



Chapitre de livre

2022

Published version

Open Access

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

La donation : état des lieux

Baddeley, Margareta

How to cite

BADDELEY, Margareta. La donation : état des lieux. In: Spuren im Erbrecht : Festschrift für Paul Eitel. Schmid, Jörg ; Aebi-Müller, Regina E. ; Breitschmid, Peter ; Graham-Siegenthaler, Barbara ; Jungo, Alexandra (Ed.). Zurich : Schulthess, 2022. p. 65–78.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:166189>

La donation : état des lieux

MARGARETA BADDELEY*

Table des matières

I. Introduction	65
II. La capacité de recevoir et de donner	66
1. La jouissance des droits civils suffit pour <i>devenir donataire</i>	66
2. Pour <i>donner</i> , la capacité civile entière est nécessaire	67
III. La capacité pour conclure le contrat de donation	71
1. La conclusion du contrat par ou pour le donataire.....	72
2. La conclusion du contrat par le donateur.....	74
IV. Aperçu de l'impact de la réforme du droit successoral sur la donation	75
V. Conclusion	78

I. Introduction

Le professeur EITEL est, à juste titre, reconnu comme éminent connaisseur des matières touchant à la planification du patrimoine familial, source inépuisable de questions juridiques et de discussions consécutives entre juristes auxquelles PAUL EITEL a participé comme auteur et comme membre de commissions et comités hautement apprécié pour ses compétences et ses conseils. Les lignes qui suivent lui sont dédiées dans l'espoir de contribuer aux discussions concernant la donation, depuis toujours outil de planification patrimoniale par excellence, à cheval entre le droit civil et le droit des contrats.

Le titre de cet exposé peut étonner. La donation est régie par les *articles 239 ss du Code des obligations* (CO) qui sont pratiquement inchangés depuis 1912.¹

* Prof. em. Université de Genève, Dr en droit, Lic. sc.pol. HEI.

¹ Nouvelle teneur de l'al. 2 et abrogation de l'al. 3 de l'art. 240 lors de l'introduction du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte (2013) ; remplacement du mot « infraction pénale » par « délit » dans l'art. 249 ch. 1, dans le contexte de la réforme du droit du divorce (2000).

L'application du droit de la donation ne peut cependant ignorer le droit civil, en particulier les droits des personnes et de la famille. Ainsi, un « état des lieux » paraît utile, voire même nécessaire, car sur la période des quinze dernières années, des réformes importantes ont eu lieu dans ces domaines. La partie II. traite des effets considérables de la *réforme des droits des personnes et de la protection de l'enfant et de l'adulte* en vigueur depuis 2013² s'agissant de la capacité de recevoir et/ou de donner des mineurs et des majeurs sous curatelle. Cette capacité doit être distinguée de la capacité de ces mêmes personnes de conclure le contrat de donation, qui est modifiée par l'effet des nouvelles dispositions légales surtout pour le donataire, comme le démontre la discussion dans la partie III. La *réforme du droit des successions*³ apporte des modifications d'importance dont certaines touchent également le droit des régimes matrimoniaux. Un aperçu dans la partie IV. présente sommairement les nouveautés qui élargissent la marge de manœuvre du donateur. Suivent des conclusions générales, sous V. L'entrée en vigueur de la réforme du droit successoral étant fixée au 1^{er} janvier prochain, les développements sont présentés sur la base du Code civil de 2023.

II. La capacité de recevoir et de donner

Par la donation, le donateur attribue un avantage patrimonial sans contreprestation correspondante au donataire.⁴ Il convient d'examiner la *capacité des parties* de devenir donataire (1. ci-dessous) et donateur (2.). Comme on le démontrera, le cercle des personnes ayant la capacité de donner a été élargi par la réforme du droit des personnes et de la protection de l'adulte.

1. La jouissance des droits civils suffit pour *devenir donataire*

La loi actuelle ne se distingue pas de celle d'avant 2013 à l'égard de la jouissance des droits civils (capacité civile passive ; *Rechtsfähigkeit*) selon l'art. 11 du Code civil (CC). Toute personne vivante, ainsi que l'enfant conçu sous réserve de sa naissance vivante (art. 31 CC), peut devenir donataire, à savoir *titulaire de droits sur des biens ou valeurs* qui lui ont été données par une autre personne, physique

² Loi fédérale sur la protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation (RO 2011 725 ; FF 2006 6635).

³ Pour les références, cf. nbp. 36.

⁴ Cf. BADDELEY MARGARETA, Commentaire ad Art. 239–252 CO, Thévenoz Luc/Werro Franz (éd.), Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 3^e éd., Bâle 2021, N 5 ss ad art. 239 CO et réf.

ou morale.⁵ Dès la conclusion du contrat de donation, la créance en exécution de la donation et dès l'exécution de la donation, le bien ou la valeur donnée intègrent le patrimoine du donataire. L'âge, la capacité de discernement, la capacité civile et d'éventuelles mesures de protection du donataire n'ont aucune incidence sur sa capacité de devenir donataire.

