

COUR DE CASSATION

Audience publique du **24 janvier 2018**

Cassation partielle

Mme BATUT, président

Arrêt n° 73 FS-P+B

Pourvois n° A 17-13.017
S 17-13.400

JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE,
a rendu l'arrêt suivant :

I - Statuant sur le pourvoi n° A 17-13.017 formé par
Mme Joseline A..., domiciliée...,

contre un arrêt rendu le 8 septembre 2016 par la cour d'appel de Nîmes
(chambre civile, 1^{re} chambre), dans le litige l'opposant :

1^o/ à M. Henry A..., domicilié...,

2^o/ à Mme Josette B..., veuve A..., domiciliée...,

défendeurs à la cassation ;

II - Statuant sur le pourvoi n° S 17-13.400 formé par M. Henry A...,

contre le même arrêt dans le litige l'opposant :

1°/ à Mme Joseline A...,

2°/ à Mme Josette B..., veuve A...,

défenderesses à la cassation ;

Mme B... a formé un pourvoi incident au pourvoi n° A 17-13.017 contre le même arrêt ;

Le demandeur au pourvoi principal n° A 17-13.017 invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi incident n° A 17-13.017 invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation également annexés au présent arrêt ;

Le demandeur au pourvoi n° S 17-13.400 invoque, à l'appui de son recours, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 12 décembre 2017, où étaient présents : Mme Batut, président, M. Vigneau, conseiller rapporteur, Mme Wallon, conseiller doyen, MM. Hascher, Reynis, Mmes Reygner, Bozzi, M. Acquaviva, Mme Auroy, conseillers, MM. Mansion, Roth, Mmes Mouty-Tardieu, Le Cotty, Gargoullaud, Azar, conseillers référendaires, Mme Ancel, avoc at général référendaire, Mme Pecquenard, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Vigneau, conseiller, les observations de Me Balat, avocat de Mme A..., de la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat de M. A..., de la SCP Lévis, avocat de Mme B..., l'avis de Mme Ancel, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu leur connexité, joint les pourvois n° A 17-13.017 et S 17-13.400 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'Henri A... est décédé le 7 mai 2008, laissant pour lui succéder son épouse, Mme B..., et ses deux enfants issus de ses précédentes unions, Joseline et Henry, en l'état d'un

testament authentique du 14 janvier 1997 et d'un codicille du 13 septembre 2004 ; que Mme A... a assigné ses cohéritiers en partage ;

Sur les moyens des pourvois principal et incident n° A 17-13.017 et sur le premier moyen du pourvoi n° S 17-13.400, pris en ses troisième, cinquième et sixième branches, ci-après annexés :

Attendu que ces griefs ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Sur le troisième moyen du pourvoi n° S 17-13.400, pris en ses première et deuxième branches :

Attendu que M. A... fait grief à l'arrêt de dire qu'il doit rapporter à la succession la somme de 75 000 euros au titre du fonds de commerce alors, selon le moyen :

1°/ qu'il appartient à celui qui sollicite le rapport à la succession d'une libéralité consentie par le de cujus de faire la preuve de cette libéralité ; qu'à ce titre, il lui incombe d'établir l'existence d'un dépouillement irrévocable de l'auteur réalisé dans l'intention de gratifier le cohéritier ; qu'en l'espèce, Mmes A... et B... invoquaient contre M. A... l'existence d'une libéralité rapportable consistant en une donation indirecte à son profit du fonds de commerce donné en location-gérance à sa société Edeca ; qu'en déduisant l'élément matériel de la donation de ce que M. A... ne rapportait pas la preuve de la restitution des éléments composant le fonds de commerce, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation de l'article 1315 du code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce, ensemble les articles 843 et 894 du même code ;

2°/ que l'héritier ne doit le rapport à la succession que des libéralités qui lui ont été personnellement consenties par le de cujus ; qu'en obligeant en l'espèce M. A... à rapporter à la succession la valeur du fonds de commerce que son père avait donné en location-gérance à la société Edeca, les juges du fond ont violé les articles 843 et 857 du code civil ;

Mais attendu que l'arrêt énonce exactement, par motifs adoptés, que l'interposition d'une société ne fait pas obstacle au rapport à la succession d'une donation ;

Et attendu qu'ayant relevé que le contrat par lequel Henri A... avait confié la location-gérance de son fonds de commerce à la société Edaca, créée et gérée par M. A..., avait été résilié le 29 septembre 1991 et qu'Henri A... indiquait dans son codicille du 13 septembre 2004 n'avoir pas obtenu restitution du fonds, du matériel et des marchandises, et estimé que M. A... ne rapportait pas la preuve de

la restitution du fonds, lequel avait été incorporé à celui exploité par la société Edeca, personne interposée à M. A..., c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel en a déduit, sans inverser la charge de la preuve, que celui-ci était tenu de rapporter à la succession la donation indirecte dont il avait ainsi bénéficié de son père ; que le moyen ne peut être accueilli ;

Mais sur le même moyen, pris en sa troisième branche :

Vu les articles 843 et 857 du code civil ;

Attendu que, pour fixer à 75 000 euros la somme que M. A... doit rapporter à la succession au titre du fonds de commerce de son père, l'arrêt retient que cette somme correspond à la valeur du fonds de commerce donné en location-gérance à la société Edeca ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'en cas de donation faite par le défunt à l'héritier par interposition d'une société dont ce dernier est associé, le rapport est dû à la succession en proportion du capital qu'il détient, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et sur le premier moyen du même pourvoi, pris en sa quatrième branche :

Vu les articles 843 et 894 du code civil ;

