constituerait alors une condition résolutoire contractuelle²⁸.

- Le contrat de mariage peut prévoir un **partage du bénéfice de l'union conjugale autre que le partage légal** (participation aux acquêts, CC 216 I [inchangé dans le nCC]) et, pour les couples sous la communauté de biens un **partage modifié des biens communs** (CC 241 II, ainsi que 242 I und II [inchangé dans le nCC]). Il s'agit de donations entre vifs qui deviennent caduques par l'effet de CC 217, respectivement CC 242 III) en cas **de divorce, de séparation de corps, comme de séparation de biens légale ou judiciaire**, sous réserve de dispositions contraires dans le contrat de mariage.
- **CC 109 II** (inchangé dans le nCC) précise au sujet des effets de l'**annulation du mariage**, que «les dispositions relatives au divorce s'appliquent par analogie ... en ce qui concerne les époux ...». Les développements ci-avant s'appliquent donc par analogie et *mutatis mutandis*. Toutefois, les effets décrits se déploient dès l'ouverture de l'action en annulation et même en cas de décès de l'un des époux pendant la procédure²⁹.

15b La dissolution et l'annulation d'un **partenariat enregistré de personne du même sexe** ont des effets comparables aux actions mettant fin au mariage (nLPart 31 II; LPart 11 II et nLpart 31 II p.a.), avec quelques particularités toutefois:

- Comme les procédures analogues à l'égard de couples mariés, la dissolution et l'annulation d'un **partenariat enregistré de personne du même sexe** n'ont pas d'effet sur les **donations entre vifs** entre partenaires.
- Ces procédures peuvent entraîner, comme c'est le cas du divorce, l'annulation de par la loi de donations entre partenaires tombant sous CO 245 II et de tous les autres «**avantages résultant de dispositions pour cause de mort**» déjà pendant une procédure qui entraîne la perte de la réserve du partenaire survivant; des clauses contraires des dispositions visées sont réservées (LPart 11 et nLPart 31 II)³⁰.
- La situation est particulière au sujet des attributions entre partenaires d'une **part du résultat de leur union**. Les relations patrimoniales entre partenaires, régies par LPart 18 ss, sont largement les mêmes que celles entre époux. Pour la «réglementation sur leurs biens», les partenaires sont soumis à une séparation de biens (LPart 18), à moins d'une autre solution convenue entre eux; il peut s'agir, en particulier, comme le préconise LPart 25 I, 2^e phr., de la participation aux acquêts. Le droit de retour de CC 217 s'applique donc par analogie lorsque le couple a choisi un régime patrimonial comparable à la participation aux acquêts. La possibilité du choix de la communauté de biens (ou d'un régime comparable) par les partenaires enregistrés est controversée. Si un couple a adopté ce choix, CC 242 III est, à notre avis, applicable sans égard à la validité du choix du régime aux avantages résultant de dispositions pour cause de mort en cas de **dissolution**.

28 Au sujet de la forme de telles conditions, N 3 et CO 245 N 6 ss.

29 FamKomm Scheidung-BÜCHLER, CC 120 N 2, avec références au Message Divorce.

30 nLPart 31 rajoute «sauf clause contraire». Dès l'entrée en vigueur du «mariage pour tous» accepté par les Chambres le 18 décembre 2020 (cf. *curia vista* no. 13.468), seuls les partenariats enregistrés de personnes du même sexe conclus avant cette date subsisteront pour les couples qui ne voudront pas transformer leur partenariat en mariage.

Le contrat de donation ou la disposition pour cause de mort peut stipuler un **droit de retour spécifique**, convenu entre les époux ou les partenaires enregistrés indépendamment des droits de retour et annulations d'attributions prévues dans la loi. **16**

L'époux **bénéficiaire d'une assurance-vie** perd la qualité de conjoint et, partant, de bénéficiaire (LCA 77 II, 83 II) de l'ex-conjoint, preneur de l'assurance, sauf si la clause bénéficiaire est irrévocable ou que l'intention du preneur d'assurance était de faire l'attribution en faveur de son conjoint même en cas de divorce³¹. **17**

Il paraît important de souligner deux aspects des donations des époux qui peuvent influencer de manière déterminante la situation juridique en cas de rupture du couple: **18**

- Comme le disent nCC 217 et 242 III, nLPart 31 II), une clause contraire expresse dans l'acte attributif (contrat de mariage, testament, pacte successoral) permet d'**annuler le droit de retour légal**. Ainsi, les attributions pour cause de mort et les modifications conventionnelles du partage à la fin de l'union restent valables et déploient leurs effets.
- Les attributions entre époux **en vue du divorce** ne sont, dans de nombreux cas, pas des donations au sens de CO 239 ss, car elles compensent, en règle générale, des droits de différente nature du bénéficiaire; p.ex. l'attribution faite en exécution du devoir d'entretien ou celle du logement familial en échange des droits de prévoyance que le bénéficiaire pourrait faire valoir à l'encontre du conjoint. Le respect de la volonté des époux et des partenaires enregistrés exprimée par des clauses spécifiques des actes de donation justifie la pleine application de ces clauses³².

Art. 248

E. Responsabilité du donateur

¹ Le donateur ne répond, envers le donataire, du dommage dérivant de la donation qu'en cas de dol ou de négligence grave.

² Il n'est tenu que de la garantie promise pour la chose donnée ou la créance cédée.

E. Verantwortlichkeit des Schenkers

¹ Der Schenker ist dem Beschenkten für den Schaden, der diesem aus der Schenkung erwächst, nur im Falle der absichtlichen oder der grobfahrlässigen Schädigung verantwortlich.

² Er hat ihm für die geschenkte Sache oder die abgetretene Forderung nur die Gewähr zu leisten, die er ihm versprochen hat.

E. Responsabilità del donatore

¹ Il donatore non è responsabile verso il donatario per i danni cagionati dalla donazione se non in caso di dolo o di grave negligenza.

² Per la cosa donata o per il credito ceduto egli non deve altra garanzia, se non quella che avesse promessa.

31 Reste réservé également le cas, probablement très rare, de la cession de l'assurance-vie au conjoint qui n'est pas invalidée par le divorce. CR CC I-PIOTET, CC 120 N 11; FamKomm Scheidung-BÜCHLER, CC 120 N 11; BADDELEY, Assurance-vie, 528.

32 L'application de CC 242 I est considérée impérative par la majorité de la doctrine, sans justification convaincante, comme l'a démontré BREITSCHMID, Ist Art. 242 Abs. 1 ZGB (Rücknahme der Eigengüter bei Auflösung der Gütergemeinschaft durch Scheidung) zwingendes Recht?, Fam-Pra.ch 2001 430. Voir aussi BADDELEY, Communauté de biens et divorce: l'article 242 al. 1 CC est-il impératif?, PJA 2021, 454.

Plan

	N
I. Le devoir d'exécution ou de réparation du donateur (CO 248 I)	1
II. La garantie du bien donné (CO 248 II)	15

I. Le devoir d'exécution ou de réparation du donateur (CO 248 I)

- 1 À l'exception du cas de la donation avec charges, le contrat de donation n'engendre des **obligations que pour le donateur**. Ce dernier doit procurer au donataire la propriété du bien donné ou accomplir les actes nécessaires pour que le donataire puisse exercer les droits convenus dans l'acte de donation, p.ex. instruire sa banque des droits du donataire, faire inscrire l'usufruit convenu au registre foncier¹. Si le donateur a cédé le bien contre une rémunération partielle et avec l'intention de faire une libéralité pour le reste, il s'agit d'une donation mixte (cf. CO 239 N 51 ss)².
- 2 Le donateur remplit ses obligations au **moment de l'exécution de sa prestation**, à savoir à la conclusion du contrat en cas de donation manuelle et à un moment ultérieur dans l'hypothèse d'une promesse de donner (cf. CO 244 N 11). La donation présente des similitudes avec la vente et le prêt lorsqu'il doit y avoir transfert du bien concerné, et les obligations du donateur liées à la **délivrance d'un bien donné** correspondent à celles du vendeur (CO 188 ss)³.
- 3 En tant que contrat, la donation confère au **donataire le droit d'exiger l'exécution réelle de la donation**. La donation n'étant pas un contrat bilatéral, le donataire ne dispose par contre pas du choix offert par CO 107 ss, aussi longtemps que l'exécution par le donataire est possible et n'est pas refusée expressément par ce dernier (CO 246 I, 249 [3])⁴.
- 4 En cas d'**inexécution ou de mauvaise exécution** de la donation par le donateur, la **faute** de ce dernier détermine les éventuels droits du donataire (CO 248 I). Ceux-ci sont, en règle générale, plus limités que dans les contrats synallagmatiques; les dispositions à ce sujet du CO, notamment CO 248 et celles sur la révocation, constituent des lois spéciales⁵. Les moyens plus limités du donataire reflètent le fait que la donation, tout en étant un contrat en droit suisse, en représente néanmoins un cas d'application spécial en raison du déséquilibre inhabituel en droit des contrats des prestations des parties. Le régime légal dans les différentes hypothèses est le suivant:
- 5 a) En cas d'**inexécution non fautive** au sens de CO 248 (N 7) par le donateur, celui-ci n'a aucune obligation de remplacement ou d'indemnité envers le donataire (N 3, N 239 N 66)⁶. Il peut refuser l'exécution de la promesse de donner (CO 250) et demander la restitution des biens déjà délivrés (CO 249) sans que le donataire ait droit à une indemnité (CO 249 N 2).

1 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1546; BSK-VOGT/VOGT, N 1 et 1b; ZK-OSEER/SCHÖNENBERGER, N 4 et CO 239 N 4; KAUFMANN-BÜTSCHLI, 248 ss.

2 ATF 116 II 259, c. 3, JdT 1992 I 94; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1505 s.

3 Pour l'action tendant au transfert de la propriété, cf. STEINAUER, Droits réels II, N 1551 ss.

4 CHK-SCHÖNENBERGER, CO 239 N 8; CO 107 N 9 c). Voir aussi ATF 133 III 421, c. 4.2, dans ce sens au sujet de l'exécution d'une charge.

5 ATF 133 III 421, c. 4.2; BSK-VOGT/VOGT, N 1a et 1b.

6 TF, 4C.417/2004, c. 2.1 et 3.2; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1551; BSK-VOGT/VOGT, N 1 ss; MAISSEN, N 363 s.

b) Si le donateur **refuse** de s'exécuter ou que l'exécution de la donation est devenue **impossible** et que l'**inexécution est due à la faute qualifiée** du donateur (N 9 s.), le donataire a droit aux **dommages-intérêts** (CO 97 ss)⁷. Le donateur au sens de CO 248 I doit couvrir les **dommages** causés par l'inexécution ou la mauvaise exécution de la **promesse de donner** (p.ex. les frais supplémentaires occasionnés par l'exécution tardive, les frais supplémentaires pour l'installation d'une chose défectueuse ou les *Mangelfolgeschäden*, à savoir les dommages causés au donataire par la chose donnée défectueuse, et par l'impossibilité de l'exécution)⁸.

c) Une **responsabilité délictuelle** (CO 41), aux mêmes conditions atténuées (CO 99 II, 248 I), est admise, à juste titre, par une partie de la doctrine⁹.

La **faute** au sens de CO 248 I doit être une **faute qualifiée**.

- La faute est **qualifiée** en cas de dol ou de négligence grave du donateur (CO 99 II *cum* 248 I)¹⁰. La convention entre les parties peut élargir la responsabilité du donateur garantie pour faute légère, sous réserve de CC 27, CO 20, 29 I et 100 I¹¹.
- Une **faute qualifiée n'existe notamment pas** si le donateur se trouve dans une situation où il peut **opposer son droit de révoquer** la donation (CO 249 s.) à la demande d'exécution du donataire ou lorsque les conditions d'un **droit de retour conventionnel** (CO 245, 247) sont réalisées.

La faute du donateur est **présumée** (CO 97 I); il appartient par conséquent au donateur de se disculper¹². La faute qualifiée est exigée également dans l'action fondée sur CO 41 (N 4), mais n'est pas présumée¹³.

Le **fardeau de la preuve du dommage** est supporté par le donataire qui doit aussi démontrer le **lien de causalité** entre le dommage et la violation du contrat.

En déterminant le **montant de l'indemnité**, le juge tient compte de la gratuité de l'attribution; de ce fait, il apprécie la responsabilité du donateur avec moins de rigueur que celle du débiteur en général (CO 99 II et III, 43 I *if.*)¹⁴. En cas d'exécution tardive, l'intérêt moratoire éventuellement dû par le donateur ne court que dès le jour de la demande en justice ou de la poursuite (CO 105 I)¹⁵.

Le donateur répond du fait et des fautes de ses **auxiliaires**, selon CO 101, à la condition que le comportement de l'auxiliaire constitue un chef de responsabilité s'il était attribué au donateur personnellement¹⁶.