L'**art. 241 CO** ne traite pas de la capacité de devenir donataire, mais de celle de **conclure le contrat de donation**, ou en d'autres termes, de celle d'acquérir une donation **par ses propres actes (juridiques)**, traitée au chapitre II. ci-dessous.

2. Pour *donner*, la capacité civile entière est nécessaire

Le donateur se départit d'un bien ou d'une valeur sans contreprestation correspondante (art. 239 CO) ; il en résulte un appauvrissement de sa part. Conformément à l'art. 12 CC, seule la personne qui a le **plein exercice des droits civils** (capacité civile active ; *volle Handlungsfähigkeit*) au sens des art. 13 et 17 CC, à savoir qui est capable de discernement, majeure et dispose de l'exercice des droits civils, peut *s'obliger* et, par conséquent, prendre la décision de donner de ses biens.⁶

Dans la règle, la **personne restreinte dans l'exercice de ses droits civils** généralement ou à l'égard de la donation ou du bien à donner envisagés ne peut donc faire une donation. Il s'agit, selon l'art. 17 CC, des personnes incapables de discernement, des mineurs et des personnes (majeures) sous curatelle de portée générale, ainsi que des personnes sous d'autres curatelles restreintes dans leur capacité civile à l'égard de donations (art. 19d CC).⁷ La donation éventuellement faite par une telle personne n'est pas valable. Le consentement du représentant légal n'est ni exigé ni possible, et une donation par le représentant légal au nom d'une telle personne est exclue, sauf pour les présents d'usage (art. 304 al. 3 CC, 240 al. 2 CO ; cf. III.2.). La loi prévoit quelques exceptions à ces règles. Ces principes existaient déjà sous l'empire du droit de la tutelle. Le droit actuel se distingue

⁵ BADDELEY, ComRom (nbp. 4), N 3 ad art. 241 CO ; MEIER PHILIPPE, Droit des personnes, Personnes physiques et morales, art. 11–89a CC, 2^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2021, N 70 s. et 76 ss ; STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, 4^e éd., Berne 2014, N 38.

⁶ FANKHAUSER ROLAND, Commentaire ad Art. 11–21 CC, Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (éd.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6^e éd., Bâle 2018, N 5 ad art. 12 CC ; MEIER (nbp. 5), N 107.

⁷ Message CC (2006), pt 2.4.1, p. 6727 (art. 19d CC) ; FANKHAUSER, BaKomm (nbp. 6), N 6 ad art. 19 CC.

néanmoins de ce dernier, ce notamment par les *art. 16 et 19 ss CC reformulés* et par les *nouveaux types de curatelles*.⁸ Il en résulte la situation légale suivante :

Selon l'art. 19 al. 1 CC, le *mineur capable de discernement* jouit de la capacité civile conditionnelle pour contracter une obligation ou renoncer à un droit, la condition étant le consentement de son représentant légal. Or, un consentement du parent ou du tuteur à une donation est exclu par les art. 304 al. 3 et 412 al. 1 CC, ainsi que 240 al. 2 CO.⁹ Le mineur ne peut donc devenir donateur, mais la loi prévoit des exceptions de portée non négligeable traitées dès le 4^e paragraphe plus bas.

La situation du donateur *majeur capable de discernement* a été considérablement modifiée par le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte de 2013. La nouvelle loi repose sur des prémisses fondamentalement différentes de celles du droit de la tutelle antérieur, ce qui se reflète en particulier dans les art. 19 al. 2, 19a–19d et 360 ss CC. Le législateur entendait, en effet, instaurer un régime légal qui favorise le droit de la personne de disposer d'elle-même et de limiter l'assistance étatique au strict nécessaire.¹⁰ Il en résulte un concept de la curatelle et des types de curatelle répondant mieux que les mesures du droit antérieur aux besoins spécifiques des personnes protégées. Dans chaque cas concret de protection ordonnée par l'Autorité, il devrait s'agir d'une « mesure sur mesure » (art. 391 al. 1 CC), de sorte qu'à l'exception de la curatelle de portée générale, la curatelle ordonnée ne restreint pas nécessairement l'exercice des droits civils et partant, la capacité de donner de la personne protégée (art. 19d CC).¹¹ La situation actuelle peut être résumé comme suit.

La *curatelle d'accompagnement* ne limite pas l'exercice des droits civils, comme l'indique l'art. 393 al. 2 CC ; la personne protégée est libre de faire des donations de toute valeur. La capacité civile de la personne protégée par une *curatelle de représentation, de gestion ou de gestion avec représentation* n'est restreinte que si la décision de mise sous curatelle l'ordonne (art. 19d, 394 al. 2 et 3, 395 al. 3 et 4 CC). Une restriction de la capacité de donner peut porter sur toute donation ou seulement sur celle d'un ou de plusieurs biens ; elle semble indiquée en particulier dans des cas où les ressources de la personne protégée ne couvrent pas largement

⁸ Le droit actuel ne connaît plus que la *tutelle des mineurs* (art. 327a ss CC), réservant aux personnes majeures à protéger exclusivement des curatelles (art. 388 ss CC).