Attendu que, pour dire que M. A... doit rapporter à la succession la somme de 198 450 euros au titre de la donation déguisée du terrain du chemin d'Alleins à Mallemort, l'arrêt énonce que, suivant acte authentique des 28 février et 2 mars 1981, Henri A... a vendu à M. A... et à son épouse cet immeuble moyennant le prix de 12 000 francs, qu'il était spécifié dans l'acte que le prix avait été payé comptant, avant l'acte, hors la vue du notaire, au vendeur qui le reconnaissait et en consentait bonne et valable quittance, et que, dans le codicille du 13 septembre 2004, Henri A... déclarait ne pas avoir perçu ce prix ; qu'il retient ensuite que si M. A... soutient avoir effectivement réglé le prix d'achat de 12 000 francs et que son beau-père, M. Spinel, atteste avoir prêté le 1^{er} mars 1981 à sa fille et à son gendre une telle somme en vue de cette acquisition, à la date de la signature de l'acte de vente, le 28 février 1981, la somme de 12 000 francs nécessaire au paiement du prix n'était en tout état de cause pas en possession des acquéreurs puisqu'elle ne leur a été remise par M. Spinel que le 1^{er} mars 1981, de sorte que la déclaration d'Henri A... figurant à l'acte authentique est fautive ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans constater l'absence de paiement du prix à la date de la vente authentique du 2 mars 1981, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi n° S 17-13.400 :

REJETTE le pourvoi n° A 17-13.017 ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que M. A... doit rapporter à la succession la somme de 198 450 euros au titre de la donation déguisée du terrain du chemin d'Alleins à Mallemort et en ce qu'il fixe à 75 000 euros la somme que M. A... doit rapporter à la succession au titre du fonds de commerce de son père, l'arrêt rendu le 8 septembre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Nîmes ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Montpellier ;

Condamne Mmes A... et B... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-quatre janvier deux mille dix-huit.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits au pourvoi principal n° A 17-13.017 par Me Balat, avocat aux Conseils, pour Mme A....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué, infirmatif de ce chef, d'avoir débouté Mme Joseline A... de sa demande tendant à ce que M. Henry A... soit condamné à rapporter à la succession les sommes de 115.560 € au titre de l'indemnité d'occupation relative à l'immeuble indivis sis rue des frères Roqueplan à Mallemort et de 102.000 € au titre de la donation déguisée de l'acte du 10 mai 1974 ;

AUX MOTIFS QUE (arrêt attaqué, p. 7 à 9) :

« Suivant acte authentique du 10 mai 1974 la SCI de Saint-Joseph a vendu à M. Henri Marcel A... et Mme Marguerite Louise Mailhac, son épouse, ainsi qu'à M. Henry Vincent A..., lesquels ont acquis à concurrence de 2/5ème indivis pour chacun de M. Henri Marcel A... et de M. Henry Vincent A... et de 1/5ème indivis pour Mme Marguerite Mailhac, l'immeuble sis à Mallemort, quartier de Saint-Joseph, route du pont ou C.D. 23 cadastré section A n° 699 pour une superficie de 15 a 18 ca moyennant le prix de 250 000 F qui a été payé comptant à concurrence de 50 000 F « dès avant les présentes » et en dehors de la comptabilité du notaire et à concurrence de 200 000 F à l'instant même ainsi que le constate la comptabilité du notaire, à la SCI de Saint-Joseph, venderesse, qui leur en a donné quittance.

L'acte précise que « l'acquéreur déclare avoir effectué ce paiement savoir de ses deniers personnels à concurrence de 50 000 F et d'un prêt qui lui a été consenti par la caisse régionale de crédit à l'école mutuelle des Bouches-du-Rhône à concurrence de 200 000 F... ledit prêt de la somme de 200 000 F consenti... suivant acte dressé par Me Milan, notaire aujourd'hui même ... ».

Là encore, il appartient à Mme Joseline A... d'établir que M. Henry Vincent A... n'a pas réglé sa quote-part d'acquisition de l'immeuble soit 100 000 F et non pas à l'appelant de démontrer qu'il l'a réglée.

Le tableau d'amortissement du prêt de 200 000 F consenti par la caisse régionale de crédit agricole mutuel des Bouches-du-Rhône le 10 mai 1974 établi au seul nom de M. Henri A... qui l'a signé le 18 novembre 1974 et le dire de Maître Jeannin, avocat de M. Henry Vincent A... devant l'expert Auvergne dans le cadre de son divorce d'avec Mme Mailhac sont insuffisants en l'absence de communication de sont le tant des chèques prétendument tirés par M. Henri Marcel A... de 50 000 F lors du compromis de vente et de 23000 F en règlement des frais d'acte, que des relevés de comptes bancaires de ce même Henri Marcel A... attestant du prélèvement des échéances du prêt, pour établir que ce dernier a seul payé l'intégralité du prix

d'acquisition de cet immeuble et par là-même la quote-part des 2/5ème de M. Henry Vincent A....

Au surplus, l'indivision de cet ensemble immobilier situé 30 avenue des frères Roqueplan, commune Mallemort a été liquidée par l'acte authentique de partage du 13 février 1995 intervenu entre M. Henri Marcel A..., Mme Marguerite Mailhac, épouse A..., et M. Henry Vincent A... en prenant en compte les investissements réalisés sur l'ensemble immobilier pris en charge par le seul M. Henri Marcel A.... Les droits de chaque copartageant ont été établis en tenant compte de la créance due tant par Mme Marguerite A... que par M. Henry Vincent A... à M. Henri Marcel A... Les parties ont ensuite décidé d'attributions transactionnelles et M. Henry Vincent A... s'est vu attribuer un lot propriété indivise de ses parents comprenant le hangar avec terrain situé à Mallemort avenue Joliot-Curie d'un montant égal à ses droits abandonnés dans l'indivision de l'ensemble immobilier de l'avenue des frères Roqueplan.

Ce partage transactionnel devenu définitif par la levée de la condition suspensive du divorce des époux A... / Mailhac constatée le 9 janvier 1996, ne remet pas en cause la propriété indivise de l'immeuble de l'avenue des frères Roqueplan. S'il prend en compte les investissements réalisés sur l'ensemble immobilier par le seul M. Henri Marcel A..., il n'intègre pas le règlement par ce dernier des échéances du prêt affecté à l'acquisition de ce bien qu'il aurait prétendument réglé pour le compte de l'ensemble des indivisaires ni n'évoque une quelconque demande de M. Henri Marcel A... de se voir attribuer la totalité de l'immeuble du seul chef qu'il en a seul réglé le prix d'achat.