7 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1548; CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; MAISSEN, N 353, 359 ss; nuancé BUCHER, BT, 156 (avec une référence discutable au «résultat pareil» chez CAVIN); beaucoup plus restrictif, BSK-VOGT/VOGT, N 1b et la doctrine minoritaire citée par cet auteur.

8 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1549; CHK-SCHÖNENBERGER, N 3; ENGEL, Contrats, 119 (qui toutefois ne distingue pas les prétentions fondées sur CO 248 I et II); BUCHER, BT, 156. Très détaillé dans MAISSEN, N 359 ss.

9 CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; MAISSEN, N 357, avec des références surtout à la doctrine allemande.

10 MAISSEN, N 355 ss, avec les références à la doctrine en droit des obligations au sujet du dol et de la négligence.

11 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1549; CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; MAISSEN, N 358; *contra*: BSK-VOGT/VOGT, N 4.

12 MAISSEN, N 367.

13 CHK-SCHÖNENBERGER, N 2.

14 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1549; CAVIN, 195.

15 BSK-VOGT/VOGT, N 1 b. Cf. KOLLER, 210, à l'égard de la situation du donataire.

16 MAISSEN, N 366.

- 13 Le régime auquel doit être soumise la **donation mixte** est controversé. La doctrine majoritaire préconise une réduction proportionnelle des indemnités à la partie onéreuse de l'acte¹⁷, alors que, pour la minorité, aucune réduction ne se justifie, dès lors que l'étendue de la réparation se fixe sur la base de CO 99 II¹⁸.
- 14 Pour la transmissibilité des droits et obligations des parties à leurs héritiers, cf. CO 252.

II. La garantie du bien donné (CO 248 II)

- 15 Selon CO 248 II, la responsabilité du donateur est réduite aux garanties qu'il a expressément offertes par rapport à la chose donnée: sauf indication particulière dans le contrat, le donateur ne répond pas de la **qualité de la chose donnée**, et le donataire n'a pas de recours contre lui en cas d'**éviction**¹⁹. De même, le donateur ne répond ni de l'**existence d'une créance** cédée gratuitement (CO 171 III), ni de la **solvabilité du débiteur** (CO 171 II) ou de l'**état de la créance**²⁰.
- 16 Les garanties en cas d'éviction et en raison des défauts de la chose **assumées expressément** par le donateur déploient les effets ordinaires, selon l'application par analogie des dispositions sur la vente (CO 193 ss et 197 ss) et la cession de créances; pour le surplus, seul CO 248 I est déterminant²¹. Pour les donations mixtes, cf. N 13.
- 17 Le donateur qui **dissimule frauduleusement** des droits de tiers (CO 192 III) ou des défauts de la chose (CO 199) assume une responsabilité ordinaire, en dépit de CO 248 II²².
- 18 Si la donation prend la forme d'un **usufruit**, le nu-propriétaire et l'usufruitier ont les droits et obligations ordinaires, selon CC 764 s., notamment en matière d'entretien du bien²³.

Art. 249

F. Annulation I. Restitution des biens donnés

Le donateur peut révoquer les dons manuels et les promesses de donner qu'il a exécutées et actionner en restitution jusqu'à concurrence de l'enrichissement actuel de l'autre partie:

1. lorsque le donataire a commis une infraction pénale grave contre le donateur ou l'un de ses proches;

17 Selon cette opinion, les règles générales en matière de demeure (CO 102 ss, 214 ss) s'appliquent pleinement à la partie onéreuse, et CO 99 II est inapplicable; cf. HUGUENIN, OR AT/BT, N 2860; BSK-VOGT/VOGT, N 2 et 5 concernant CO 248 II; BK-BECKER, N 5, avec une allusion à une solution équitable; BUCHER, BT, avec des nuances.

18 CHK-SCHÖNENBERGER, CO 239 N 9 (avec références détaillées à la doctrine); MAISSEN, N 373. Pour la donation mixte, en général, cf. CO 239 N 51 ss, CO 243 N 6.

19 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1550 s; MAISSEN, N 376. Pour BSK-VOGT/VOGT, N 4, en revanche, le donateur répond pour les défauts de la chose donnée comme pour l'exécution de la donation, uniquement en cas de faute qualifiée.

20 CHK-SCHÖNENBERGER, N 3, avec détails et références à la doctrine.

21 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1550; MAISSEN, N 392 ss, 377, 378 ss, 387; CAVIN, 196; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 1, 4. Pour BSK-VOGT/VOGT, N 4, une responsabilité pour faute légère ne peut pas être convenue; le donateur ne répond du dommage, dans le cadre de CO 248 II également, qu'en cas de faute ou de négligence grave.

22 BSK-VOGT/VOGT, N 4; CHK-SCHÖNENBERGER, N 3; MAISSEN, N 377, 385 s.

23 TF, 5C.262/2000, au sujet de l'usufruit d'une villa et des travaux nécessaires sur la chaudière.

2. lorsqu'il a gravement failli aux devoirs que la loi lui impose envers le donateur ou sa famille;
3. lorsqu'il n'exécute pas, sans cause légitime, les charges grevant la donation.

F. Aufhebung der Schenkung	Bei der Schenkung von Hand zu Hand und bei vollzogenen Schenkungsversprechen kann der Schenker die Schenkung widerrufen und das Geschenk, soweit der Beschenkte noch bereichert ist, zurückfordern:
I. Rückforderung der Schenkung	<ol style="list-style-type: none"> 1. wenn der Beschenkte gegen den Schenker oder gegen eine diesem nahe verbundene Person eine schwere Straftat begangen hat; 2. wenn er gegenüber dem Schenker oder einem von dessen Angehörigen die ihm obliegenden familienrechtlichen Pflichten schwer verletzt hat; 3. wenn er die mit der Schenkung verbundenen Auflagen in ungerechtfertigter Weise nicht erfüllt.
F. Annullamento della donazione	Trattandosi di donazione manuale o di promessa già eseguita il donante può revocare la donazione e farsi restituire la cosa donata, in quanto il donatario ne sia ancora arricchito:
I. Ripetizione dei beni donati	<ol style="list-style-type: none"> 1. quando il donatario abbia commesso un grave reato contro il donante o contro una persona a lui intimamente legata; 2. quando abbia gravemente contravvenuto ai suoi obblighi di famiglia verso il donante o verso una persona appartenente alla famiglia del medesimo; 3. quando, senza legittimo motivo, lasci inadempiti gli oneri della donazione.

Plan

	N
I. La révocation de la donation: en général	1
II. Les motifs de la révocation de donations exécutées (CO 249)	7
A. Le donataire a commis une infraction pénale grave contre le donateur ou l'un de ses proches (CO 249 [1])	11
B. Le donataire a gravement failli aux devoirs que la loi lui impose envers le donateur ou sa famille (CO 249 [2])	14
C. Le donataire n'exécute pas, sans cause légitime, les charges grevant la donation (CO 249 [3])	18

I. La révocation de la donation: en général

La donation n'oblige, en principe, que le donateur; ce dernier peut néanmoins s'attendre à de la gratitude de la part du donataire. Le donateur et, dans certains cas, ses héritiers peuvent exceptionnellement sanctionner la violation de ce devoir moral par la **révocation** de la donation (*die Aufhebung der Schenkung*; *l'annullamento della donazione*) si les motifs énumérés à CO 249 et 250 I, ainsi que 251 III sont donnés; en le faisant, ils exercent un droit formateur¹. La révocation peut également être prononcée en cas de changement substantiel de la situation matérielle du donateur (CO 250 I (2) et (3), et elle intervient, en outre, de plein droit lorsqu'un acte de défaut de biens est délivré contre le donateur ou lorsque ce dernier est déclaré en faillite (CO 250 II). D'autres cas de révocation de donations peuvent être prévus dans le contrat de donation (CO 247 ou autres motifs)². (Pour le

1 CHK-SCHÖNENBERGER, N 1; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1565.

2 TF, 4A_156/2009, liant une donation – qui n'était finalement qu'un prêt – à un éventuel futur contrat de mariage.

droit propre de révocation par les héritiers du donateur, cf. CO 251 III; au sujet de la nature et l'exercice du droit de révocation, cf. CO 251 I.)

- 2 La révocation de la donation entraîne, d'une part, un devoir de **restitution** jusqu'à concurrence de l'enrichissement actuel du donataire (CO 249 premier paragraphe *in fine*) et, d'autre part, le droit du donateur de refuser l'exécution de la partie encore due de la donation. La révocation peut porter sur la **totalité** ou sur **une partie** seulement de la donation (cp. CO 250 N 3, 6, 8, CO 251 N 30 ss). Pour plus de détails au sujet de l'action et des effets de la révocation, voir CO 251 II.
- 3 CO 249 à 251 constituent des règles spéciales applicables uniquement aux donations³.
- 4 La donation est ou peut être révoquée dans d'autres cas également:
 - a) Lorsque le contrat de donation prévoit un **droit de retour** ou un **droit de révocation** du donateur (CO 247 ou autres motifs). Voir CO 247 N 1.
 - b) CC 91 prévoit le droit des **fiancés** de révoquer leurs donations réciproques en cas de rupture de fiançailles pour une raison autre que le décès de l'un d'eux. Cf. CO 247 N 14.
 - c) Sous réserve de la volonté contraire des parties, les **libéralités pour cause de mort entre époux** sont révoquées de par la loi en cas de divorce (CC 120 II; LCA 83 II pour les clauses bénéficiaires révocables des assurances-vie). Il en va de même des partenaires enregistrés. Cf. CO 247 N 15a et 15b, et N 17.
 - d) En cas de **divorce, de séparation de corps, d'annulation du mariage, comme de séparation de biens légale ou judiciaire**, ainsi que d'**annulation ou de dissolution d'un partenariat enregistré** les avantages prévus dans des contrats de mariage et des contrats correspondants entre partenaires enregistrés du même sexe, en matière de partage du bénéfice de l'union ou des biens communs ne s'appliquent pas; toutefois, cette révocation légale automatique peut être exclue par le contrat-même ou par une entente des époux ou partenaires au moment de la dissolution de l'union. Voir aussi CO 247 N 15a et b, N 16.
 - e) La libéralité faite par la désignation d'un **bénéficiaire d'une assurance-vie** est annulée de par la loi en cas de **saisie de l'assurance ou de faillite du preneur d'assurance**, sous réserve du privilège du conjoint et des descendants (LCA 80 I) et sauf en cas de clause irrévocable (LCA 77 II, 79 II). La libéralité annulée renaît si la saisie tombe ou si la faillite est révoquée (LCA 79 I).
- 5 La révocation de la donation se distingue de l'action en nullité p.ex. pour des **vices du consentement** (CO 23 ss) et pour **lésion** (CO 21), conférant au donateur le droit de revendiquer la chose donnée (cf. CO 239 N 8, 30 et 66; voir aussi CO 239 N 66)⁴.
- 6 Une libéralité, qui lèse les droits patrimoniaux de tiers, peut, en outre, être **attaquée** par ceux-ci, en vue de sa réduction ou annulation, au moyen des actions:
 - en réunion, réduction et restitution matrimoniale, par le conjoint ou ses héritiers (CC 208 et 220),
 - en réunion, réduction et restitution successorale, par les héritiers réservataires (CC 527, 522 et 528),
 - par l'action révocatoire spéciale de LP 286 et celle de LP 288, par les créanciers⁵.

³ BSK-VöGT/VöGT, CO 250 N 1; MAISSEN, N 422.

⁴ Cf. ATF 133 III 421, c. 2.2 et 2.3; BSK-VöGT/VöGT, N 2.

⁵ Pour les détails de cette action, cf. SCHÜPBACH, LP 286, 291. Cf. également LCA 82, renvoyant à LP 286.

Ces actions ne constituent pas des révocations de la donation.

II. Les motifs de la révocation de donations exécutées (CO 249)

La révocation fondée sur la loi ne peut se faire que lorsque l'un des **motifs de révocation** de CO 249 et 250 I est réalisé. **CO 249** détermine les conditions matérielles pour la révocation des donations exécutées, soit la donation manuelle, la promesse de donner exécutée et la part exécutée d'une promesse de donner partiellement encore inexécutée. **CO 250** régit les cas de révocation de la donation inexécutée.

La **renonciation** générale au droit de révocation fondée sur CO 249 et 250 est contraire à CC 27 et, par conséquent, nulle (CO 19/20); la renonciation à l'action dans une situation où les conditions légales sont déjà remplies est valable⁶.

En cas de litige au sujet du fondement de la révocation dans une action condamnatoire ou constatatoire, l'**interprétation sévère de la réalisation des conditions légales** est préconisée par certains auteurs, étant donné que la révocation de la donation constitue une sanction grave⁷. Le juge ne doit cependant pas ignorer le caractère gratuit du contrat (CC 4)⁸.