⁹ FANKHAUSER, BaKomm (nbp. 6), N 8 ad art. 17 CC ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS (nbp. 5), N 168.

¹⁰ Cf. Message CC (2006), p. 6636 s., pt 1.3.4, p. 6650 et pt 2.2.1, p. 6675.

¹¹ Pour les détails concernant l'effet des curatelles, cf. Message CC (2006), pt 1.3.4, p. 6650 s. et pt 2.2.3, p. 6678 ss, ainsi que pour les conditions d'instauration d'une curatelle, pt. 2.2.1, p. 6675 s. (art. 388 et 389).

son train de vie, de sorte qu'une donation pourrait mettre ce dernier en péril. En cas de **curatelle de coopération**, l'Autorité de protection détermine certains actes de la personne protégée qui sont soumis au consentement du curateur et l'exercice des droits civils de la personne protégée est limité par rapport à ces actes (art. 396 CC) ; toutefois, le curateur n'est pas représentant légal de la personne concernée ; il peut ainsi consentir à des donations après évaluation de la situation, notamment patrimoniale, du donateur. Une approbation de l'Autorité de protection de l'adulte de l'art. 416 al. 1 CC n'est ni exigée, ni possible ; la responsabilité du curateur est d'autant plus lourde.¹² Cette curatelle ne devrait pas être ordonnée à l'égard de donations, à notre avis ; l'inapplicabilité de l'interdictions de donations auxquels sont soumises les autres curatelles impliquant une restriction de la capacité civile paraît difficile à justifier, d'autant que la donation de la personne protégée est soumise à un contrôle allégé. La **curatelle de portée générale**, qui correspond à la tutelle du droit antérieur, restreint dans tous les cas la capacité civile de la personne protégée, mais ne devrait être ordonnée qu'exceptionnellement.¹³ Pour la plupart des personnes sous curatelle, la capacité de donner peut donc rester entière malgré la mesure de protection (cf. art. 19d CC). Il s'agit probablement de plus de personnes que sous droit d'avant 2013.

À ces personnes s'ajoutent celles bénéficiant des **exceptions légales qui confèrent** à la personne protégée capable de discernement la **capacité civile active entière**, spécifique par rapport à des biens ou des libéralités, et lui permettent donc de donner dans les limites de cette capacité.

Il s'agit, pour le **mineur**, de son fonds professionnel et le revenu de son travail (art. 323 CC) et des biens laissés à sa disposition par des tiers et libérés de l'administration de ses parents ou de son tuteur (art. 321 al. 1 et 2 CC).¹⁴ Il en dispose librement, même par des donations importantes. Cette capacité n'appartient pas au majeur privé de l'exercice de ses droits civils.¹⁵

Les mineurs et les personnes majeures protégées disposent librement des biens mis à leur disposition par le représentant légal (art. 409 CC) et peuvent régler de manière autonome les « affaires mineures se rapportant à leur vie quotidienne »

¹² Message CC (2006), pt 2.2.6, p. 6687 s. (art. 412) ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS (nbp. 5), N 176a et 177 ss.

¹³ Message CC (2006), pt 2.2.3, p. 6682 ; MEIER PHILIPPE, Droit de la protection de l'adulte, Articles 360-456 CC, Genève/Zurich/Bâle 2016, N 92.

¹⁴ STEINAUER/FOUNTOULAKIS (nbp. 5), N 262 s. ; BADDELEY, ComRom (nbp. 4), N 4 ad art. 240 CO.

¹⁵ BADDELEY, ComRom (nbp. 4), N 4 et 5 ad art. 240 CO.

(art. 19 al. 2 CC).¹⁶ Dans la vie courante, la donation consiste souvent en un cadeau de peu de valeur au sein du cercle des proches et de l'entourage du donataire, p. ex. à l'occasion d'un anniversaire ou de Noël, sous forme d'une invitation au cinéma, d'un livre ou d'une petite somme d'argent qui n'appauvrit pas le donateur dans le sens propre du terme.¹⁷ De telles attributions tombent sous l'art. 19 al. 2 CC et sont valables sans le consentement du représentant légal ; elles sont également permises au représentant légal par l'art. 240 al. 2 CO, à titre de « *présents d'usage* ».

En revanche, la donation qui dépasse le seuil d'une affaire mineure – tant dans une évaluation objective que par rapport aux moyens du donateur¹⁸ – ne peut pas être faite par les personnes dans ces situations. À l'exception du cas d'une curatelle de coopération, une telle donation par le donateur est nulle, un éventuel consentement du représentant légal ne pouvant pas « guérir » l'acte du donateur.¹⁹ Comme la loi le précise également, le *représentant légal* d'une personne restreinte dans sa capacité civile ne peut pas non plus conclure un contrat de donation de biens de la personne protégée, sauf s'il s'agit de présents d'usage (art. 240 al. 2 CO ; cf. ci-dessus).