Enfin le codicille du 13 septembre 2004 ne fait pas allusion à une quelconque avance sur héritage soit du hangar avec terrain sis rue Joliot-Curie appartenant à son fils M. Henry Vincent A... après le partage transactionnel du 13 février 1995, soit des 2/5ème du prix d'acquisition l'ensemble immobilier de l'avenue des frères Roqueplan.

Dès lors pas plus l'élément matériel à savoir le paiement de la quote part de M. Henry Vincent A... dans l'acquisition du bien immobilier de l'avenue des frères Roqueplan à Mallemort par son père M. Henri Marcel A... et l'appauvrissement du patrimoine de ce dernier que l'intention de M. A... père de gratifier son fils M. Henry Vincent A... ne sont rapportés en preuve par Mme Joseline A.... Il n'y a donc pas lieu à rapport à la succession par M. Henry Vincent A... de la valeur du bien subrogé – le hangar avec terrain avenue Jules Curie – Croset à la somme de 102 000 €. Il n'est pas contesté par M. Henry Vincent A... qu'il a occupé à titre privatif de manière continue pendant 9 ans de 1975 à 1984, un appartement dans l'ensemble immobilier du 30 avenue des frères Roqueplan dont il était à cette date propriétaire indivis. À ce titre il est susceptible d'être redevable d'une indemnité d'occupation à l'indivision.

Il ne peut cependant comme le tribunal être fait abstraction du partage transactionnel intervenu le 13 février 1995 qui liquide l'indivision de l'ensemble immobilier de l'avenue des frères Roqueplan et qui, atteint de l'autorité de la chose jugée, s'impose aux parties contractantes comme à ses héritiers. La liquidation du régime matrimonial des époux A... / Mailhac

a entraîné la liquidation de l'indivision de l'ensemble immobilier de l'avenue des frères Roqueplan et la transaction porte sur la liquidation de cette indivision qui ne pouvait se faire sans la présence de M. Henry Vincent A... Elle est intervenue entre ce dernier qui a accepté d'abandonner sa quote part indivise dans l'ensemble immobilier de l'avenue des frères Roqueplan au profit de la pleine propriété du hangar avec terrain de la rue Joliot-Curie et ses parents.

L'indivision a été liquidée le 13 février 1995, la réalisation de la condition suspensive du prononcé du divorce de M. Henri Marcel A... et de Mme Marguerite Mailhac en a été constatée le 9 janvier 1996, sans que M. Henri Marcel A... ou/et Mme Marguerite Mailhac épouse A... ne réclament à leur fils M. Henry Vincent A... paiement d'une indemnité d'occupation. Les seuls héritiers de M. Henri Marcel A... du fait de l'existence de 1974 à 1985 de l'indivision conventionnelle entre l'appelant et ses parents, alors même que cette indivision conventionnelle donnait à chaque indivisaire le droit d'occuper le bien, ne sont pas recevables à soutenir qu'une telle occupation privative des lieux indivis à titre gratuit par M. Henry Vincent A... constitue une libéralité personnellement procurée par M. Henri Marcel A... à son fils et à solliciter rapport à la succession d'une indemnité d'occupation à ce titre, l'avantage acquis ne pouvant qu'accroître l'indivision.

La décision entreprise ne peut qu'être réformée en ce sens, aucune somme n'étant rapportable à la succession au titre d'une indemnité d'occupation des locaux dans l'ensemble immobilier alors indivis de l'avenue des frères Roqueplan » ;

ALORS, D'UNE PART, QUE celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ; que dès lors, en considérant « qu'il appartient à Mme Joseline A... d'établir que M. Henry Vincent A... n'a pas réglé sa quote-part d'acquisition de l'immeuble soit 100 000 F et non pas à l'appelant de démontrer qu'il l'a réglée » (arrêt attaqué, p. 7 in fine et p. 8 in limine), cependant que, sauf à exiger de Mme Joseline A... qu'elle rapporte une preuve négative, il appartenait à M. Henry Vincent A... qu'il avait réglé sa quote-part d'acquisition de l'immeuble indivis, et qu'il n'avait donc bénéficié d'aucune donation déguisée, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 ancien du code civil, dans sa rédaction applicable avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, devenu l'article 1353 du même code ;

ALORS, D'AUTRE PART, QU' en toute hypothèse, il résulte des termes mêmes de l'arrêt attaqué (p. 7, alinéas 5 et 6) que l'acte authentique du 10 mai 1974 ne précise pas que M. Henry Vincent A... aurait réglé le montant de sa quote-part dans l'immeuble indivis ; qu'en cet état, Mme Joseline A..., qui ne se trouvait pas dans la situation d'avoir à établir le caractère mensonger d'affirmations contenues dans un acte authentique, n'avait pas à prouver, à l'appui de sa demande tendant à ce que soit constatée l'existence d'une donation déguisée, que son cohéritier

n'avait pas réglé sa quote-part dans l'immeuble indivis ; qu'il appartenait à l'inverse à celui-ci de démontrer la réalité de ce paiement ; qu'en jugeant le contraire, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé ce faisant derechef l'article 1315 ancien du code civil, dans sa rédaction applicable avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, devenu l'article 1353 du même code.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir dit que Mme Joseline A... devrait rapporter à la succession la somme de 60.700 € avec intérêts au taux légal à compter de la décision ;

AUX MOTIFS QUE (arrêt attaqué, p. 13) :

« Le tribunal a ordonné le rapport à la succession par Mme Joseline A... de la somme de 60 700 € retenant une avance sur héritage d'un montant de 140 000 F – 36 200 € après application du principe du profit subsistant – pour l'achat de son appartement, 24 500 € au titre d'un solde de prêt immobilier, ne considérant comme présent d'usage que la remise de 10 000 € pour l'achat d'un véhicule automobile à l'occasion de son anniversaire.