CO 249 prévoit trois motifs justifiant la révocation de la donation exécutée. La liste est **exhaustive**. Pour les conditions de forme, y compris les délais, de ces actions et des actions de CO 250, cf. CO 251.

A. Le donataire a commis une infraction pénale grave contre le donateur ou l'un de ses proches (CO 249 [1])

La violation du droit pénal doit être grave. Il doit s'agir **d'un crime ou d'un délit**; la simple contravention ne suffit pas⁹. L'acte reproché au donataire doit avoir été commis à l'encontre du donateur ou de ses proches. Font partie de ceux-ci: la famille du donateur au sens du droit civil, son partenaire de vie, ses amis et d'autres personnes liées au donateur; la vie en ménage commun du donateur avec la victime du crime ou du délit n'est pas exigée¹⁰. L'acte criminel contre le proche doit toucher le donateur en raison des liens affectifs qui le lient à cette personne. De ce fait, le délit grave envers des tiers, p.ex. des banques, mais aussi envers un membre de la famille peu proche du donateur, ne fonde pas le droit de révocation¹¹.

La **faute du donataire** doit être établie. Le donataire peut être auteur, coauteur, complice ou instigateur de l'acte criminel; la tentative peut également suffire pour exercer le droit

6 ATF 133 II 421, c. 4.1; ATF 113 II 252, c. 5; BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 4, n'excluant pas totalement une renonciation générale et préalable; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 302a, dernier tiret.

7 ATF 96 II 119, c. 3 *ab initio* et 3b *in fine*; BUCHER, BT, 159.

8 Cf. MAISSEN, N 423, 433 ss, et ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 3, au sujet de 250 I 2.

9 CHK-SCHÖNENBERGER, N 4, avec référence à ATF 4A_171/201, c. 4, au sujet de l'appréciation de la gravité de l'acte; BSK-VOGT/VOGT, N 9, pour qui l'infraction est « *zivilrechtlich selbständig auszulegen* ». Cf. GUINAND/STETTTLER/LEUBA, N 173 s., ainsi que STEINAUER, Successions, N 379c, en matière d'exhérédation. Voir aussi TF, 5A_668/2014 et 5A_670/2014, c. 3.2.3.4, au sujet de la sévérité de l'infraction pénale, avec référence à ATF 127 III 65.

10 CHK-SCHÖNENBERGER, N 4; MAISSEN, N 395. Pour des réflexions au sujet de la définition des « proches » dans d'autres cas d'application, voir aussi STETTTLER et TERCIER, Proches.

11 Cf. ATF 106 II 304, c. 2, JdT 1982 I 313, à l'égard d'une exhérédation.

de révoquer la donation; la gravité de l'infraction pour le besoin de la révocation de la donation s'évalue à l'aune de critères de droit privé¹². La révocation est valable même si l'auteur de l'infraction n'a pas été puni et lorsque la péremption est acquise. Dans cette dernière hypothèse, le juge civil doit cependant s'assurer que le crime allégué existe¹³. L'éventuel comportement provocateur ou blessant du donateur ou du proche, victime de l'acte, envers le donataire doit être pris en compte pour apprécier la gravité de la faute et, partant, la justification de la révocation¹⁴.

- 13 CO 249 (1) reprend le texte de CC 477 (1), soit les **motifs de l'exhérédation** d'un héritier réservataire¹⁵. La révocation peut cependant être motivée par des infractions qui ne suffiraient pas pour l'exhérédation. Une interprétation plus large de CO 249 (1) que celle de CC 477 (1) se justifie parce que la donation est un acte de volonté du donateur, ce qui n'est pas le cas des droits des héritiers réservataires. L'autonomie de la volonté en matière de libéralités entre vifs doit trouver un prolongement logique à l'égard d'une éventuelle révocation de la donation dans l'hypothèse envisagée ici¹⁶.

B. Le donataire a gravement failli aux devoirs que la loi lui impose envers le donateur ou sa famille (CO 249 [2])

- 14 Les devoirs visés sont les **devoirs familiaux**, qui découlent d'une disposition légale ou d'un jugement, notamment de CC 159 ss, 272 ss et 328, ou de la LPart; la violation de ces droits doit être imputable à la faute du donataire¹⁷. La révocation de la donation ne peut se fonder sur la violation de droits moraux ou sur des comportements licites contraires aux vœux du donateur, p.ex. l'union libre du descendant que le donateur désapprouve, ou avoir refusé le mariage religieux¹⁸. Le chiffre 2 de CO 249, comme le chiffre 1, correspond à CC 477 (2); cette disposition doit donc également être interprétée largement (N 12)¹⁹.
- 15 Seule une **violation grave** des devoirs justifie la révocation au sens de CO 249. Cette condition devrait être réalisée en cas de condamnation fondée sur CP 217, 219 ou 220²⁰. La gravité **s'apprécie** à deux égards:
- par rapport au **comportement du donataire**: le comportement du donataire doit être jugé pour lui-même, objectivement et subjectivement, en tenant compte également du

12 ATF 106 ci-dessus; BSK-VOGT/VOGT, N 9; BSK ZGB II-BESSENICH/RICKLI, CC 477 N 11.

13 BSK-VOGT/VOGT, N 9, avec références à la jurisprudence et la doctrine en matière d'exhérédation; MAISSEN, N 392 ss.

14 BSK-VOGT/VOGT, N 8. Voir également les développements à ce sujet pour l'exhérédation, qui s'appliquent *mutatis mutandis*, de BSK ZGB II-BESSENICH/RICKLI, CC 477 N 6.

15 MESSAGE CO, 46; Bull. stén. CN 1905 1243, 1907 352; Bull. stén. CE 1907 162. TC GE, SJ 1980 257, c. B.b. Cf. GUINAND/STETTLER/LEUBA, N 265 s.; BSK ZGB II-BESSENICH/RICKLI, CC 477 N 10 ss, 14 ss.

16 BSK-VOGT/VOGT, N 8; VON TUHR, VIII; plus restrictifs: CHK-SCHÖNENBERGER, N 3; ENGEL, Contrats, 120.

17 ATF 106 II 304, c. 3, JdT 1982 I 313. Cp. STEINAUER, Successions, N 379c; GUINAND/STETTLER/LEUBA; BSK ZGB II-BESSENICH/RICKLI, CC 477 N 12 ss, 13 ss, en matière d'exhérédation. Voir aussi MEIER/STETTLER, N 620 et 621 ss pour le contenu de ces devoirs.

18 TF, 5A_254/2017, c. 4.3; ATF 106 II 304, c. 3a, JdT 1982 I 313; CHK-SCHÖNENBERGER, N 5; BSK-VOGT/VOGT, N 10.

19 BSK-VOGT/VOGT, N 10; cf. la casuistique dans BK-TUOR, CC 477 N 28. Voir aussi les références citées aux n. 14 s.

20 Pour une telle condamnation en raison de la violation du droit d'entretien de l'épouse et de deux enfants mineurs, cf. ATF 128 IV 86.

comportement et de la faute éventuelle du donateur²¹. La gravité du manquement allégué dépend de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas particulier. Par analogie à ce qui est admis pour CO 250 I (3), il y a lieu d'inclure dans l'appréciation de la situation l'éventuelle **prévisibilité** du comportement du donataire, notamment l'incapacité ou le défaut de volonté du donataire d'exécuter la charge (cf. CO 250 N 7)²².

- en tenant compte de l'**effet du comportement fautif du donataire sur la relation entre lui et le donateur**²³. Ainsi, l'introduction sans motif valable ou à des fins vexatoires d'une action en justice²⁴ ou d'une procédure d'interdiction²⁵, fonde le droit de révocation. Cela n'est pas le cas d'une déposition du donataire contre son père donateur correspondant à la vérité²⁶, ou de comportements qui préféraient la situation économique du donateur²⁷.

La détermination des **devoirs entre époux** et l'appréciation de la faute aux fins d'ouvrir le droit à la révocation d'une donation ne sont pas aisées²⁸. Il faudrait, en tout état de cause, qu'un comportement gravement fautif de l'époux donataire puisse être établi. P. ex. la séparation du couple dans des circonstances spécialement difficiles dues à l'époux donataire ne paraît pas impensable à cet égard, mais ne doit être admise qu'après une évaluation soigneuse de la situation et tenant compte du fait que tous les détails de la relation des époux ne sont pas nécessairement révélés au juge²⁹. La révocation d'une donation peut intervenir pendant le mariage, indépendamment d'un éventuel divorce du couple³⁰. Le divorce, même s'il y a faute d'un des époux, ne constitue pas en soi une cause de révocation au sens de CO 249 (2)³¹. La révocation, en raison du divorce, des dispositions pour cause de mort entre époux (CC 120 II) ne revêt pas le même caractère punitif que celle découlant de CO 249 (2). Il en va de même des droits de retour de donations convenus entre les époux ou, exceptionnellement, présumés (p.ex. le droit de retour, en cas de divorce, de bijoux de famille en possession de l'épouse)³². Les mêmes principes et raisonnements s'appliquent *mutatis mutandis* aux couples vivant en **partenariat enregistré**³³.

16

21 ATF 113 II 252, c. 4; BSK-Vogt/Vogt, N 10.

22 ATF 133 III 421, c. 5; ATF 113 II 252, c. 4a.

23 SJ 1980 272; MAISSEN, N 397.

24 ATF 76 II 269.

25 BSK-Vogt/Vogt, N 12.

26 ATF 72 II 339, JdT 1947 I 497; BJM 1972, 130.

27 ATF 52 II 115, JdT 1926 I 465.

28 Pour des développements détaillés à ce sujet et les références à la jurisprudence, cf. MAISSEN, N 399 et KOBEL SCHNIDRIG, 307 ss.

29 Aussi (très) restrictifs à cet égard, à juste titre: BSK-Vogt/Vogt, N 11; MAISSEN, N 399; ENGEL, Contrats, 120 s., qui préconise, pour ce cas de figure, presque l'exclusion de CO 249 (2).

30 ATF 113 II 232, c. 1, JdT 1988 I 92 rés.; ATF 113 II 252, c. 2.

31 Cf. ATF 127 III 65, c. 2a, qui relativise la portée de la décision du TC GE, SJ 1980 257, c. B.c., concernant la révocation d'une donation en raison de l'adultère de l'épouse donataire; la jurisprudence genevoise ne devrait être utilisée comme référence, à des fins d'évaluation d'un cas actuel, qu'avec certaines réserves inspirées des prémisses du droit du divorce actuel. Dans ce sens déjà ATF 113 II 252, c. 2b. Par ailleurs, il convient de tenir compte de l'évolution de la société en matière de divorce et de la vie en communauté de vie non formalisée.

32 Qui d'ailleurs ne doit pas être présumé, sauf circonstances extraordinaires; CO 239 N 31. Cf. également ENGEL, Contrats, 120 s., mais sur la base de CO 249 (2).

33 BSK-Vogt/Vogt, N 10.

- 17 Selon la doctrine récente, CO 249 (2) trouve application aux couples vivant en **union libre** hétéro- ou homosexuelle, comme à ceux vivant en **partenariat enregistré de droit public cantonal**³⁴, bien que leurs unions ne se fondent pas sur le droit civil fédéral³⁵. Vu l'importance de l'union libre dans la société actuelle et le besoin de protection légitime des personnes vivant dans une telle communauté, ce point de vue mérite d'être adopté au moins lorsque l'union libre se caractérise par des éléments semblables au mariage ou au partenariat enregistré (solidarité, durée, ...). L'interprétation des devoirs moraux des parties et de leurs volontés au regard de la donation doit tenir compte de la spécificité de leur relation.

C. Le donataire n'exécute pas, sans cause légitime, les charges grevant la donation (CO 249 [3])

- 18 En cas d'**inexécution, d'exécution partielle ou d'impossibilité de l'exécution de la charge**, le donateur a le **choix** entre l'action en exécution de la charge (CO 246 N 1 ss) et la révocation de la donation (CO 249). La révocation peut toutefois intervenir également après une action en exécution de la charge réussie, pour autant que le donataire n'ait pas effectué la prestation due dans un délai raisonnable³⁶. La portée des deux moyens est différente: l'action de CO 246 n'aura, en principe, des conséquences que pour la charge, alors que la révocation (CO 249 et 250) porte sur la donation en soi, avec sa charge.
- 19 Dans tous les cas, l'inexécution de la charge doit être imputable à la **faute du donataire**³⁷ et la prestation du donataire doit ne pas avoir eu lieu ou avoir différée substantiellement de ce à quoi le donateur pouvait s'attendre³⁸. Le donataire peut opposer l'exception de CO 246 III p.a. à la révocation de la donation (CO 245 N 21)³⁹. L'éventuelle **prévisibilité de l'inexécution**, par le donataire, de la charge (N 15, 1^{er} tiret) paraît particulièrement importante dans les cas de charges lourdes ou de longue durée, p.ex. celles imposées aux musées et collections en cas de donations d'œuvres d'art (voir également CO 250 N 7)⁴⁰. Voir au sujet de l'évaluation de l'inexécution respectivement de la mauvaise exécution de la charge, CO 246 N 4, ainsi qu'à celui de l'intensité et de la durée de la charge admissibles au regard de CC 27, CO 245 N 22 et 31, CO 246 N 10).
- 20 En cas d'**impossibilité non fautive** de l'exécution de la charge, le donateur ne dispose pas du droit de révoquer la donation et le donataire n'est pas tenu à restitution; la donation n'étant pas un contrat bilatéral, CO 119 II est inapplicable et la donation subsiste sans la charge (CO 245 N 31)⁴¹. Tel est le cas également si la violation des devoirs du donataire est en soi insignifiante dans le contexte global de la donation ou est de valeur

34 P. ex. Loi sur le Partenariat du 15 février 2001 (LPart-GE, E 1 27) et Ordonnances d'application.

35 CHK-SCHÖNENBERGER, N 5; BSK-VOGT/VOGT, N 10. Dans certains cas, l'analyse peut d'ailleurs révéler que la donation était assortie d'une condition résolutoire tacite.