La *représentation volontaire* du donateur disposant de l'exercice de ses droits civils est valable (art. 12 et 13 CC). Toutefois, le *mandat pour cause d'incapacité* au sens des art. 360 ss CC, tout en étant régi par les art. 394 ss CO par analogie, doit néanmoins être distingué du mandat ordinaire, car il s'exécute dans l'intérêt d'une personne incapable de discernement et est, à divers égards, soumis à des règles spécifiques et à la surveillance et aux instructions de l'Autorité de protection de l'adulte.²⁰ S'agissant de donations de biens du mandant, le mandataire pour cause d'incapacité doit, à notre avis, être assimilé à un représentant légal et est, de ce fait, soumis aux mêmes règles que le représentant légal nommé par l'Autorité, avec comme résultat que la donation de biens du mandant est exclue. Le mandat pour cause d'incapacité repose cependant sur des dispositions que le donateur a prises à un moment où il possédait la pleine capacité civile ; il se pose alors la question de savoir si le mandataire pour cause d'incapacité peut, voire

¹⁶ MEIER (nbp. 5), N 127, 167, 194 ; selon N 204, l'art. 409 CC constitue un cas de consentement anticipé, pas une capacité spéciale.

¹⁷ FANKHAUSER, BaKomm (nbp. 6), N 32b ss ad art. 19 CC.

¹⁸ Au sujet de la détermination de ce seuil, cf. STEINAUER/FOUNTOULAKIS (nbp. 5), N 207 ; MEIER (nbp. 5), N 173 ; FANKHAUSER, BaKomm (nbp. 6), N 32c et 32° ad art. 19 CC.

¹⁹ STEINAUER/FOUNTOULAKIS (nbp. 5), N 1213.

²⁰ GEISER THOMAS, Commentaire ad Art. 360–369 CC, Leuba Audrey/Stettler Martin/Büchler Andrea/Häfeli Christoph (éd.), Commentaire du droit de la famille, Protection de l'adulte, Berne 2013, N 1 ad art. 360 CC ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS (nbp. 5), N 879c.

doit, effectuer une donation expressément prévue dans le mandat pour cause d'incapacité. Le but et l'esprit du droit de la protection de l'adulte, y compris du mandat pour cause d'incapacité, mènent, à notre avis, à une réponse négative, à moins que la donation ne mette *pas* en péril l'existence matérielle du donateur *et* le niveau de vie dont il jouit au moment de la donation, tant dans l'immédiat que pour le futur.²¹

Quant à la seconde condition de la capacité civile active et donc de la donation, la **capacité de discernement**, cette exigence n'est pas modifiée par le droit actuel en comparaison avec le droit antérieur. L'art. 16 CC n'a connu que des modifications rédactionnelles dans le cadre de la réforme, sans impact direct sur l'application de cette disposition au donateur. Toutefois, l'**évaluation de la capacité de discernement** de la personne protégée qui voudrait faire ou a fait une donation pourrait devoir se faire **plus fréquemment aujourd'hui**. En effet, comme expliqué dans les paragraphes précédents, les personnes protégées par une curatelle devraient être plus nombreuses sous le droit actuel à conserver néanmoins l'exercice de leur capacité civile entière (art. 12 CC), conditionnelle (art. 19 al. 1 CC) ou spéciale (art. 19 al. 2 CC). Dans tous les cas, la capacité de donner n'appartient qu'aux personnes ayant la capacité de discernement par rapport à l'acte en cause. Les exigences à l'égard des capacités cognitive et volitive de la personne protégée sont élevées en raison de l'obligation entièrement ou très majoritairement unilatérale du donateur, notamment en cas d'une donation importante par rapport aux ressources du donateur et d'un point de vue objectif. La donation faite par une personne **incapable de discernement** n'est pas valable (art. 18 CC),²² comme c'est le cas également de la donation, à son nom et pour son compte, par son éventuel représentant légal (cf. art. 240 al. 2 CO ; ci-dessous III.2).

III. La capacité pour conclure le contrat de donation

La **validité du contrat de donation** dépend de la **capacité civile active** (*Geschäftsfähigkeit*) du donataire et du donateur au sens des art. 12 et 17 CC et, si l'un ou l'autre est représenté, des pouvoirs du représentant.²³

²¹ BADDELEY, ComRom (nbp. 4), N 25 ad art. 240 CO.

²² BADDELEY, ComRom (nbp. 4), N 4 ad art. 241 CO ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS (nbp. 5), N 267 ss.

²³ Pour les règles générales, cf. BADDELEY, ComRom (nbp. 4), N 5 ss et 25 ad art. 239 CO ; TERCIER PIERRE/BIERI LAURENT/CARRON BLAISE, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2016, N 1480 ss.