M. Henri Marcel A... disposait effectivement de revenus mensuels confortables mais il n'en demeure pas moins que le don de 24 500 € permettant de solder un prêt immobilier outrepassa le simple présent d'usage et doit donc être rapportée à la succession » ;

ALORS QUE les présents d'usage, qui ne doivent pas être rapportés, sont les cadeaux faits à l'occasion de certains événements, conformément à un usage, et n'excédant pas une certaine valeur ; que le caractère de présent d'usage s'apprécie à la date où il est consenti et « compte tenu de la fortune du disposant » ; que Mme Joseline A... soutenait dans ses écritures d'appel (conclusions signifiées le 14 mars 2016, p. 16, alinéas 6 à 8) que la somme de 24.500 € donnée par son père pour lui permettre de solder son prêt immobilier constituait un présent d'usage, dès lors que le montant de cette somme était proportionné non seulement aux revenus du défunt mais également à ses avoirs ; que pour écarter cette qualification et ordonner le rapport de cette somme à la succession, la cour d'appel a retenu que « M. Henri Marcel A... disposait effectivement de revenus mensuels confortables mais il n'en demeure pas moins que le don de 24 500 € permettant de solder un prêt immobilier outrepassa le simple présent d'usage et doit donc être rapportée à la succession » ; qu'en se bornant à statuer au vu des revenus du défunt, sans examiner, comme l'y invitait expressément Mme Joseline A... dans ses conclusions, le montant des avoirs de celui-ci, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 852 du code civil.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté les demandes de Mme Joseline A... relatives au recel successoral de M. Henry A... ;

AUX MOTIFS QUE (arrêt attaqué, p. 14) :

« L'article 778 du code civil dispose que l'héritier qui a recelé des biens des droits d'une succession est réputé accepter purement et simplement cette succession, sans-pouvoir prétendre à aucune part dans les biens ou droits divertis ou recelés.

Le recel traduit la fraude commise par l'héritier pour rompre l'égalité du partage et nécessite que soit rapportée la preuve d'une intention frauduleuse de l'héritier receleur qui désireux de s'assurer un avantage particulier a procédé à la dissimulation d'un bien ou d'un héritier. Le recel successoral suppose non seulement un élément matériel mais également un élément intentionnel.

(...)

S'agissant de M. Henry Vincent A..., il n'est pas plus rapporté par cette dernière Mme Joseline A... la preuve d'une véritable intention frauduleuse de son frère, qui ne peut être tirée du seul constat de l'élément matériel du recel et de sa contestation après l'introduction d'une action en justice qui le rendrait coupable de recel faute d'un repentir actif. La volonté de dissimuler alors même que les différentes opérations concernant les biens immobiliers ou l'exploitation du fonds ont fait l'objet d'actes notariés ou de sous-seings publiés consultables par tous, que le silence est insuffisant à caractériser le recel et que les contestations soulevées ont donné lieu à divergences entre la cour et le premier juge » ;

ALORS QUE l'héritier qui a recelé des biens ou des droits d'une succession ou dissimulé l'existence d'un cohéritier est réputé accepter purement et simplement la succession, nonobstant toute renonciation ou acceptation à concurrence de l'actif net, sans pouvoir prétendre à aucune part dans les biens ou les droits détournés ou recelés ; qu'en considérant que la preuve n'était pas rapportée d'une « véritable intention frauduleuse » de M. Henry Vincent A..., de sorte que le recel successoral ne pouvait être retenu à son encontre, tout en constatant que l'élément matériel du recel était caractérisé, en l'occurrence la dissimulation par M. Henry Vincent A... de certains biens de la succession, et que l'intéressé n'avait fait preuve d'aucun « repentir actif », ce dont il résultait nécessairement que les éléments matériel et intentionnel du recel se trouvaient caractérisés, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 778 du code civil.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme Joseline A... de sa demande de dommages et intérêts en réparation de son préjudice moral ;

AUX MOTIFS QUE (arrêt attaqué, p. 14 in fine) :

« Dès lors que le recel successoral n'a pas été retenu à l'encontre de M. Henry Vincent A... et de Mme Josette B... veuve A..., Mme Joseline A... ne peut qu'être déboutée de sa demande en paiement par ces derniers de la somme de 10 000 € à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice moral prétendument né du recel par eux commis » ;

ALORS QUE la cassation qui interviendra dans le cadre du troisième moyen de cassation, qui conteste le rejet par les juges du fond de l'existence d'un recel successoral imputable à M. Henry Vincent A..., entraînera par voie de conséquence et par application des articles 624 et 625 du code de procédure civile, la cassation de l'arrêt attaqué en ce qu'il a débouté Mme Joseline A... de sa demande en paiement de dommages et intérêts, au motif que le recel successoral allégué n'était pas établi.

Moyens produits au pourvoi incident n° A 17-13.017 par la SCP Lévis, avocat aux Conseils, pour Mme B....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté Mme Josette A... de sa demande tendant à ce que M. Henry Vincent A... rapporte à la succession de son père la somme totale de 593.010 €;