36 MAISSEN, N 516, admettrait cette solution sans condition. Cf. N 20 au sujet de la fixation d'un délai supplémentaire.

37 ATF 80 II 260, JdT 1955 I 162; ZR 1978 267. CHK-SCHÖNENBERGER, N 6. Critique: RENOLD, 547. Voir aussi CO 246 N 4 ss et références.

38 ATF 133 III 421, c. 5. Pour l'admissibilité d'une action en dommage et intérêts, cf. CO 246 N 5; il s'agirait du dommage causé par l'inexécution de la charge pendant la durée de la donation.

39 Dans ce sens, MAISSEN, N 516.

40 ATF 133 III 421, c. 5. Critique à l'égard d'une trop grande mansuétude envers les musées (étagères), RENOLD, 547, et VOGT/LEU, 7 s.

41 CHK-SCHÖNENBERGER, N 6; BSK-VOGT/VOGT, N 13.

minime⁴². Les **charges nulles, car illicites, contraires aux mœurs ou d'emblée impossibles** ne peuvent être invoquées pour justifier la révocation de la donation, sauf si la donation n'aurait pas été faite par le donateur sans cette charge (CO 245 N 31, CO 246 N 7). L'inexécution de la charge en faveur du donataire-même (*modus simplex*; CO 245 N 20 et 34, CO 246 N 9) peut ne pas être sujette à l'action en exécution de la charge qui violerait les droits de la personnalité du donataire (sphère privée ou secrète, intégrité corporelle ou psychique; CO 246 N 9), mais peut donner lieu à la révocation de la charge.

L'exercice du droit découlant de CO 249 (3) et 250 I (1) aboutit nécessairement à la révocation **de la charge et de la donation**. La sanction de l'inexécution de la charge est donc plus lourde lorsque le donateur choisit cette voie comparée avec celle en cas d'action en exécution de la charge (CO 246). De ce fait, avant de pouvoir révoquer la donation, le donateur doit mettre le donataire en **demeure** et lui fixer un **délaï d'exécution** (CO 107 p.a.)⁴³.

21

Art. 250

II. Révocation de la promesse de donner et refus d'exécution

¹ L'auteur d'une promesse de donner peut révoquer sa promesse et en refuser l'exécution :

1. lorsqu'il existe des motifs qui permettraient d'exiger la restitution des biens dans le cas d'une donation manuelle;
2. lorsque, depuis sa promesse, sa situation financière s'est modifiée de telle sorte que la donation serait extraordinairement onéreuse pour lui;
3. lorsqu'il lui est survenu, depuis sa promesse, des devoirs de famille nouveaux ou sensiblement plus onéreux.

² La promesse de donner est annulée, lorsqu'un acte de défaut de biens est délivré contre le donateur ou lorsque ce dernier est déclaré en faillite.

II. Widerruf und Hin-fälligkeit des Schenkungsversprechens

¹ Bei dem Schenkungsversprechen kann der Schenker das Versprechen widerrufen und dessen Erfüllung verweigern :

1. aus den gleichen Gründen, aus denen das Geschenkte bei der Schenkung von Hand zu Hand zurückgefordert werden kann;
2. wenn seit dem Versprechen die Vermögensverhältnisse des Schenkers sich so geändert haben, dass die Schenkung ihn ausserordentlich schwer belasten würde;
3. wenn seit dem Versprechen dem Schenker familienrechtliche Pflichten erwachsen sind, die vorher gar nicht oder in erheblich geringerem Umfange bestanden haben.

² Durch Ausstellung eines Verlustscheines oder Eröffnung des Konkurses gegen den Schenker wird jedes Schenkungsversprechen aufgehoben.

42 C'est ainsi qu'il convient d'interpréter, à notre sens, la motivation et la décision dans ATF 133 III 421, c. 5. Voir toutefois la critique fondée de VOGT/LEU, 7 s., au sujet de la « pesée » peu convaincante des années pendant lesquelles la charge a été exécutée avant de ne plus l'être; cet aspect doit être pris en compte dans la détermination des délais de l'action (cf. CO 246 N 4, CO 249 N 19).

43 CHK-SCHÖNENBERGER, N 6; BSK-VOGT/VOGT, N 13.

- II. Revoca e caducità della promessa ¹ In caso di donazione promessa il donatore può revocare la promessa e rifiutarne l'adempimento:
1. per gli stessi motivi per i quali potrebbe essere chiesta la restituzione della cosa trattandosi di donazione manuale;
 2. se dopo la promessa le condizioni patrimoniali del donatore si fossero così modificate, che la donazione gli riuscirebbe straordinariamente gravosa;
 3. se, dopo la promessa, fossero sorti per il donatore dei doveri di famiglia che prima non esistevano od erano molto meno gravosi.
- ² Ogni promessa di donazione cade a seguito di attestato di carenza di beni o dichiarazione di fallimento contro il donatore.

Plan

	N
I. La révocation de la promesse de donner en général	1
II. Les motifs de la révocation d'une promesse de donner inexécutée	4

I. La révocation de la promesse de donner en général

- 1 CO 250 traite de la «révocation des promesses de donner et du refus d'exécution» (*Widerruf und Hinfälligkeit des Schenkungsversprechens*; *revoca e caducità della promessa*). Il s'agit du pendant de CO 249 pour les **donations non encore exécutées**.
- 2 Les **motifs** qui justifient la révocation tiennent aux mêmes raisons que ceux prévus à CO 249 en y ajoutant d'autres raisons liées à la situation familiale et patrimoniale du donateur (CO 250 I [2] et [3]), II): la loi permet à ce dernier d'invoquer une situation nouvelle, en application de la *clausula rebus sic stantibus*, pour justifier son refus d'honorer un engagement qui excède ses moyens¹, et y ajoute une révocation de par la loi dans certaines situations d'exécution forcée du donateur. Voir CO 249 N 1 ss au sujet de la révocation de la donation en général.
- 3 La **révocation** peut n'être que **partielle**; dans une éventuelle action judiciaire, en condamnation ou en constatation, le maintien partiel ou total de la donation peut également être ordonné (N 6, 8, CO 249 N 2, CO 251 N 18, 28, 31). Voir également CO 251 N 1.

II. Les motifs de la révocation d'une promesse de donner inexécutée

- 4 CO 250 énumère les motifs suivants:
- 5 **Les mêmes motifs que ceux permettant d'exiger la révocation d'une donation exécutée (CO 250 I [1])**: Il s'agit d'un renvoi aux motifs et conditions d'application de CO 249.
- 6 **La modification de la situation financière du donateur depuis sa promesse, de telle importance que la donation serait extraordinairement onéreuse pour lui (CO 250 I [2])**: Le donateur doit se trouver, de manière objective, dans une situation économique fortement détériorée en comparaison de sa situation au moment de la promesse de donner. Cela peut être admis même si le donateur ne tombe pas en deçà du minimum vital

¹ «*Nemo liberalis nisi liberatus*»; ATF 83 III 147, JdT 1958 II 49; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1559 s.; TERCIER, *Clausula*, not. 198, 207, 209, 210 s.; BUCHER, BT, 159.

ou n'est pas contraint de demander l'assistance de sa famille en vertu de CC 328², et aussi s'il a causé lui-même la détérioration de sa situation³. Il faut de surcroît que l'exécution de la donation soit particulièrement difficile pour le donateur dans sa nouvelle situation. Ces principes impliquent que le maintien partiel de la donation peut être exigé du donateur malgré sa situation financière, comme pour CO 250 II (3)⁴. La révocation de la donation ne peut en particulier pas servir à permettre au donateur de maintenir sa position sociale et professionnelle («*standesgemäss*»)⁵.

La **cause** et le(s) responsable(s) de la détérioration de la situation du donateur sont, en principe, sans importance, n'excluant donc pas la détérioration du **fait du donateur** lui-même⁶. Toutefois, le motif de révocation de CO 250 I (2) n'est pas donné ou ne justifie qu'une réduction de la donation, à la place de l'annulation, lorsque que la détérioration de la situation patrimoniale est due à la **mauvaise foi du donateur** ou si elle était **prévisible**⁷. Le juge doit tenir compte du caractère gratuit du contrat et apprécier le comportement du donateur de manière moins exigeante qu'en cas de contrat onéreux (CC 4)⁸.

Des devoirs de famille nouveaux ou sensiblement plus onéreux pour le donateur, depuis sa promesse (CO 250 I [3]): Il doit s'agir de devoirs légaux imposés par le droit du mariage ou de la filiation (CC 159, 163 ss, 272, 276 ss, 328), à l'exclusion de devoirs moraux ou contractuels⁹. Dans cette hypothèse aussi, le donateur fait valoir une détérioration importante de sa situation économique. Toutefois, celle-ci ne découle pas (nécessairement) d'une diminution de ses moyens mais d'obligations nouvelles ou de l'alourdissement d'obligations existantes au moment de la promesse de donation déjà¹⁰. Le mariage ou de nouvelles obligations pécuniaires familiales ne constituent pas en soi une cause valable pour la révocation¹¹; la donation doit empêcher le donateur d'assumer correctement ses devoirs légaux¹². Comme pour CO 249 et CO 250 I (2), une **révocation partielle de la donation** peut être envisagée¹³.

Le fait que le donateur soit la **cause** de la nouvelle situation, p.ex. par son mariage ou en cas d'un nouvel enfant, n'est pas pertinent.

Admettre, comme pour CO 250 I (2), que le droit de révocation du donateur puisse être mis en cause lorsque la nouvelle situation familiale et ses conséquences patrimoniales

2 CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; MAISSEN, N 424; MEIER W. H., 72; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 5. BSK-VOGT/VOGT, N 1, soulignant que CO 250 I (1) est une norme spéciale qui ne saurait s'appliquer à toutes les obligations.

3 MAISSEN, N 423.

4 Cf. BSK-VOGT/VOGT, N 1; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 4, qui préconisent en outre un ordre de réduction des donations, lorsque le donateur en fait plusieurs à différents moments, analogue à l'ordre applicable en matière de réduction successorale (CC 532).

5 CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; MAISSEN, N 424 *if.*; MEIER W. H., 73.

6 CHK-SCHÖNENBERGER, N 4; MAISSEN, N 423.

7 Cp. avec la prévisibilité de l'inexécution d'une charge: ATF 133 III 421, c. 5. Cf. CO 249 N 15, 1^{er} tiret, N 19.

8 TERCIER, *Clausula*, 203 s., 207 ss. MAISSEN, N 423, 433 ss, ainsi que N 432, au sujet d'éventuelles clauses contractuelles relatives à une modification de la situation patrimoniale du donateur, et leur relation avec CO 250 I (2) et/ou (3) qui sont impératives.

9 MAISSEN, N 426.

10 CHK-SCHÖNENBERGER, N 3; d'un avis divergeant, BUCHER, BT, 159.

11 BSK-VOGT/VOGT, N 2.

12 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 6; MAISSEN, N 426 s.

13 CHK-SCHÖNENBERGER, N 4; BSK-VOGT/VOGT, N 1.

étaient **prévisibles** ou que le donateur était de **mauvaise foi**¹⁴, suscite des réserves en raison de la nature et de l'importance des devoirs familiaux et des problèmes qui pourraient résulter pour la famille du donateur en cas de maintien de la donation. Les critères de la prévisibilité et de la bonne foi devraient en tout cas s'apprécier avec plus de sévérité et revêtir moins d'importance si la révocation de la donation se fonde sur CO 250 I (3) que dans un cas d'application de CO 250 I (2). Voir également CO 249 N 19.