1. La conclusion du contrat par ou pour le donataire

La *capacité du donataire* dépend, dans tous les cas, de sa *capacité de discernement* par rapport à la donation envisagée. Les exigences à cet égard ne sont, toutefois, pas les mêmes que celles décrites ci-dessous pour le donateur. Dans l'évaluation de cette capacité, le fait que le donataire ne prend, en principe, aucun engagement et conclut un acte entièrement gratuit pour lui-même sont à prendre en considération, ainsi que la valeur du bien donné. L'enfant qui reçoit des friandises, un jouet, un vêtement ou de l'argent pour s'acheter des autocollants pour quelques francs pourra donc facilement être considéré comme capable de discernement. Dans le même esprit, les exigences ne sont pas non plus élevées à l'égard de la capacité de discernement du donataire majeur qui a accepté une **attribution gratuite simple** ;²⁴ la nature et l'intensité des liens du donataire avec le donateur et leur éventuelle influence sur la capacité volitive du donataire ne doivent néanmoins pas être négligées dans cette évaluation, en particulier si le donataire est protégé²⁵. En revanche, en droit actuel, comme sous le droit antérieur, la capacité de discernement du mineur et de la personne majeure protégée – cette dernière étant en principe protégée parce qu'elle n'est pas capable d'« assurer la sauvegarde de ses intérêts ou de désigner un représentant pour gérer ses affaires »²⁶ – à l'égard de *donations complexes, mixtes ou avec charges* ne peut pas être admise facilement. Ces donations exigent un niveau supérieur de la capacité de discernement du donataire.²⁷ Le bien transmis sans contreprestation du donataire, mais présentant au moment de la conclusion du contrat déjà d'importants risques (contestation de la propriété, mauvais entretien d'un immeuble qui pourrait ultérieurement aboutir à des actions en responsabilité des locataires, etc.) ne peut être accepté sans le consentement du représentant légal.²⁸ Le *donataire incapable de discernement* peut être représenté.²⁹

Outre la capacité de discernement du donataire (ou de son représentant), la validité du contrat de donation exige la réalisation des autres conditions de l'exercice des droits civils (art. 12 et 17 CC). Le cas le plus fréquent est celui de la *personne*

²⁴ FANKHAUSER, BaKomm (nbp. 6), N 35 s. ad art. 16 CC ; BUCHER ANDREAS, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5^e éd., Bâle 2009, N 69.

²⁵ TF 5A_951/2016 c. 3.1.4 ; 5A_459/2015 c. 6.3. BUCHER (nbp. 22), N 61 ; BADDELEY, ComRom (nbp. 4), N 4 ad art. 241 CO.

²⁶ Message CC (2006), pt 2.2.2, p. 6676.

²⁷ BUCHER (nbp. 22), N 69 ss, not. 69 et 76, 139.

²⁸ BADDELEY, ComRom (nbp. 4), N 12 s. ad art. 241 CO.

²⁹ FANKHAUSER, BaKomm (nbp. 6), N 27 ad art. 19 CC ; BADDELEY, ComRom (nbp. 4), N 17 ss ad art. 241 CO ; BUCHER (nbp. 22), N 139.

majeure et capable de discernement, non restreinte dans l'exercice de ses droits civils qui peut valablement conclure le contrat de donation, peu importe la valeur de la donation et de l'éventuelle contre-prestation (art. 12 CC). Cette même capacité appartient toutefois aussi au **donataire capable de discernement, mais restreint dans l'exercice de ses droits civils**, dans les situations visées par l'art. 19 al. 2 CC, à savoir au donataire mineur et à la personne sous curatelle, ce même s'il s'agit d'une curatelle de portée générale, si l'attribution est purement gratuite (art. 19 al. 2, 1^{ère} hypothèse CC). Sont par ailleurs soumises au même régime légal les donations de petite valeur qui représentent une « affaire mineure de la vie quotidienne » du donataire selon art. 19 al. 2, 2^e hypothèse CC.³⁰ Le consentement du représentant légal n'est pas exigé, mais ces donations acceptées valablement par le mineur ou la personne majeure protégée ne sont définitives que si le représentant légal ne les interdit ou révoque pas, comme l'**art. 241 CO** le lui permet.³¹ Le représentant peut annuler l'acte p. ex. en raison des coûts engendrés par le bien donné ou de la dépendance psychique que la donation crée entre le donataire et le donateur. Ce droit de véto ne peut être exercé par le curateur que si l'acceptation de donations est incluse dans son mandat.

Le donataire capable de discernement possède également la capacité civile dite « conditionnelle » pour accepter des **donations comportant des obligations pour lui**, notamment la donation assortie d'une contre-prestation ou d'une charge : il peut accepter la donation, mais pour parfaire l'acte, le consentement du représentant légal est exigé (art. 19 al. 1, 19a et 19b CC).

Dans tous les cas, le contrat de donation peut être conclu par le **représentant légal** du donataire ; les pouvoirs de la personne protégée capable de discernement peuvent exister en concours avec ceux du représentant. Le donataire disposant du plein exercice des droits civils dans le cadre fixé par l'art. 19 al. 2 CC (acquisitions à titre purement gratuit et affaires mineures de la vie quotidienne) peut également désigner un représentant volontaire pour conclure en son nom le contrat de donation de ce type. Le **mandataire pour cause d'incapacité** est dans la même situation que le représentant légal (cf. ci-dessus II.2.) et peut donc conclure le contrat de donation si le mandat pour cause d'incapacité couvre ce type d'affaires.