AUX MOTIFS QUE suivant acte authentique du 10 mai 1974, la SCI de Saint-Joseph a vendu à M. Henri Marcel A... et Mme Marguerite Louise MAILHAC son épouse, ainsi que M. Henry Vincent A..., lesquels ont acquis à concurrence de 2/5^{ème} indivis pour chacun de M. Henri Marcel A... et de 1/5^{ème} indivis pour Mme Marguerite MAILHAC, l'immeuble sis à MALLEMORT, quartier de Saint-Joseph, route du pont ou CD 23 cadastré section A n° 699 pour une superficie de 15 a 18 ca moyennant le prix de 250.000 F qui a été payé comptant à concurrence de 50.000 F « dès avant les présentes » et en dehors de la comptabilité du notaire et à concurrence de 200.000 F à l'instant même ainsi que le constate la comptabilité du notaire à la SCI de Saint-Joseph, venderesse, qui leur en a donné quittance; que l'acte précise que « l'acquéreur déclare avoir effectué ce paiement à savoir de ses deniers personnels à concurrence de 50.000 F et d'un prêt qui lui a été consenti par la caisse régionale de crédit à l'école mutuelle des Bouches du Rhône à concurrence de 200.000 F ... ledit prêt de la somme de 200.000 F consenti ... suivant acte dressé par Me MILAN notaire, aujourd'hui même ... »; que là encore, il appartient à Mme Joselin A... d'établir que M. Henry Vincent A... n'a pas réglé sa quote-part d'acquisition l'immeuble soit 100.000 F et non à l'appelant de démontrer qu'il l'a réglée; que le tableau d'amortissement du prêt de 200.000 F consenti par la caisse régionale de crédit mutuel des Bouches du Rhône le 10 mai 1974 établi au seul nom de M. Henri A..., qui l'a signé le 18 mai 1974 et le dire de Maître JEANNIN, avocat de M. Henry Vincent A... devant J'expert AUVERGNE dans le cadre de son divorce d'avec Mme MAILHAC sont insuffisants en l'absence de communication des chèques prétendument tirés par M. Henri Marcel A... de 50.000 F lors du compromis de vente et de 23000 F en règlement des frais d'acte, que des relevés de comptes bancaires de ce même Henri Marcel A... attestant du prélèvement des échéances du prêt, pour établir que ce dernier a seul payé l'intégralité du prix d'acquisition de cet immeuble et par là même la quote-part des 2/5^{ème} de M. Henry Vincent A...; qu'au surplus, l'indivision de cet ensemble immobilier situé 30 avenue des frères Roqueplan, commune de MALLEMORT, a été liquidée par l'acte authentique de partage du 13 février 1995 intervenu entre M. Henri Marcel A..., Mme Marguerite MAILHAC épouse A... et M. Henry Vincent A... en prenant en compte les investissements réalisés sur l'ensemble immobilier pris en charge par le seul Henri Marcel A... ; que les droits de chaque co-partageant

ont été établis en tenant compte de la créance due tant par Mme Marguerite A... que par M. Henry Vincent A... à M. Henri Marcel A...; que les parties ont ensuite décidé d'attributions transactionnelles et M. Henry Vincent A... s'est vu attribuer un lot de copropriété indivise de ses parents comprenant le hangar avec terrain situé à MALLEMORT avenue Joliot-Curie d'un montant égal à ses droits abandonnés dans l'indivision de l'ensemble immobilier de l'avenue des frères Roqueplan ; que ce partage transactionnel, devenu définitif par la levée de la condition suspensive du divorce des époux A... / MAILHAC constatée le 9 janvier 1996, ne remet pas en cause la propriété indivise de l'immeuble de l'avenue des frères Roqueplan; que s'il prend en compte les investissements réalisés sur l'ensemble immobilier par le seul M. Henri Marcel A..., il n'intègre pas le règlement par ce dernier des échéances du prêt affecté à l'acquisition de ce bien qu'il aurait prétendument réglé pour le compte de l'ensemble des indivisaires ni n'évoque une quelconque demande de M. Henri Marcel A... de se voir attribuer la totalité de L'immeuble du seul chef qu'il en a seul réglé le prix d'achat ; qu'enfin le codicille du 13 septembre 2004 ne fait pas allusion à une quelconque avance sur héritage soit du hangar avec terrain sis rue Joliot-Curie appartenant à son fils Henry après le partage transactionnel du 13 février 1995 soit des 2/5ème du prix d'acquisition de l'ensemble immobilier de l'avenue des frères Roqueplan; que dès lors pas plus l'élément matériel à savoir le paiement de la quote-part de M. Henry Vincent A... dans l'acquisition du bien immobilier de l'avenue des frères Roqueplan à MALLEMORT par son père Henri Marcel A... et l'appauvrissement du patrimoine de ce dernier que l'intention de M. A... père de gratifier son fils Henry Vincent A... ne sont rapportés en preuve par Mme Joseline A... ; qu'il n'y a donc pas lieu à rapport à la succession par M. Henry Vincent A... de la valeur du bien subrogé-le hangar avec terrain avenue Jules Curie-Croset à la somme de 102.000 €;

1 °) ALORS QUE les juges du fond sont tenus de répondre aux conclusions des parties; qu'en affirmant que tant l'élément matériel à savoir le paiement de la quote-part de M. Henry Vincent A... dans l'acquisition du bien immobilier de l'avenue des frères Roqueplan à MALLEMORT par son père Henri Marcel A... et l'appauvrissement du patrimoine de ce dernier, que l'intention de M. A..., père, de gratifier son fils Henry Vincent A... ne sont pas démontrés, sans répondre aux conclusions d'appel de Mme Josette A..., qui soutenait que M. Henry A... était sous les drapeaux et était âgé de 19 ans en mai 1974 et qu'il ne pouvait disposer d'un capital de 20.000 F alors qu'il gagnait à l'époque 10 F par heure, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile;

ET AUX MOTIFS QU'il n'est pas contesté par M. Henry Vincent A... qu'il a occupé à titre privatif de manière continue pendant 9 ans de 1975 à 1984 un appartement dans l'ensemble immobilier du 30 avenue des frères Roqueplan dont il était à cette date propriétaire indivis; qu'à ce titre, il est