- 11 La délivrance d'acte de défaut de biens contre le donateur ou la déclaration de faillite à l'encontre de ce dernier (CO 250 II):** L'établissement d'un acte de défaut de biens définitif contre le donateur (LP 149) et l'ouverture de la faillite de celui-ci (LP 171, 175) entraînent *ex lege* l'annulation de la promesse de donner inexécutée¹⁵. La situation est identique en cas de concordat¹⁶. Une déclaration du donateur n'est pas nécessaire. La donation est nécessairement révoquée intégralement; une réduction n'entre pas en ligne de compte¹⁷. La donation réduite préalablement en vertu de CO 250 I (2) ou (3) ne peut être révoquée que dans la mesure où elle existe encore¹⁸. La donation ne revit pas en cas de retour à meilleure fortune du donateur¹⁹.
- 12 La donation manuelle et la promesse de donner exécutées** (entièrement ou partiellement) moins d'un an avant l'ouverture de la faillite ou la poursuite peuvent être attaquées par les créanciers lésés, par le biais d'une **action révocatoire fondée sur LP 286** dirigée contre le donataire. Cette action trouve sa justification dans le raisonnement selon lequel le patri-moine donné appartenait en vérité aux créanciers, en vertu du principe *nemo liberalis nisi liberatus*²⁰. Le délai plus long de cinq ans de LP 288 est applicable pour les donations faites dans l'intention du donateur de porter préjudice à ses créanciers, si cette intention était reconnaissable par le donataire²¹. L'existence de cédulas hypothécaires non mises en gage n'empêche pas l'action révocatoire portant sur l'immeuble²². En vertu de CO 250 II et contrairement à l'action LP 286 à l'égard de bénéficiaires dans d'autres transactions, la donation est annulée elle-même de par la loi²³. L'éventuel surplus qui n'est pas nécessaire pour satisfaire les créanciers du donateur doit revenir à ce dernier²⁴; pour les effets, voir aussi CO 251. En cas de donation mixte, l'action révocatoire ne porte que sur la partie gratuite²⁵.

14 Voir MAISSEN, N 423, 433 ss.

15 BSK-VOGT/VOGT, N 3; CHK-SCHÖNENBERGER, N 5. Le procès-verbal de saisie peut tenir lieu d'acte de défaut de biens provisoire même s'il ne le mentionne pas expressément; cf. TF, 5C.94/2001, c. 3a. Ce titre suffit pour exciper de la révocation, pour conduire un procès en revendication jusqu'au jugement et pour ouvrir une action révocatoire; TF, 5A_13/2018, c. 3.1.1; TF, 5C.94/2001, c. 3b; ATF 115 III 138, c. 2b et c, JdT 1991 II 184. Cependant, un jugement dans cette dernière action ne peut être obtenu que sur la base d'un acte de défaut de biens définitif (TF, 5C.94/2001, c. 3.b, ou éventuellement assorti d'une condition qui subordonne la réalisation du bien à la production d'un tel acte (ATF 115 III 138, c. 2c, JdT 1991 II 184).

16 SCHÜPBACH, LP 286 N 29.

17 CHK-SCHÖNENBERGER, N 5; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 4 *ab initio*.

18 SCHÜPBACH, LP 286 N 33.

19 CHK-SCHÖNENBERGER, N 5; BSK-VOGT/VOGT, N 3; MAISSEN, N 430.

20 Cf. MAISSEN, N 428; CAVIN, 197. Au sujet de cette action, cf. TF, 5P.143/2000; SCHÜPBACH, LP 286 à 288a. Voir aussi CO 249 N 4, 3^e tiret première partie, sur les clauses bénéficiaires.

21 TF, 5A_759/2007, c. 3.3.

22 TF, 5P.143/2000, c. 1a.

23 Cf. TF, 5A_58/2009, c. 3; ATF 135 III 265, c. 3, au sujet de l'effet de l'action révocatoire en général. CR LP-PETER, LP 291 N 3, 19 ss. Cf. ATF 64 III 147, JdT 1939 II 19, au sujet d'un cautionnement.

24 CR LP-PETER, LP 291 N 19 ss.

25 CR LP-PETER, LP 291 N 16.

En cas d'exécution forcée contre le preneur d'assurance, la **clause bénéficiaire révocable** au profit d'un tiers tombe de par la loi (LCA 77 I, 79 I). La clause bénéficiaire reste cependant valable et avec elle la donation faite au bénéficiaire, en cas de répudiation automatique de CC 566 II, lorsque l'insolvabilité du *de cuius* est constatée après son décès²⁶.

Art. 251

III. Prescription et transfert de l'action aux héritiers

¹ La révocation peut avoir lieu dans l'année à compter du jour où le donateur a eu connaissance de la cause de révocation.

² Si le donateur décède avant l'expiration de l'année, son action passe à ses héritiers, qui peuvent l'intenter jusqu'à la fin de ce délai.

³ Les héritiers peuvent révoquer la donation lorsque le donataire, avec préméditation et d'une manière illicite, a causé la mort du donateur ou a empêché ce dernier d'exercer son droit de révocation.

III. Verjährung und Klagerecht der Erben

¹ Der Widerruf kann während eines Jahres erfolgen, von dem Zeitpunkt an gerechnet, wo der Schenker von dem Widerrufsgrund Kenntnis erhalten hat.

² Stirbt der Schenker vor Ablauf dieses Jahres, so geht das Klagerecht für den Rest der Frist auf dessen Erben über.

³ Die Erben des Schenkers können die Schenkung widerrufen, wenn der Beschenkte den Schenker vorsätzlich und rechtswidrig getötet oder am Widerruf verhindert hat.

III. Prescrizione e azione degli eredi

¹ La revoca di una donazione può aver luogo entro un anno dal giorno in cui il donatore ne ha conosciuto la causa.

² Se il donatore muore prima del decorso di questo termine, l'azione si trasmette agli eredi fino al compimento del medesimo.

³ Gli eredi del donatore possono revocare la donazione, quando il donatario abbia intenzionalmente ed illecitamente ucciso il donatore o l'abbia impedito di revocare la disposizione.

Plan

	N
I. Titularité et exercice du droit de révocation	1
A. La révocation par le donateur (CO 251 I)	1
B. La révocation du donateur reprise par ses héritiers (CO 251 II)	16
C. Le droit de révocation propre des héritiers (CO 251 III)	19
II. Les effets de la révocation	22
A. L'annulation de la donation	22
B. La restitution des prestations faites	27
III. Droit international privé	34

²⁶ Sous réserve des dispositions spécifiques contraires de la LCA; cf. CO 249 N 4d) et références. Cf. ATF 112 II 157, c. 1.c, d et e, JdT 1987 I 98, pour LCA 82, renvoyant à LP 286; ATF 112 II 157, c. 1.c, d et e, JdT 1987 I 98.

I. Titularité et exercice du droit de révocation

A. La révocation par le donateur (CO 251 I)

1. Modalités de l'exercice, nature juridique et titulaires du droit

- 1 Le **droit légal** de révoquer une donation dans les hypothèses de CO 249 et 250 s'exerce de manière unilatérale par une **déclaration de révocation** de l'auteur de la libéralité, personne physique ou morale¹. Seule la révocation de CO 250 II intervient automatiquement de par la loi. Le **contrat** peut prévoir d'autres motifs de révocation de la donation, p.ex. un droit de retour en cas de remariage du donateur ou en cas de prédécès du donataire, et les modalités de l'exercice des droits en découlant (CO 245 I, 247; voir CO 249 N 1)². Une **action judiciaire** pour valider la révocation n'est pas exigée; elle est cependant ouverte, notamment en cas de litige sur la validité et la portée de la révocation (voir également N 25 ss)³. Pour la restitution, cf. N 27 ss.
- 2 Le droit de révocation est un **droit formateur** résolutoire et intransmissible⁴. Il ne peut concerner que des **donations valables** faites par une personne mineure ou majeure sur les biens à sa libre disposition avant l'instauration d'une représentation légale ou pendant celle-ci. Voir CO 240 N 2, 5, 10 ss, et au sujet de la nullité de donations, CO 239 N 66.
- 3 Sous réserve de l'action révocatoire en cas d'exécution forcée (CO 250 I [3]), le donateur est seul **titulaire** de ce droit. Le droit de révoquer une donation est un **droit strictement personnel**, en raison de la motivation du donateur, de son lien avec le donataire ou de la cause à laquelle la donation est dédiée. Il incombe donc principalement **au donateur de déclarer l'éventuelle révocation** prévue aux CO 249 et 250. Lorsque la donation est le fait de **plusieurs auteurs**, la révocation doit être déclarée par l'ensemble des donateurs. En cas de décès de l'un d'eux, l'autre ou les autres partenaires continuent de jouir de ce droit de révocation même si cela n'est pas mentionné spécifiquement dans le contrat, car il revêt le caractère de droit strictement personnel pour chacun des donateurs⁵. Pour le prolongement de l'exercice du droit du donateur par ses **héritiers**, selon CO 251 II et III, cf. N 16 ss et 19 ss; pour la transmissibilité de la créance de restitution, cf. N 31.
- 4 Le **tiers** à qui incombe l'exécution de la donation ne peut révoquer la donation⁶.
- 5 Le **pardon** du comportement du donataire par le donateur et sa **renonciation à une charge** éteignent le droit de révocation pour ces motifs⁷.

1 MAISSEN, N 407; BK-BECKER, CO 251 N 1. Pour le droit du représentant légal de révoquer l'acceptation de la donation par le mineur ou l'adulte restreint dans sa capacité civile, cf. CO 240 III.

2 ATF 85 II 609, c. 4, JdT 1960 I 510.

3 Bull. stén. CN 1905 1243. Implicite dans ATF 113 II 252, c. 3. Cf. aussi ENGEL, Contrats, 121. Voir ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 3 s., au sujet de l'interprétation des termes de CO 249 à 251 et les incidences sur la qualification des actions et sur les délais.

4 ATF 133 III 421, c. 3; ATF 96 II 119, c. 3, JdT 1971 I 144; BSK-VOGT/VOGT, N 4; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1565; CAVIN, 197. Pour des arguments détaillés en faveur de la qualification comme droit formateur, adoptée par la quasi-totalité de la doctrine, cf. MAISSEN, N 402 ss; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 249 N 3 et, par rapport au droit de révocation des héritiers, N 5. D'un autre avis au sujet de la nature du droit, VON TUHR, VIII.

5 ATF 133 III 421, c. 4.1; ATF 85 II 609, c. 5, JdT 1960 I 50; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1566; CHAIX, 90.

6 TF, 85 II 609, c. 5, JdT 1960 I 510; BSK-VOGT/VOGT, N 4; BK-BECKER, N 1.

7 BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 5; STEINAUER, Successions, N 381 ss, à l'égard de l'exhérédation.

En tant que droit strictement personnel du donateur capable de discernement, l'exercice du droit de révocation pose des questions à l'égard de **donations de mineurs ou de majeurs pourvus d'un représentant légal au moment de la révocation**. Les principes suivants s'appliquent: 6

- Le donateur **capable de discernement** peut révoquer sa donation sans le consentement de son représentant légal (CC 19c I); ce dernier ne peut l'exercer à la place du donateur qu'avec le consentement de celui-ci⁸. Les exigences quant à la capacité de discernement de la personne représentée dépendent de la valeur de la donation et de l'importance de l'éventuel retour du bien pour le patrimoine du donateur. 7
- Lorsqu'un droit, même strictement personnel pour le capable, touche aux droits patrimoniaux de la personne concernée, comme c'est le cas des donations, il est sujet à **représentation pour l'incapable de discernement** (CC 19c II)⁹. Cela importe en particulier dans les actions de CO 250 I (2) et (3). Le **représentant légal** peut et doit exercer ce droit afin de sauvegarder les intérêts de la personne protégée incapable de discernement¹⁰. Celle-ci ne doit pas rester obligée par un engagement antérieur qu'elle ne peut plus assumer ou dont l'exécution ne doit pas être exigée d'elle, alors qu'elle ne peut rien décider à ce sujet dans son état au moment où la question de la révocation se pose. Par la représentation, elle bénéficie au même titre que le capable de discernement de l'application de la *clausula rebus sic stantibus*. Cette solution correspond également au souci du législateur, qui s'exprime entre autres par CO 241 II et CC 304 III et 412 I, de protéger les personnes pourvues d'un représentant légal. Le **mandataire pour cause d'inaptitude** est habilité à révoquer une donation au même titre que le représentant légal nommé par l'APA, si son mandat s'étend à cette mission; à défaut, l'APA doit nommer un curateur à cet effet. Au décès du donateur, le droit de révocation du représentant s'éteint et passe éventuellement aux héritiers du donateur (N 16 ss, 19 ss). 8
- L'hypothèse du donateur devenu incapable de discernement en raison d'une atteinte à sa vie ou à son intégrité corporelle par le donataire, est, certes plus rare, est couverte par CO 251 III, 2^e hypothèse. 8a
- La révocation de la donation par le donateur **momentanément incapable de discernement** (p.ex. pour cause d'ivresse ou d'intoxication) n'est pas valable (CC 18); elle ne peut être faite par un représentant (légal ou volontaire), mais elle peut être (re)faite ultérieurement par le donateur redevenu capable de discernement aux conditions ordinaires. 8b

2. Conditions de forme

La déclaration de révocation n'est soumise à **aucune exigence de forme** et peut donc également s'exercer par acte concluant¹¹. La demande en restitution de la **donation exé-** 9

8 Pour le mineur et la personne sous curatelle de portée générale, ainsi que les personnes majeures sous curatelle qui n'ont pas la capacité d'ester, ce sera nécessairement leur représentant légal qui fera valoir leurs droits devant la justice; en cas de conflit d'intérêt, l'autorité de protection nomme un curateur de représentation spécial.