Il va de soi que le représentant légal doit **agir dans l'intérêt de la personne représentée**. Posent problème à cet égard les donations qui, tout en étant gratuites, présentent des désavantages significatifs pour le donataire, notamment le risque

³⁰ FANKHAUSER, BaKomm (nbp. 6), N 30, 32b et 32e ad art. 19 CC. Cf. ci-dessus III.2., pour la même capacité civile entière du donateur.

³¹ BADDELEY, ComRom (nbp. 4), N 21 ss ad art. 241 CO ; FANKHAUSER, BaKomm (nbp. 6), N 28 s. ad art. 19 CC ; BUCHER (nbp. 22), N 140.

de le soumettre à une dépendance psychique envers le donateur ou de créer des problèmes au sein de la famille (inégalité de traitement, ...). Il en va de même des donations complexes et des donations mixtes (assorties d'un usufruit, d'autres servitudes ou de contre-prestations) dont l'effet et les risques ultérieurs sont difficiles à évaluer au moment de la conclusion du contrat. En cas de *conflit des intérêts* du représentant et de la personne protégée, comme pour toute autre type d'affaires, le mandat du représentant s'éteint et l'Autorité doit nommer un curateur spécial ou régler l'affaire elle-même.³²

Comme pour la capacité de devenir donataire, s'agissant de la capacité de conclure le contrat de donation, le *droit actuel diverge* du droit antérieur non pas par la règle applicable, mais par le cercle plus étendu des personnes capables.

2. La conclusion du contrat par le donateur

S'agissant de la conclusion du contrat de donation, la situation du donateur est fondamentalement différente de celle du donataire. Comme présenté sous II.2., la donation exige la *pleine capacité civile*, ce qui vaut pour le dessaisissement par le donateur de ses biens et aussi pour la conclusion du contrat de donation.

Les développements au paragraphe II.2. ci-dessus ont aussi démontré que les *personnes sous curatelle* conservent dans de nombreux cas la capacité civile entière et ne sont donc pas restreintes dans leur capacité de donner. Par ailleurs, le *mineur*, comme *la personne restreinte dans sa capacité civile* par rapport aux donations se voient reconnus la capacité civile entière spéciale dans les cas d'application des art. 323, 321, 409, ainsi que 19 al. 2 CC.³³ Ces personnes peuvent donc valablement conclure des contrats de donation de leurs biens et désigner un représentant volontaire pour conclure l'acte en leur nom et pour leur compte. Une validation de l'acte pour le représentant légal n'est alors ni exigé, ni possible.

Il découle de ces règles *a contrario* que le contrat de donation conclu par une personne protégée *qui n'a pas la capacité de donner* n'est pas valable, ne peut pas être guéri par le consentement du représentant légal et ne peut pas être conclu par ce dernier au nom et pour le compte du représenté ; les art. 304 al. 3 et 412 al. 1 CC, ainsi que 240 al. 2 CO le confirment.³⁴ L'interdiction de donner vaut pour les actes du représentant et de l'Autorité de protection. Notons que le curateur de coopération peut – et doit – consentir à la donation de la personne protégée, si les donations font partie des actes inclus dans la curatelle. Comme évoqué ci-

³² MEIER (nbp. 5), N 124.

³³ Pour les détails et les références, cf. II.2.

³⁴ MEIER (nbp. 5), N 132.

dessus à l'égard de la capacité de donner d'une personne protégée de cette manière (cf. II.2), sa capacité de conclure le contrat de donation valable avec le consentement du curateur paraît discutable.

Il découle également des dispositions légales citées au paragraphe précédent que la *personne incapable de discernement* ne peut pas conclure un contrat de donation de ses biens ; elle ne peut pas non plus être représentée pour le faire par son représentant légal ou son curateur de coopération. Dans tous les cas d'incapacité de donner, il est néanmoins permis au représentant légal de faire des *présents d'usage* au nom de la personne protégée et à partir du patrimoine de cette dernière (art. 304 al. 3, 327c al. 1 et 412 al. 1 CC, art. 240 al. 2 CO). Le seuil qui distingue le présent d'usage d'une donation interdite doit être évalué dans chaque cas concret de manière objective et en tenant compte de la situation spécifique du donataire.³⁵

Ces règles s'appliquent, à notre avis, également au *mandataire pour cause d'incapacité* qui est assimilé à un représentant légal. Se pose toutefois la question de la conclusion du contrat de donation prévu dans le mandat pour cause d'incapacité. Cette question doit, à notre avis, recevoir une réponse négative, avec l'exception évoquée, pour les raisons discutées sous II.2.

IV. Aperçu de l'impact de la réforme du droit successoral sur la donation

La **réforme du droit successoral**, initiée par la motion Gutzwiller, en 2010, sous le titre « moderniser le droit des successions » et soutenue par la suite par d'autres démarches parlementaires, a été adoptée par les Chambres le 18 décembre 2020.³⁶ Ses deux buts principaux étaient d'augmenter les possibilités d'attribution de parts

³⁵ TF 5A_211/2016 c. 7. MEIER (nbp. 5), N 173 ; AFFOLTER KURT, Commentaire ad Art. 405–414 CC, Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (éd.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6^e éd., Bâle 2018, N 5 ad art. 412 CC ; BADDELEY, ComRom (nbp. 4), N 21 et 25 ad art. 240 CO.