susceptible d'être redevable d'une indemnité d'occupation à l'indivision ; qu'il ne peut cependant comme le tribunal être fait abstraction du partage transactionnel intervenu le 13 février 1995 qui liquide l'indivision de l'ensemble immobilier de l'avenue des frères Roqueplan et qui, atteint de l'autorité de la chose jugée, s'impose aux parties contractantes comme à ses héritiers ; que la liquidation du régime matrimonial des époux A... / MAILHAC a entraîné la liquidation de l'indivision de l'ensemble immobilier de l'avenue des frères Roqueplan et la transaction porte sur la liquidation de cette indivision qui ne pouvait se faire sans la présence de M. Henry Vincent A...; qu'elle est intervenue entre ce dernier qui a accepté d'abandonner sa quote-part indivise dans l'ensemble immobilier de l'avenue des frères Roqueplan au profit de la pleine propriété du hangar avec terrain de la rue Joliot-Curie et ses parents; que l'indivision a été liquidée le 13 février 1995, la réalisation de la condition suspensive du prononcé du divorce de M. Henri Marcel A... et de Mme Marguerite MAILHAC en a été constatée le 9 janvier 1996, sans que M. Henri Marcel A... ou et Mme Marguerite MAILHAC épouse A... ne réclament à leur fils Henry Vincent A... paiement d'une indemnité d'occupation; que les seuls héritiers de M. Henri Marcel A... du fait de l'existence de 1974 à 1985 de l'indivision conventionnelle entre l'appelant et ses parents, alors même que cette indivision conventionnelle donnait à chaque indivisaire le droit d'occuper le bien, ne sont pas recevables à soutenir qu'une telle occupation privative des lieux indivis à titre gratuit par M. Henry Vincent A... constitue une libéralité personnellement procurée par M. Henri Marcel A... à son fils et à solliciter rapport à la succession d'une indemnité d'occupation à ce titre, l'avantage acquis ne pouvant qu'accroître l'indivision; que la décision entreprise ne peut qu'être réformée en ce sens, aucune somme n'étant rapportable à la succession au titre d'une indemnité d'occupation des locaux dans l'ensemble immobilier alors indivis de l'avenue des frères Roqueplan;

2°) ALORS QUE les juges du fond ne peuvent se déterminer sur des moyens de droit qu'ils ont relevés d'office, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations; qu'en affirmant néanmoins que les seuls héritiers de M. Henri Marcel A..., du fait de l'existence de 1974 à 1985 de l'indivision conventionnelle entre M. Henry Vincent A... et ses parents, alors même que cette indivision conventionnelle donnait à chaque indivisaire le droit d'occuper le bien, ne sont pas recevables à soutenir qu'une telle occupation privative des lieux indivis à titre gratuit par M. Henry Vincent A... constitue une libéralité personnellement procurée par M. Henri Marcel A... à son fils, la cour d'appel a relevé d'office un moyen , sans inviter les parties à présenter leurs observations, en violation de l'article 16 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir dit que Mme Josette A... doit rapporter à la succession la somme de 92.970,07 € avec intérêts au taux légal à compter du jugement;

AUX MOTIFS QUE tout comme devant le premier juge, Mme Joseline A... soutient que les investigations de l'expert CROUZET sont incomplètes, que la construction de la maison sur le terrain appartenant à sa belle mère est intervenue au cours du mariage avec son père et que les nombreuses sorties d'argent suspectes des comptes bancaires n'ont pas été prises en compte par l'expert alors qu'elles ne correspondent à aucune dépense connue du défunt pour lui-même ou le couple et que certaines sont le règlement de factures de travaux d'entreprise; que pour elle toutes les sorties inexplicables doivent être rapportées par Madame Josette B... à la succession la somme totale pour un montant total de 303.931,62 € ; que M. Henry Vincent A... ne critique pas la décision de ce chef; que Mme Josette B... admet toujours devoir rapporter la seule somme de 75.000 € dont elle a bénéficié de la part du défunt à titre de don manuel pour lui permettre d'acquérir la maison de PERTUIS dont elle est propriétaire; que le premier juge après un examen minutieux de l'ensemble des pièces et plus particulièrement des relevés de compte joint des époux A... / B... a retenu les quatre prélèvements suspects réalisés à hauteur de 4540,52 € le 26 janvier 2007, 3928,65 € le 9 décembre 2004, 4700 € le 4 janvier 2003, et 4800 € le 22 décembre 2004, soit au total 17.970,07 € comme correspondant à des factures d'entreprises de bâtiment qui ont participé à la construction de la maison appartenant en propre à Mme B... et en conséquence ordonné le rapport de ces sommes à la succession;(...) que par suite la décision déférée mérite confirmation en ce qu'elle a ordonné le rapport à la succession par Mme Josette B... veuve A... des dons à hauteur de 92.970,07 €

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE Mme Joseline A... indique que la construction de la maison sur le terrain appartenant à sa belle-mère est intervenue au cours du mariage de celle-ci avec son père et elle soutient qu'au vu des nombreuses sorties d'argent suspectes des comptes bancaires Mme Josette B... doit rapporter à la succession la somme totale de 302.931,62 € ; que M. Henry Vincent A... fait valoir qu'il existe une corrélation entre la diminution de 483.664 € des placements de son père et les mouvements inexplicables sur les comptes de Mme B... et le compte joint s'élevant à 368.927 € dont il demande le rapport; que Mme Josette B... veuve A... a toujours admis devoir rapporter la somme de 75.000 € dont elle a bénéficié de la part du défunt à titre de don manuel pour lui permettre d'acquérir la maison de PERTUIS dont elle est propriétaire; que Mme B... qui a acquis un terrain à MALLEMORT suivant acte notarié du 7 juin 1990 a fait édifier une maison de 90 m2 suivant permis de construire du 5 août 2003 et a obtenu un certificat de conformité le 14 octobre 2005 ; qu'elle a revendu la maison le 25 juillet 2008; que durant la période de construction de la maison, l'examen des relevés de comptes joint des époux

A... permet de constater que quatre prélèvements suspects ont été réalisés, soit 4540,52 € le 26 janvier 2007, 3929,55 € le 9 décembre 2004, 4700 € le 4 janvier 2005 et 4800 € le 22 décembre 2004, soit au total 17.970,07 € et ces sommes correspondent à des factures d'entreprises du bâtiment ; qu'il convient de considérer que cette somme a été donnée par le de cujus à son épouse pour la construction de la maison appartenant à celle-ci et devra donc être rapportée à la succession en sus des 75000 € qu'elle reconnaît avoir perçue;

ALORS QUE tout arrêt doit être motivé à peine de nullité et le motif hypothétique équivaut à un défaut de motifs; qu'en affirmant néanmoins qu'il convient de considérer que la somme de 17.970,07 € a été donnée par le de cujus à son épouse, Mme Josette A..., pour la construction de la maison appartenant à celle-ci et devra donc être rapportée à la succession, la cour d'appel a statué par des motifs hypothétiques, en violation de l'article 455 du code de procédure civile.