9 STEINAUER/FOUNTOULAKIS, N 270.

10 STETTLER, N 43 s. et liste d'exemples N 50 ss.

11 BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 7; CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; CAVIN, 196. Pour l'exercice du droit de révocation des créanciers, cf. SCHÜPBACH, LP 286 et 291, pour celui de la réunion matrimoniale et la restitution, cf. DESCHENAUX/STEINAUER/BADDELEY, N 1309 ss, et références;

cutée est considérée comme incluant la déclaration de révocation; une déclaration spécifique de révocation est, en revanche, nécessaire pour la **promesse de donation inexécutée** (voir aussi N 23)¹². La déclaration de révocation est **sujette à réception** par le donataire ou par les héritiers de celui-ci; pour déployer ses effets, elle doit parvenir au donataire (voir également N 16)¹³.

3. Délai pour la déclaration de révocation

- 10** La révocation doit être déclarée dans un **délai d'une année** à compter du jour où le donateur a eu connaissance de la cause de la révocation, qu'il s'agisse d'une donation exécutée ou non (CO 251 I)¹⁴. La connaissance de la cause est donnée dès que le donateur a acquis, sur la base des faits à sa disposition, la conviction suffisante que la cause de la révocation (CO 249 ou 250 I) s'est réalisée¹⁵. Une appréciation souple de ce moment est nécessaire afin que le donateur ne se trouve pas injustement forcé de l'exercice de son droit, anéantissant la protection efficace du donateur (voir également CO 246 N 12 ss)¹⁶. En particulier, pour les révocations au sens de **CO 250 I (2) et (3)**, le donateur peut se rendre compte ou peut être sûr du poids de la nouvelle situation seulement après un certain temps, ce dont il faut tenir compte en déterminant le *dies a quo* (CC 4). Les principes jurisprudentiels relatifs aux délais de l'action pour adultère de l'ancien droit du divorce (aCC 137) pourraient trouver application analogique non seulement aux cas de révocation pour adultère (CO 249 [2] et 250 I [1])¹⁷, mais également aux situations où le donateur hésite à révoquer la donation en attendant de voir évoluer sa propre situation économique (CO 250 I [2] et [3])¹⁸. Pour les délais de la révocation de la donation pour inexécution d'une charge, voir aussi N 17 s. Pour les délais de l'action en inexécution de la charge, cf. CO 246 N 12 ss.
- 11** La déclaration de révocation ne déploie ses effets qu'au moment où elle est **parvenue au donataire** (N 9, 16). Cette exigence complique le calcul du délai de CO 251 I lorsque le donataire n'est pas atteignable, p.ex. parce qu'il n'a pas d'adresse connue. Dans cette hypothèse, le délai de CO 251 I est suspendu jusqu'au moment où le donataire peut être atteint. L'interruption du cours du délai se justifie à notre sens par l'impossibilité, pour le donateur, d'exercer son droit valablement. Cet argument peut être opposé à l'exception

pour les rapport et réunion successoraux, ainsi que l'action en restitution, cf. CHK-FANKHAUSER, CC 626, N 8, CC 522 et CC 528; STEINAUER, Successions, N 245 s., 783 ss, 799 ss, 820 ss, 843 ss, et références.

12 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 249 N 3 *i.f.*

13 BSK-VOGT/VOGT, N 1 s.; CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; BK-BECKER, N 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 193 ss, avec références à la jurisprudence.

14 MESSAGE CO, 46; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1570; CHK-SCHÖNENBERGER, N 2.

15 Connaissance ou conviction certaine, cf. ATF 113 II 252, c. 3 (pour le cas d'adultère menant au divorce); ATF 108 II 102, c. 2a, JdT 1982 I 542. Connaissance du motif de la révocation, cf. TF, 4A.546/2008, c. 2.3, LGVE 2008 I N 11; ATF 96 II 119, c. 3a et b, JdT 1971 I 144; ATF 85 II 504, c. 2, JdT 1960 I 231.

16 Une certaine similarité du but de la révocation de la donation et de celui de l'action en exécution d'une charge existe, et certains raisonnements peuvent être tenus pareillement par rapport aux délais, aboutissant en tout cas à une «certaine tolérance» dans la détermination du *dies a quo*: CAVIN, 197, not. n. 8 *in fine*.

17 ATF 113 II 252, c. 3. Voir aussi ATF 84 II 593, c. 4, JdT 1959 I 520 (rés.).

18 ATF 113 II 252, c. 3: selon les principes élaborés au sujet du délai de l'action en divorce, le délai de CO 251 I ne commence pas à courir tant qu'une liaison dure, même si l'époux donateur en a eu connaissance, à moins que la liaison ne cesse à ce moment. Pour l'appréciation de la faute en soi, dans le cas de la révocation d'une donation en raison de l'adultère du donataire, voir cependant CO 249 N 16.

de la péremption, car, pour que le délai puisse courir, l'ayant-droit doit pouvoir exercer son droit¹⁹.

Le **délai subjectif d'un an** dès la connaissance par le donateur de la cause de la révocation est un délai de **péremption**²⁰. Il est respecté si le donateur a déclaré la révocation, même sans ouvrir une action judiciaire. La révocation pour inexécution de la charge ne peut intervenir que pendant la période où l'exécution de la charge peut encore être exigée; voir CO 246 N 12. 12

Pour la doctrine largement majoritaire, le laps de temps écoulé depuis la donation et la réalisation du motif de révocation ne joue pas de rôle, car la loi ne contient **pas** (expressément) de **délai de péremption absolu**²¹. Il importe de distinguer la péremption du droit de révocation de celle de l'action en restitution (cf. N 32 ss). La révocabilité illimitée confère, en effet, à la donation un caractère conditionnel qui n'est pas propre à la donation. Elle crée une insécurité du droit en particulier pour le donataire qui, depuis longtemps, est en possession du bien et l'a également utilisé, voire engagé sa valeur; la famille et les créanciers du donataire peuvent dépendre autant de la disponibilité du bien ou de la valeur du bien que le donateur. Au moins pour certains des motifs légaux de révocation, à savoir ceux de CO 249 (2) et (3) *cum* 250 I (1), il pourrait, de ce fait, se justifier de limiter même le droit à la révocation, p.ex. à 10 ans dès le moment de la réalisation de la cause de la révocation de la donation, terme qui revient au délai absolu de CO 67 I et à celui de CO 127²². Un délai spécial de 15 ans, pour tenir compte des liens de confiance (initiaux) entre donateur et donataire serait également envisageable. Au-delà de ce délai, le donateur serait forclos de son droit de révocation même si le délai d'une année de CO 251 I n'est pas écoulé et même si le donateur n'a pas eu connaissance du motif de révocation. Le délai absolu limiterait par ailleurs le risque que la révocation ne soit utilisée très tardivement à des fins vexatoires, en particulier s'agissant de la révocation au motif de l'inexécution d'une charge (CO 249 [3] et CO 250 I [1]). La limitation absolue du droit de révoquer peut choquer dans certains cas d'application, p.ex. si le donateur découvre, après le délai décanal de CO 67 I, que le donataire était l'auteur d'un crime perpétré contre lui, mais il devrait s'agir de cas rares où la péremption se justifie de la même manière que la prescription pénale ou civile elle-même. 13

4. Renonciation à la révocation, révocation conditionnelle, révocation partielle, révocation de la révocation

Une **renonciation** anticipée au droit de révocation est nulle (CC 27, CO 19 et 20)²³. En revanche, la renonciation à faire valoir le droit de révocation au moment où il pourrait être exercé, le pardon (cp. CC 540 II) et la renonciation à l'exécution d'une charge (CO 245 I) sont valables et annulent le droit de révocation (cf. N 5)²⁴. La renonciation à la ré- 14

19 BSK-VOGT/VOGT, N 1; BK-BECKER, CO 251 N 2.

20 ATF 113 II 252, c. 3 *ab initio*; ATF 96 II 119, c. 3a et 5, JdT 1971 I 144. TERCIER/BIERI/CARRON, N 1568; ENGEL, Contrats, 121; CHK-SCHÖNENBERGER, N 2. Voir aussi STANISLAS, Péremption et prescription en cas de révocation d'une donation, RSJ 1978 72 ss. Voir aussi VON TUHR, 206 s. pour une réflexion quant à la nature de ce délai, aussi à la lumière du droit allemand de l'époque.

21 BSK-VOGT/VOGT, N 1; CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; MAISSEN, N 442.

22 KGer GR, ZF 08 65; BSK-VOGT/VOGT, N 1; KUKO OR-LINIGER/TRIEBOLD, N 1.

23 ZUFFEREY/WERRO, N 1515 s.; MAISSEN, N 409; dans ce sens: ATF 113 II 252, c. 5; plus nuancé: BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 4.

24 BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 5; MAISSEN, N 409 ss; cf. ég. STEINAUER, Successions, N 381 ss, à l'égard de l'exhérédation.

vocation ne peut se déduire de l'écoulement du temps entre la donation et la révocation (sous réserve toutefois du délai de CO 251 I)²⁵.

- 15 Il découle de la nature de ce droit, que la révocation de la donation ne peut pas être assortie d'une **condition**²⁶, et ne peut pas être **révoquée** à son tour²⁷. Elle peut, en revanche, n'être que **partielle** (N 28, 31, CO 249 N 2, CO 250 N 3), laissant subsister le droit de restitution sur la seule partie révoquée de la donation.

B. La révocation du donateur reprise par ses héritiers (CO 251 II)

- 16 Lorsqu'une **cause de révocation existait avant le décès du donateur**, les héritiers peuvent également faire valoir la révocation prononcée par le donateur²⁸. Si, à son décès, le donateur n'avait pas renoncé à la révocation sans toutefois la déclarer, les héritiers peuvent exercer le droit du donateur²⁹. Ce droit est, pour les héritiers également, un droit strictement personnel. Pour la révocation du vivant du donateur incapable civilement et/ou de discernement, cf. N 6 ss.
- 17 Les **héritiers**, au sens de CO 251 II, sont les héritiers directs du donateur, ainsi que les héritiers de ceux-ci³⁰. Tous les membres d'une hoirie doivent être d'accord de révoquer la donation car celle-ci fait partie de la succession en propriété commune des héritiers (CC 602 II); en cas de désaccord, ils ne peuvent pas révoquer la donation³¹.
- 18 Le **déai** pour les héritiers court dès la connaissance de la cause par le *de cuius* ou, si ce dernier l'ignorait, jusqu'à un an après le décès de celui-ci³². L'éventuel délai de péremption absolu proposé au N 13 s'appliquerait également aux héritiers. Pour l'action en exécution de la charge, cf. CO 246 N 12 ss³³.

C. Le droit de révocation propre des héritiers (CO 251 III)

- 19 Lorsque le donataire, avec préméditation et d'une manière illicite, a causé la mort du donateur ou a empêché ce dernier d'exercer son droit de révocation, les héritiers disposent d'un **droit propre** de révoquer la donation³⁴. Les motifs de la révocation sont les causes d'indignité successorale (cf. CC 540 [1] et [2])³⁵. Pour la révocation du vivant du donateur incapable, cf. N 6 ss.

25 ATF 113 II 252, c. 5. Voir toutefois N 13 au sujet du délai de péremption absolu.

26 MAISSEN, N 402. Cf. ATF 108 II 102, c. 2a, JdT 1982 I 542, en cas d'invalidation d'un contrat.

27 MAISSEN, N 402. Cf. ATF 109 II 319, c. 4b, JdT 1984 I 139, en cas d'invalidation d'un contrat.

28 CAVIN, 197. Voir aussi ATF 96 II 119, c. 1b, JdT 1971 I 144.

29 L'action est donnée même si le donateur connaissait le motif de révocation mais n'a pas révoqué la donation, cf. ATF 96 II 119, c. 3a; BSK-VOGT/VOGT, N 4; MAISSEN, N 446; CAVIN, 197. ENGEL, Contrats, 121, en revanche, admet l'action des héritiers seulement «dans le cas où le *de cuius* n'a pas connu la cause de révocation avant eux».

30 ATF 96 II 119, c. 1.a, JdT 1971 I 144.

31 KUKO OR-LINIGER/TRIEBOLD, N 2; CAVIN, 197.

32 Selon la pratique courante et la doctrine, le délai d'un an est toujours accordé aux héritiers, cf. CHK-SCHÖNENBERGER, N 3 avec références.