³⁶ Au sujet de ces buts, ainsi que l'historique de la réforme, voir Message CC (2018), pour le texte légal finalement adopté, cf. FF 2020 9617 ss, et pour les détails et la documentation officielle, *curia vista*, objet no 18.069 (<https://www.parlament.ch/fr/search-affairs-advanced> ; 3 février 2022), ainsi que EITEL PAUL, Das neue Erbrecht («politischer Teil») vom 18.12.2020: Inkrafttreten am 1.1.2023, successio 2021, 186 s. Pour un aperçu général du droit actuel, cf. EIGENMANN ANTOINE, Les grandes lignes de la révision. Nouvelles réserves, conditions de l'action en réduction, cas particuliers et droit transitoire, Pradervand-Kernen Maryse/Mooser Michel/Eigenmann Antoine (éd.), Journée de droit successoral 2022, Berne 2022, p. 17 ss.

de la succession à un éventuel partenaire de vie non marié avec le *de cuius* et de faciliter la transmission des entreprises au sein de la famille, mais elle devait aussi « moderniser le droit successoral » à d’autres égards.³⁷ Pour répondre à ces attentes, la loi actuelle, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2023, comprend de nombreuses modifications,³⁸ reflétant le *souci premier du législateur* d’augmenter la part de sa future succession dont le *de cuius* peut disposer librement par des actes entre vifs ou pour cause de mort, et introduisant de *nouveaux moyens* pour le faire dans les droits des successions, des régimes matrimoniaux, du divorce et du partenariat enregistré. Nous en évoquons sommairement les nouveautés qui impactent probablement le plus la donation.

L’aspect le plus important et aussi le plus discuté de la réforme concerne les cas très nombreux où le *de cuius* laisse des descendants ou au moins l’un de ses parents.³⁹ Par la *suppression de la réserve des parents et la réduction des réserves des descendants* à la moitié de leur part légale (cf. art. 470 et 471 CC), l’actuelle loi aboutit à l’*augmentation de la quotité disponible*, et donc à laisser plus de liberté pour des libéralités non seulement pour cause de mort, mais aussi entre vifs. En comparaison avec le droit antérieur, la quotité disponible est, selon la constellation familiale spécifique, d’un huitième jusqu’à la moitié de la succession plus élevée.⁴⁰ À cela s’ajoute d’une part la possibilité pour les personnes mariées et des partenaires enregistrés en instance judiciaire pour terminer leur union, de *supprimer à certaines conditions la réserve du conjoint ou du partenaire enregistré survivant* par disposition pour cause de mort (art. 120 al. 3 ch. 2, 472 al. 1 CC, 31 al. 2 ch. 2 LPart), et d’autre part, la *perte des avantages prévus par contrat de mariage pendant ces procédures*, sous réserve de clauses conventionnelles contraires (art. 217 al. 2, 241 al. 4 CC).⁴¹

Contrairement au souhait exprimé dans la motion Gutzwiller, les *partenaires de vie non mariés* n’ont pas obtenu un statut légal particulier en matière successorale, mais la quotité disponible plus conséquente du droit actuel laisse, en principe, plus

³⁷ Cf. *curia vista*, objet no 10.3524, avec le texte de la motion Gutzwiller, préconisant à la fin que le Conseil fédéral examine « s’il y a lieu d’apporter d’autres modifications au droit des successions ».

³⁸ Il s’agit essentiellement des dispositions suivantes : droit successoral (art. 470, 471, 473, 476 al. 2, 494 al. 3, 522, 523, 529 et 532 CC), droit des régimes matrimoniaux (art. 216 al. 2, 241 al. 4 et 532 al. 2 ch. 1 CC) et droit du divorce et de la dissolution du partenariat enregistré (art. 120 al. 2, 217 al. 2, 472 CC, et 25 a. 2 et 31 al. 2 LPart), ainsi que de l’art. 82 LPP.

³⁹ Cf. Message CC (2018), pts 3.2 et 3.3, p. 5880 ss ; EIGENMANN (nbp. 36), N 15 ss.

⁴⁰ Cf. Message CC (2018), pt 3.2.5, p. 5884 s.