Moyens produits au pourvoi n° S 17-13.400 par la SCP Lyon-Caen et Thiriez, avocat aux Conseils, pour M. A....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt partiellement infirmatif attaqué d'avoir jugé que M. Henry A... devait rapporter à la succession la somme de 198.450 euros au titre de la donation déguisée du terrain du chemin d'Alleins à Mallemort ;

AUX MOTIFS QUE « suivant acte authentique des 28 février et 2 mars 1981, M. Henri Marcel A... a vendu à M. Henry Vincent Amoux et à Mme Lydie Spinel épouse Amoux une parcelle de terre labourable et arrosable sise commune de Mallemort, quartier des chemins d'Alleins pour une superficie de 29 a 83 ca moyennant le prix de 12 000 F soit 1829,39 € ; qu'il est spécifié dans l'acte que le "prix a été payé comptant avant les présentes hors la vue du notaire, au vendeur qui le reconnaît et lui en consent bonne et valable quittance" ; que le notaire a été destinataire des frais d'acte qui lui ont été réglés à hauteur de 3 400 F et qu'il a quittancé au nom de M. et Mme Henry A... ; que les déclarations de l'acte authentique relatives au paiement du prix hors la vue du notaire ne font foi que jusqu'à preuve contraire ; qu'il appartient donc à Mme Joseline A... et à Mme Josette B... veuve A... d'établir que la quittance donnée n'a pas la valeur libératoire qu'implique son libellé et que M. Henri Marcel A... n'a pas reçu paiement du prix de cession ; que dans le codicille du 13 septembre 2004, M. Henri Marcel Amoux déclare une avance sur héritage faite à son fils Henry Vincent d'"un terrain à Mallemort Quartier des chemins d'Alleins de 29 a 83 ca sur lequel il a construit sa maison et hangar" ; qu'il affirme ainsi ne pas avoir perçu le prix de vente du terrain ; que Mmes Joseline A... et Josette B... ne peuvent rapporter une preuve négative ; que M. Henry Vincent Amoux soutient avoir effectivement réglé le prix d'achat de 12 000 F et les frais d'acte ; que son beau-père, Auguste Spinel déclare, suivant attestation datée du 10 mars 1991 et produite devant l'expert judiciaire, avoir prêté le 1^{er} mars 1981 la somme de 12 000 F en espèces à sa fille Lydie et à son gendre Henry Vincent A... en vue de l'acquisition d'un terrain à Mallemort, terrain qui leur a permis la construction de leur habitation principale en 1983, somme qui lui a été rendue ce jour le 10 mars 1991 ; que la cour ne peut que relever qu'à la date de la signature de l'acte de vente le 28 février 1981 par M. Henri Marcel A... et par M. et Mme Henry-Vincent A..., la somme de 12 000 F en espèces nécessaire au paiement du prix n'était en tout état de cause pas en possession des acquéreurs puisqu'elle ne leur a été remise par M. Auguste Spinel que le 1^{er} mars 1981 ; que la déclaration de M. Henri Marcel A... figurant à l'acte authentique est donc fautive ; que de plus si le reçu de paiement des frais de la vente est établi par la SCP Georges, Henri et Dominique Ravanas, notaires associés à Mallemort à hauteur de 3 400 F au nom de M et Mme Henry A..., la somme provisionnelle de 3 300 F a été versée à partir d'un compte CCP

n° 244541 V qui n'est pas identifiable ; que la cour estime donc, contrairement au tribunal, que la seule attestation de M. Auguste Spinel établie 10 ans après la vente et remise à l'expert judiciaire en 2010 est insuffisante pour rapporter la preuve tant du prêt de la somme de 12 000 F en espèces par celui-ci à sa fille et son gendre, que surtout, du versement de cette somme de 12 000 F par M. Henry Vincent A... et/ou son épouse Lydie Spinel à M. Henri Marcel Amoux qui le dénie ; que les éléments matériel (absence de paiement du prix de vente) et intentionnel (déclaration par le donateur d'une avance sur héritage) de la donation étant rapportés en preuve, et M. Henri Marcel A... ayant appauvri son patrimoine dans l'intention de gratifier son fils Henry Vincent, la donation de ce terrain sise commune de Mallemort, quartier des chemins d'Alleins, est rapportable à sa succession ;

que les parties sont en désaccord sur la valeur du terrain qui doit être rapportée à la succession, M. Henry Vincent Amoux soutenant que la valeur du terrain nu doit seule être rapportée alors que Mesdames Joseline A... et Josette B... veuve A... estiment que c'est la valeur du terrain construit qui est due en rapport ; que le terrain vendu qui n'était pas inclus dans le périmètre de la zone constructible de la commune de Mallemort y a été inclus lors de la refonte du plan d'occupation des sols en 1986 ; que ce passage du terrain en zone constructible résulte d'une cause étrangère à M. Henry Vincent A... et conduit à prendre en compte la valeur du terrain sur la base de sa constructibilité ; que l'expert Croset l'a évalué à 198 450 € ; que cette somme sera rapportée par M. Henry Vincent A... à la succession ; que sera observé que le débat sur la qualité d'agriculteur ou non de l'appelant à la date de la signature de l'acte de vente des 28 février et 2 mars 1981 est sans intérêt à partir du moment où la situation du terrain s'est véritablement modifiée et sa valeur accrue à la modification du plan d'occupation des sols incluant le terrain litigieux dans la zone constructible par tous sans limitation » (arrêt, p. 6-7) ;

1° ALORS QU' il appartient à celui qui sollicite le rapport à la succession d'une libéralité consentie par le de cujus à un héritier de faire la preuve de cette libéralité ; qu'à ce titre, il lui incombe d'établir l'existence d'un dépouillement irrévocable de l'auteur réalisé dans l'intention de gratifier le successeur ; qu'en l'espèce, Mmes Joseline et Josette A... invoquaient contre M. Henry A... l'existence d'une libéralité rapportable consistant en une donation déguisée à son profit du terrain vendu par le de cujus le 2 mars 1981 ; qu'en condamnant M. Henry A... à ce rapport au motif qu'il ne rapportait pas la preuve d'avoir effectivement versé le prix de cette vente, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation de l'article 1315 du Code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce, ensemble les articles 843 et 894 du même Code ;