33 ENGEL, Contrats, 121 s. Les mêmes délais s'appliquent en cas de tromperie du donataire; cf. TC ZH, BZR 1978 267, 268 ss.

34 BSK-VOGT/VOGT, N 5; MAISSEN, N 447.

35 MESSAGE CO, 47.

- La révocation de la donation n'intervient pas de par la loi; elle nécessite une **déclaration** 20
des héritiers. Pour l'exigence de l'unanimité des héritiers, cf. N 17.
- La déclaration des héritiers est soumise au **délai** de CO 251 I³⁶. 21

II. Les effets de la révocation

A. L'annulation de la donation

- La révocation annule la donation dès la réception par le donataire de la déclaration du 22
donateur³⁷. La donation est révoquée avec effet *ex nunc*; toutefois, une partie des auteurs
y voient un effet *ex tunc*³⁸. En cas de révocation basé sur CO 250 II, la donation ne revêt
pas si les circonstances s'améliorent pour le donateur (CO 250 N 12).
- Pour le surplus, les effets dépendent de l'exécution de la donation au moment de la révo- 23
cation: La **donation non exécutée** ou la partie inexécutée de la promesse de donner de-
vient caduque et le devoir d'exécution s'éteint, la donation n'ayant plus de cause³⁹. Si la
donation est exécutée – donation manuelle et partie exécutée de la promesse de donner –,
la révocation de la donation fait naître le droit du donateur à la restitution de l'enrichisse-
ment actuel du donataire (CO 249 *ab initio*; cf. N 27 ss)⁴⁰.
- Le donateur peut s'opposer à une éventuelle action ultérieure du donataire en exécution 24
de la donation (CO 248) par l'**exception** de la caducité de la donation⁴¹.
- Le juge, saisi d'une **action condamnatoire ou constatatoire** liée à la révocation du do- 25
nateur, peut décider, en fonction des circonstances, d'**annuler totalement ou partielle-**
ment la donation, lorsque la révocation se base sur les motifs de CO 249 (3) (cf. CO 249
N 2) et CO 250 I (1) *cum* CO 249 (3), ainsi que CO 250 I (2) et (3) (cf. CO 250 N 3, 6, 8).
Dans ce cas, le donateur reste tenu d'exécuter la partie non révoquée de la donation et la
donation déjà exécutée ne doit être restituée par le donataire que pour la partie annulée⁴².
- Le donateur ne peut pas révoquer sa révocation (N 14), mais il peut se **rétracter par** 26
l'exécution de la donation ou en **renonçant à faire valoir son droit à restitution** de la
donation exécutée (cf. CO 249; N 15).

36 CHK-SCHÖNENBERGER, N 4; MAISSEN, N 447 *if.*

37 BSK-VOGT/VOGT, N 2.

38 ATF 132 III 489, c. 3.3-3.5 (LP 286 et 291 III, à l'égard d'une donation mixte); TF, 5A.58/2009,
c. 3.1 s., SJ 2010 I 127 (extrait). Effet *ex nunc*: TERCIER/BIERI/CARRON, N 1569; BSK-VOGT/
VOGT, CO 249 N 14 s., CO 250 N 3 et CO 251 N 2; CHK-SCHÖNENBERGER, CO 249 N 7; BU-
CHER, BT, 159, ainsi que HUGUENIN, OR AT/BT, N 2881, pour qui la relation des parties se
transforme à un rapport de liquidation donnant le droit au donateur d'exiger le retransfert de la
propriété sur le bien ou une indemnité pour enrichissement illégitime (CO 62 II), semblable au
régime prévu par CO 109 (cf. CO 109 N 5 ss). Effet *ex tunc*: ENGEL, Contrats, 120; MAISSEN,
N 403 ss, 405, 413 ss; CAVIN, 196; BK-BECKER, N 7. Cf. CR-LP PETER, LP 291 N 5, et
TSCHUMY, 147 ss, au sujet de l'action révocatoire des donations en général, ainsi que TSCHUMY,
163 ss, sur l'action des créanciers successoraux.

39 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1570; MAISSEN, N 440; MEIER W. H., 55 s., VON TUHR, VII.

40 Bull. stén. CN 1905 1243; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1571.

41 Bull. stén. CN 1905 1243; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 249 N 3.

42 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 250 N 4; MAISSEN, N 433 ss. Pour les effets en cas de révocation
de la donation pour inexécution d'une charge, cf. CO 249 N 18 ss.

B. La restitution des prestations faites

- 27 CO 249 *ab initio* prévoit la **restitution de l'enrichissement du donataire** qui existe au moment de l'acte permettant la révocation. Cette restitution se fait, **en principe, en nature**, par la restitution ou la rétrocession du bien⁴³. Le donateur ne peut, en revanche, revendiquer son bien⁴⁴. Au cas où le bien a été aliéné par le donataire, ce dernier doit restituer la valeur d'aliénation ou la valeur au jour de la révocation, si ce montant est inférieur à la valeur d'aliénation (CO 249)⁴⁵. Le donateur n'a pas de droit à une indemnité supplémentaire⁴⁶. L'évaluation de l'enrichissement à restituer est particulièrement problématique lorsque la révocation intervient très longtemps après la donation et milite pour un délai de péremption absolu (cf. N 13), tenant compte du fait aussi que le délai de l'action en restitution de 10 ans peut s'ajouter aux délais de la révocation (cf. N 32).
- 28 Les donations **révoquées partiellement** et celles pour lesquelles le juge a décidé une **réduction** (cf. N 30) ne doivent être restituées que pour la partie révoquée ou réduite⁴⁷.
- 29 La révocation de la donation pour **inexécution de la charge** (CO 249 [3]), donne lieu au droit du donateur de demander la restitution intégrale de la donation, non seulement de la valeur de la charge (CO 249 N 18 *if.*, 21)⁴⁸.
- 30 La **créance de restitution**, contrairement au droit de révoquer la donation, est transmissible⁴⁹.
- 31 Les **donations mixtes** suivent un régime nuancé: Si la prestation du vendeur-donateur est **indivisible** et que la valeur de la donation est **prépondérante** par rapport à la part onéreuse du contrat, la révocation frappe tout le contrat; en ce qui concerne les prestations faites, le donateur a droit à restitution selon CO 251 I et le donataire peut faire valoir une prétention pour enrichissement illégitime (CO 62). Si, dans la même hypothèse de base, la donation représente une valeur **inférieure** à la part onéreuse, le contrat reste intégralement valable en tant que contrat onéreux et le donataire doit indemniser le donateur pour la valeur de la donation. Lorsque les prestations onéreuses et gratuites peuvent être **séparées**, la révocation concerne seulement ces dernières auxquelles les principes ordinaires s'appliquent⁵⁰.
- 32 La restitution de la chose donnée peut être demandée dans les **délais** de CO 67⁵¹. Suivant les auteurs, très partagés à ce sujet, le délai subjectif commence à courir (*dies a quo*), le jour où:

43 BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 14; TERCIER/BIERI/CARRON, N 1571; MAISSEN, N 408, 413 ss.

44 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1571; BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 14.

45 BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 15; HUGUENIN, OR AT/BT, N 2881; CHK-SCHÖNENBERGER, CO 249 N 7; MAISSEN, N 415 s.

46 BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 16. Voir aussi *supra* N 25 et CO 246, au sujet des moyens en cas d'inexécution de la charge. Cf. ATF 4C.36/2000, où le TF admet des dommages-intérêts lors d'une action en révocation de la donation pour violation du droit de réméré par le donataire.

47 BK-BECKER, CO 250 N 1.

48 BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 13. Voir cependant également les développements au sujet de CO 246 I et CO 249 (3).

49 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 4.

50 BSK-VOGT/VOGT, CO 248 N 5; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 249 N 5; MAISSEN, N 418.

51 VON TUHR, VIII, ne reconnaît qu'un seul délai d'un an pour la révocation et la demande en restitution.

- le donateur a exercé, par l'envoi de déclaration de révocation, son droit de révocation⁵²,
- le donataire a reçu la déclaration de révocation⁵³, ou
- le donateur a eu connaissance de son droit à la répétition, soit au moment où le délai de CO 251 I commence à courir⁵⁴.

Certains auteurs appliquent la prescription décanale en matière contractuelle (CO 109, 127) au lieu de celle de CO 67⁵⁵. 33

III. Droit international privé

En droit international privé, la révocation, la restitution et les créances en résultant sont soumises au droit applicable au **bien immobilier** (LDIP 97, 99)⁵⁶ ou, pour les **biens mobiliers et les créances**, au droit applicable au contrat (LDIP 116 ss, 128)⁵⁷. 34

Art. 252

IV. Décès du donateur Sauf disposition contraire, la donation qui a pour objet des prestations périodiques s'éteint au décès du donateur.

IV. Tod des Schenkers Hat sich der Schenker zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet, so erlischt die Verbindlichkeit mit seinem Tode, sofern es nicht anders bestimmt ist.

IV. Morte del donatore Quando il donatore si sia obbligato ad una prestazione periodica, l'obbligazione si estingue con la sua morte, salvo convenzione contraria.

Plan

	N
I. Donations sous forme de prestations périodiques: Généralités	1
II. La transmissibilité passive: la transmission des devoirs du donateur à ses héritiers	2
A. Les principes généraux	2
B. Le sort de la donation sous forme de prestations périodiques (CO 252) . .	6
C. Cas particuliers à l'égard de la transmissibilité passive de la donation . .	10
III. La transmissibilité active: la transmission des droits du donataire à ses héritiers	12
IV. La transmissibilité de charges	16

52 CAVIN, 198; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, CO 249 N 3, CO 251 N 4; BK-BECKER, N 4.

53 CHK-SCHÖNENBERGER, N 2; BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 3.

54 ENGEL, Contrats, 121, avec références à d'autres auteurs (SPIRO, STANISLAS).

55 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1572; HUGUENIN, OR AT/BT, N 2885; MAISSEN, N 414. Pour les effets de contrats en général, cf. p.ex. TF, 4A_197/2018, c. 3.3; ATF 114 II 152, JdT 1988 I 52.

56 BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 17. CR LDIP-GAILLARD, LDIP 99 N 2 s., et CR LDIP- BONOMI, LDIP 119 N 2 et au sujet d'autres rattachements, N 6 ss; BUCHER/BONOMI, N 893 ss.

57 ATF 136 III 142, c. 3.2 (versement bancaire à titre de donation); ATF 121 III 109, c. 2 (révocation d'une assignation). BSK-VOGT/VOGT, CO 249 N 17; CR LDIP- BONOMI, LDIP 117 N 33 et 38, et LDIP 128 N 2 s.

I. Donations sous forme de prestations périodiques: Généralités

- 1 La loi ne règle que très partiellement la question du sort de la donation au-delà du décès d'une des parties au contrat, soit de la **transmissibilité des droits** (*aktive Vererblichkeit, trasmissibilità attiva*) et des **devoirs** (*passive Vererblichkeit, trasmissibilità passiva*) **dé-coulant de la donation**. Seul le sort de la donation exécutable par des prestations périodiques est traité sommairement par CO 252. La transmissibilité des droits et obligations des parties dans les autres types de donation obéit à des règles élaborées par la doctrine sur la base des principes du droit de la donation. Seront traitées ci-après la transmissibilité passive (II.) et active (III.) de la donation, ainsi que celle de la transmission des charges (IV.). La **transmissibilité des prestations périodiques**, seul objet de CO 252, constitue une variante de celle des devoirs du donateur en général (cf. II.2).

II. La transmissibilité passive: la transmission des devoirs du donateur à ses héritiers

A. Les principes généraux

- 2 La **donation manuelle**, exécutée par définition du vivant du donateur, ne soulève pas de question au sujet de sa transmissibilité passive sauf si elle est assortie d'une condition résolutoire (N 11 et 15) ou par rapport aux charges qui grèvent la donation (N 16 ss). Cela est vrai également par rapport à la (partie de la) promesse de donner exécutée.
- 3 Sous réserve des donations sous forme de prestations périodiques (N 6 ss), l'exécution de la (partie de la) **promesse de donner** non encore exécutée au décès du donateur incombe, dans la règle, aux héritiers. La volonté des parties, notamment celle du donateur, dans ce sens est **présumée** et seule une disposition contractuelle contraire peut renverser cette présomption (cf. CO 247)¹. Cette présomption se justifie par le fondement du contrat de donation et la motivation du donateur qui entend faire une libéralité au donataire. La dette correspondante du *de cuius* envers le donataire est à intégrer à la masse successorale². L'attribution peut être exécutée sans autres par les héritiers du donateur³. Tel est le cas également de la donation dont l'effet est fixé au décès du donateur (CO 245 III)⁴.
- 4 Les prestations dues après le décès du donateur, comme celles faites de son vivant, peuvent donner lieu à une **réunion** matrimoniale (CC 208) et successorale (CC 527), suivie, le cas échéant, d'actions en **réduction** (CC 522) et en **restitution** (CC 220, 522), ou au **rapport** successoral (CC 626)⁵. Les héritiers du donateur peuvent également soulever l'**exception de réduction** (CC 533 III) en cas d'action du donataire.
- 5 Les parties au contrat peuvent toutefois également convenir dans l'acte de donation que la libéralité se limite aux prestations faites jusqu'au décès du donateur; en d'autres termes, l'exécution d'une partie (ou plus rarement de la totalité) de la donation est, dans ce cas, soumise à la condition suspensive de la vie du donateur au(x) moment(s) fixé(s) pour l'exécution. Il s'agit d'une **exception** à la règle ordinaire (N 3). La volonté des parties dans ce sens doit pouvoir être déduite du **texte du contrat de donation** ou des **circonstances particulières** du cas (N 6; CO 239 N 8). A cet égard, le principe général éla-

1 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 1; BK-BECKER, CO 252; BUCHER, BT 158.