⁴¹ Cf. Message CC (2018), pt 3.3.3, p. 5889 ss ; EIGENMANN (nbp. 36), N 26 ss.

de place à des dispositions en faveur du partenaire et d'autres membres de la famille de fait.⁴² De telles attributions posent malheureusement même après la réforme – le législateur n'y ayant rien changé – le problème de la charge fiscale : en l'absence d'un statut légal de tels donataires, ces libéralités sont sujettes aux impôts cantonaux sur les donations et les successions, très lourds dans certains cantons.⁴³

Parmi les autres modifications de la loi touchant de près la donation, les art. 522 et 532 CC, déterminent avec précision les *libéralités réductibles* et l'*ordre des réductions*, mettant en ce faisant un terme à des controverses doctrinales à ce sujet.⁴⁴ L'art. 532 al. 2 ch. 1 CC qualifie de libéralités entre vifs des libéralités entre époux au moyen de contrats de mariage au sens de l'art. 216 CC, ce principe étant applicable également aux conventions sur les biens (art. 241 CC), ainsi qu'à celles de l'art. 25 LPart assimilables auxdits contrats de mariage.⁴⁵ Les « acquisitions pour cause de mort résultant de la loi » font expressément partie des libéralités réductibles, comme le précisent les art. 522 al. 1 ch. 1 et 532 al. 1 ch. 1 CC. Le nouvel ordre des réductions selon l'art. 532 CC met les donations librement révoquables et les « autres » libéralités, dont fait partie la majorité des donations ordinaires, en avant-dernière et dernière position pour être réduites en cas de lésion des réserves des héritiers, après les acquisitions pour cause de mort et les libéralités entre vifs par contrat de mariage, par contrat sur les biens et par des contrats assimilables entre partenaires enregistrés.⁴⁶

En résumé, le législateur a atteint le but de libérer une partie de la masse successorale du *de cuius* qui peut être utilisée pour des libéralités entre vifs, en particulier

⁴² Pour les réflexions et les décisions à cet égard, cf. Message CC (2018), pt 3.8, p. 5909 ss ; STEINAUER PAUL-HENRI, Vers une révision du droit des successions, RMA 2018 I, p. 495 ss, 503 s. Notons que deux autres réformes, plus limitées, du droit de la famille peuvent avoir comme conséquence d'augmenter le nombre d'héritiers réservataires, voire de faire apparaître des héritiers dans des familles où il n'y en avait pas avant. Il s'agit de la réforme du droit de l'adoption et plus particulièrement du nouvel art. 264c CC, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018, ainsi que du « Mariage pour tous », permettant l'adoption conjointe également aux couples de personnes du même sexe, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2022.

⁴³ Cf. KÜNZLE HANS RAINER, KENDRIS Jahrbuch 2021/2022 zur Steuer- und Nachfolgeplanung, Zurich/Bâle/Genève 2021, p. 55 ss.

⁴⁴ Message CC (2018), pt 3.7.2 et 3.7.3, p. 5906 ss ; EIGENMANN (nbp. 36), N 39 ss ; PIOTET DENIS, Commentaire ad Art. 519–533 CC, Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte/Piotet Denis (éd.), Commentaire romand, Code civil II, Art. 457–977 CC, Art. 1–61 Tit. Fin. CC, Bâle 2016, N 14 ad Art. 522 CC et réf.

⁴⁵ Message CC (2018), pt 5.1, p. 5924 (art. 216 al. 2 à 4).

⁴⁶ Message CC (2018), pt 5.1, p. 5931 s. (art. 532).

pour favoriser la transmission d'une entreprise au sein de la famille et en faveur du partenaire de vie, buts prioritaires pour le législateur.

V. Conclusion

L'évolution de la société des dernières cinquante années vers plus d'individualisme et la revendication générale d'une plus grande autonomie de chacun dans ses choix de vie et dans ses actes a mené à des réformes importantes des droits des personnes et de la famille. Le droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, introduit en 2013, est moins incisif et contraignant que le droit antérieur ; dans de nombreux cas, la personne majeure protégée par une curatelle conserve la capacité de disposer de ses biens par ses propres actes. La réforme du droit successoral de 2023 apporte au disposant plus de liberté pour disposer de ses biens par des libéralités de son vivant ou pour cause de mort par plusieurs modifications des droits des successions, des régimes matrimoniaux, du divorce et du partenariat enregistré.

Les nouvelles possibilités ainsi créées ne satisfont certainement pas toutes les attentes et sont peut-être timides, notamment au niveau des réserves héréditaires et de la reconnaissance de la communauté des partenaires de vie non mariés en comparaison avec d'autres ordres juridiques ; d'autres réformes suivront sans doute au fil des années.

Quoiqu'il en soit, à ce stade déjà, la donation, comme les autres types de libéralités ont gagné en importance par les nouvelles règles : plus de personnes protégées ont la capacité de donner et, dans de nombreux cas, la planification patrimoniale du disposant peut porter sur une plus grande portion de la succession. Par ailleurs, les questions autour de la réductibilité de certaines libéralités et de l'ordre des éventuelles réductions ont été clarifiées dans un sens qui avantage les libéralités entre vifs. Un constat s'impose : sans que les dispositions du Code des obligations sur le contrat de donation et certaines dispositions de droit civil n'aient changé, la planification du patrimoine, à l'instar de la réalité dans la société contemporaine, est aujourd'hui plus riche de moyens, plus fluide, mais aussi plus complexe et plus exigeante qu'auparavant. Le terrain est donc prêt pour de nouvelles déterminations des juristes, notamment pour celles du professeur EITEL.