2 ATF 116 II 225, c. 3e, JdT 1992 I 94.

3 BUCHER, BT 158.

4 Voir cependant CO 245 N 51 ss, par rapport aux opinions des auteurs à ce sujet.

5 Pour les références, voir CO 239 N 78 et CO 245 N 57.

boré par la doctrine s'applique: le contrat de donation, en tant que contrat gratuit, doit être interprété restrictivement, donc en faveur du donateur⁶, ainsi qu'aux héritiers de ce dernier⁷.

B. Le sort de la donation sous forme de prestations périodiques (CO 252)

Selon **CO 252**, sauf disposition contractuelle contraire, les donations faites sous forme de **prestations périodiques** (p.ex. des rentes⁸) s'arrêtent au décès du donateur. Les héritiers n'encourent aucune obligation pour la période après le décès du donateur. La donation est annulée *ex nunc* au jour du décès de celui-ci⁹. 6

Cette règle n'est applicable qu'aux donations constituant de **véritables contrats de durée**. La donation consistant en une seule prestation, qui est inexécutée au moment du décès du donateur, reste due (CO 252 *a contrario*; N 2 ss)¹⁰. Tel est également le cas de la donation convenue payable par tranches pour les tranches restant à fournir au moment du décès du donateur, sous réserve de clauses contraires du contrat de donation¹¹. *A fortiori*, les montants échus du vivant du donateur, mais impayés au décès de celui-ci, sont à régler par les héritiers¹² (N 3). 7

CO 252 contient ainsi une **présomption légale d'intransmissibilité passive** de la donation sous forme de prestations périodiques, donc des devoirs du donateur respectivement de ses héritiers; cette présomption inverse la présomption générale de la transmissibilité passive de la donation¹³. Elle découle du principe général de l'interprétation restrictive des contrats de donation (N 5; CO 239 N 12, 25). Mais il s'agit d'une norme dispositive, de sorte que la présomption peut être renversée par la preuve de la volonté contraire des parties. Cette volonté peut découler des circonstances ou des dispositions contractuelles, p.ex. du fait qu'une rente ait d'emblée été prévue jusqu'à la fin de la vie du donataire, du but d'une fondation de famille (CC 335) ou de la relation particulièrement étroite entre donateur et donataire¹⁴. Dans une telle situation, la question se pose de savoir s'il ne s'agit pas, pour la partie de la donation qui doit être exécutée au-delà du décès du donateur, d'une attribution pour cause de mort plutôt qu'entre vifs¹⁵. Pour la **transmissibilité active**, qui ne doit, en principe pas être présumée¹⁶, cf. *infra* III., N 12 ss. 8

CO 252 est applicable aux **prestations dues par le donateur** et à celles devant être fournies **par un tiers** (p.ex. un garant) en relation avec le contrat de donation; les prestations des tiers prennent fin aux mêmes conditions que celles du donateur¹⁷. Sauf disposition 9

6 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, Vorbem. CO 239-252 N 8. Cf. CO 239 N 8, 12 et 25.

7 CHK-SCHÖNENBERGER, N 1; BK-BECKER, CO 252; MAISSEN, N 952.

8 ATF 100 Ib 287, c. 4.a; voir aussi ATF 110 II 156, c. 2a. CO 252 en tant que *lex specialis* empêche l'application de CO 516 II en cas de donation servie sous forme de rentes; cf. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 3. Pour d'autres exemples, cf. CHK-SCHÖNENBERGER, N 1.

9 CHK-SCHÖNENBERGER, N 1.

10 BSK-VOGT/VOGT, N 1; BÜRGI, FJS 51, 2. Pour la distinction entre prestations partielles et prestations de durée, cf. MAISSEN, N 588 ss.

11 Cf. MAISSEN, N 588 ss; voir également N 585 s. pour la délimitation par rapport aux prestations non visées par CO 252.

12 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 2.

13 TERCIER/BIERI/CARRON, N 1547; CHK-SCHÖNENBERGER, N 1.

14 ATF 110 II 156; MAISSEN, N 593; BSK-VOGT/VOGT, N 1.

15 CHK-SCHÖNENBERGER, N 2. *Contra*: ATF 110 II 156, c. 2a.

16 CHK-SCHÖNENBERGER, N 3. *Contra*: KUKO OR-LINIGER/TRIEBOLD, N 2.

17 MAISSEN, N 594, avec références à la doctrine allemande; THÉVENOZ, 297, 299.

légale spécifique contraire, les autres contrats gratuits de durée sont soumis au régime de CO 252 par analogie¹⁸.

C. Cas particuliers à l'égard de la transmissibilité passive de la donation

- 10** Les **donations entre fiancés et entre époux** sont aussi soumises, en principe, aux règles indiquées ci-dessus (CO 239 N 8, 31)¹⁹. Mais elles présentent des caractéristiques particulières en raison de la nature de la relation entre donateur et donataire, ce qui devrait jouer un rôle important pour l'interprétation de la volonté des parties: l'intention de pourvoir aux besoins du donataire et, implicitement, de charger les héritiers de l'exécution de la donation, devrait être admise plus facilement pour les donations entre époux que pour d'autres donations et notamment lorsque les (autres) héritiers sont des descendants. Les prestations périodiques servies en vertu du droit du mariage (CC 163 ss) et les contributions d'entretien entre époux divorcés (CC 125 ss) sont faites en exécution d'un devoir légal et ne sont pas des donations (CO 239 N 32); elles sont transmissibles selon le régime particulier qui leur est applicable.
- 11** La transmissibilité passive de **donations** peut être influencée – mais ne l'est pas nécessairement – par l'objet et la nature d'une **condition**, de sorte que le décès du donateur peut entraîner l'extinction de la condition ou celle de la donation. Tant les donations exécutées sous condition résolutoire que les donations encore à exécuter assorties de conditions suspensives ou résolutoires sont concernées.
- En tout état de cause, la **condition potestative** dépendant de la manifestation de la volonté du donateur **et les autres conditions qui ne peuvent être remplies après le décès du donateur** (p.ex. le mariage du donateur) tombent automatiquement, avec l'effet correspondant au type de condition concerné.
 - Le **contrat de donation peut en outre stipuler** que la donation tombe au décès du donateur ou qu'elle tombe à ce moment en cas de réalisation d'une condition résolutoire, p.ex. si le donateur devait laisser des descendants. Au cas de sa non-réalisation, cette condition tombe, alors que dans le cas contraire, la donation devient caduque.
 - Comme évoqué au N 8, les prestations périodiques peuvent, en revanche, continuer à être dues au donataire si le contrat de donation le spécifie expressément, p.ex. la donation des intérêts d'obligations jusqu'au remboursement du titre (**condition résolutoire** dont l'effet est prévu d'emblée pour **avant ou après** le décès du donateur)²⁰.
- 11a** La question se pose de savoir si la donation est maintenue (avec ou sans la condition) si le **contrat de donation ne détermine pas clairement** le sort de la donation conditionnelle au décès du donateur (p.ex. donation qui ne doit parvenir au donataire qu'à un âge déterminé qu'il n'a pas encore atteint au décès du donateur). En tant que la réponse ne découle pas directement de la condition, elle doit être déterminée en application des principes expliqués ci-dessus N 2 ss. La **donation maintenue avec une condition** déploie ses effets envers les héritiers comme c'était le cas envers le donataire du vivant de celui-ci. Dans le cas contraire, il peut en découler l'arrêt des prestations au donataire, voire même une préention en restitution aux héritiers de la donation déjà exécutée par le donateur.

¹⁸ MAISSEN, N 594; contredisant cependant quelque peu les affirmations sous N 586.

¹⁹ CC 91 I *if.* reste toutefois applicable aux cadeaux faits du vivant du fiancé décédé. Ces libéralités restent acquises au fiancé «survivant». Cf. CO 245 N 4, 15.

²⁰ Pour les effets des conditions et ceux de la caducité d'une condition, cf. CO 245 N 13 ss.

III. La transmissibilité active: la transmission des droits du donataire à ses héritiers

La **donation manuelle** et la promesse de donner exécutée ne posent pas de problème de transmissibilité active, sauf s'il s'agit de donations assorties de conditions résolutoires (N 11 et N 15) ou grevées de charges (N 16 ss). Dans le cas d'une simple donation manuelle, le bien appartenait au donataire et passe dans sa succession, sans que le donateur ou ses héritiers aient des droits à faire valoir. 12

La situation n'est pas la même si la donation n'était pas exécutée au décès du donataire. En application du principe général de l'interprétation restrictive des contrats de donation, les auteurs admettent que la **transmissibilité active ne peut pas être présumée** pour la **promesse de donner** (cp. CC 543)²¹. Cette opinion se base sur la nature personnelle de l'attribution: en règle générale, le donateur entend faire une libéralité au donataire, non aux héritiers de celui-ci²². Ce raisonnement est étayé par l'existence de CO 247²³. 13

La transmissibilité active peut, en revanche, résulter de la volonté des parties. Cette volonté s'exprimera normalement par des **dispositions spécifiques du contrat**; en l'absence de telles dispositions, elle peut également être déduite des **circonstances particulières** du cas d'espèce (cf. CO 239 N 8)²⁴. Dans ce cas, les obligations du donateur envers les héritiers du donataire sont celles prévues à CO 248. 14

Les raisonnements analogues s'appliquent aux **donations assorties de conditions**. Pour le surplus, les développements au sujet de la transmissibilité passive s'appliquent *mutatis mutandis* (N 11). 15

IV. La transmissibilité de charges

La transmissibilité de la charge dépend de l'existence de la donation au-delà du décès des parties et des conditions propres à la charge elle-même. 16

Transmissibilité passive de la charge (droits des héritiers du bénéficiaire de la charge): La charge en faveur du donataire (*modus simplex*) tombe nécessairement au décès de celui-ci²⁵. Les charges en faveur du donateur, des héritiers de celui-ci ou de tiers sont maintenues, pour autant que la donation soit également maintenue (N 11 p.a.) et que la charge ne soit pas, de par sa nature, incompatible avec la nouvelle situation (p.ex. services personnels du donataire au donateur). La volonté contraire des parties est également réservée. La transmissibilité passive d'une charge peut poser des problèmes notamment en cas d'extinction du donataire personne morale (musée, collection d'art). 17

Transmissibilité active de la charge (devoirs des héritiers du donataire): La charge spécifiée en faveur du seul donateur tombe au décès de celui-ci. Une charge qui, par sa nature ou selon la volonté expresse ou implicite des parties au contrat, doit également bénéficier aux héritiers du donateur ou à des tiers reste valable au même titre que la donation, et oblige les héritiers du donataire. Les parties au contrat peuvent au contraire convenir 18

21 BSK-VOGT/VOGT, N 3.

22 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 4; BUCHER, BT 158.

23 Voir également CO 245 N 38 ss, au sujet des donations dont l'exécution est fixée au décès du donateur.

24 BSK-VOGT/VOGT, N 3; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER, N 4; BUCHER, BT, 158.

25 Quant à la problématique de la charge en faveur du donataire, cf. CO 245 N 20 et 34.

de l'extinction de la charge au décès du donataire. La charge consistant en de services que seul le donataire pouvait fournir tombe.

- 19** La charge maintenue doit être exécutée par les **successeurs du donataire**. Les **héritiers du donateur** peuvent faire valoir judiciairement le droit à l'exécution de la charge (CO 246 II) ou le droit à la révocation de la donation (cf. CO 249 [3], 250 II, 251 II); les **autorités publiques** disposent de l'action en exécution après le décès du donateur si la charge est imposée dans l'intérêt public (CO 246 II)²⁶. La question de savoir si les héritiers du donateur peuvent intenter l'action de l'autorité publique en cas d'inactivité de celle-ci est controversée. Pour les détails, voir CO 246, 249-251.

²⁶ TERCIER/BIERI/CARRON, N 1581.