2° ALORS QUE l'acte authentique ou sous seing privé fait foi entre les parties de tout ce qui s'y trouve exprimé, même en termes simplement énonciatifs, dès lors que l'énonciation a un rapport direct à la disposition ;

qu'à cet égard, les dénégations ultérieurement consignées dans les dispositions testamentaires de l'un des contractants ne sont pas de nature à remettre en cause la force probante qui s'attache à l'acte conclu par écrit entre les parties ; qu'en se fondant en l'espèce sur un codicille du vendeur dans lequel celui-ci affirmait que le bien objet de la vente constituait finalement une avance sur l'héritage de l'acquéreur, quand cet acte unilatéral était impuissant à remettre en cause la sincérité des stipulations convenues entre les parties à l'acte de vente du 2 mars 1981, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1320 et 1341 du Code civil dans leur rédaction applicable en l'espèce, ensemble les articles 843 et 894 du même Code ;

3° ALORS QUE les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes, et n'ont point d'effet contre les tiers ; qu'à cet égard, la contre-lettre établie par l'une seule des parties contractantes ne saurait être opposée au cocontractant pour remettre en cause la force probante qui s'attache à l'acte conclu par écrit entre les parties ; qu'en se fondant en l'espèce sur un codicille du vendeur dans lequel celui-ci affirmait que le bien objet de la vente constituait une avance sur l'héritage de l'acquéreur, quand ce dernier ne pouvait se voir opposer une contre-lettre à laquelle il était étranger, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1321 du Code civil dans leur rédaction applicable en l'espèce, ensemble les articles 843 et 894 du même Code ;

4° ALORS QUE la sincérité des stipulations d'un acte de vente destiné à être reçu en la forme authentique s'apprécie à la date de l'acte notarié ; qu'en retenant en l'espèce que, à la date de la vente sous seing privé du 28 février 1981, l'acquéreur n'avait pas encore reçu le prêt qui lui permettrait de payer le prix de vente à partir du 1er mars 1981, de sorte que la mention de l'acte authentique attestant de ce paiement était fausse, quand il importait seulement de savoir si, à la date de la vente authentique du 2 mars 1981, ce paiement n'était pas déjà intervenu, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1319 du Code civil dans leur rédaction applicable en l'espèce, ensemble les articles 843 et 894 du même Code ;

5° ALORS QUE l'acte authentique ou sous seing privé fait foi entre les parties de tout ce qui s'y trouve exprimé, même en termes simplement énonciatifs, dès lors que l'énonciation a un rapport direct à la disposition ; qu'en l'espèce, le litige portait sur le point de savoir si le prix de vente avait été effectivement acquitté par M. Henry A... et son épouse ; qu'en ayant égard à la circonstance que l'acompte dû sur les frais de la vente avait été versé à partir d'un compte non identifiable, ce qui n'excluait pas que ces frais aient été payés par les acquéreurs, conformément aux indications qui figuraient en ce sens sur la quittance établie par le notaire, la cour d'appel a statué par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1320 du Code civil dans leur rédaction applicable en l'espèce, ensemble les articles 843 et 894 du même Code ;

6° ALORS QUE l'acte authentique ou sous seing privé fait foi entre les parties de tout ce qui s'y trouve exprimé, même en termes simplement énonciatifs, dès lors que l'énonciation a un rapport direct à la disposition ; qu'en l'espèce, le litige portait sur le point de savoir si le prix de vente avait été effectivement acquitté par M. Henry A... et son épouse ; qu'en ayant égard à la circonstance que l'acompte dû sur les frais de la vente avait été versé au notaire à partir d'un compte non identifiable, quand seul importait de savoir si le prix de vente avait bien été acquitté entre les mains du vendeur, la cour d'appel, pour cette raison également, a statué par un motif inopérant, privant sa décision de base légale au regard des articles 1134 et 1320 du Code civil dans leur rédaction applicable en l'espèce, ensemble les articles 843 et 894 du même Code.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt partiellement infirmatif attaqué d'avoir jugé que M. Henry A... devait rapporter à la succession la somme de 198.450 euros au titre de la donation déguisée du terrain du chemin d'Alleins à Mallemort ;

AUX MOTIFS QUE « suivant acte authentique des 28 février et 2 mars 1981, M. Henri Marcel A... a vendu à M. Henry Vincent Amoux et à Mme Lydie Spinel épouse Amoux une parcelle de terre labourable et arrosable sise commune de Mallemort, quartier des chemins d'Alleins pour une superficie de 29 a 83 ca moyennant le prix de 12 000 F soit 1829,39 € ; qu'il est spécifié dans l'acte que le "prix a été payé comptant avant les présentes hors la vue du notaire, au vendeur qui le reconnaît et lui en consent bonne et valable quittance" ; que le notaire a été destinataire des frais d'acte qui lui ont été réglés à hauteur de 3 400 F et qu'il a quittancé au nom de M. et Mme Henry A... ; que les déclarations de l'acte authentique relatives au paiement du prix hors la vue du notaire ne font foi que jusqu'à preuve contraire ; qu'il appartient donc à Mme Joseline A... et à Mme Josette B... veuve A... d'établir que la quittance donnée n'a pas la valeur libératoire qu'implique son libellé et que M. Henri Marcel A... n'a pas reçu paiement du prix de cession ; que dans le codicille du 13 septembre 2004, M. Henri Marcel Amoux déclare une avance sur héritage faite à son fils Henry Vincent d'"un terrain à Mallemort Quartier des chemins d'Alleins de 29 a 83 ca sur lequel il a construit sa maison et hangar" ; qu'il affirme ainsi ne pas avoir perçu le prix de vente du terrain ; que Mmes Joseline A... et Josette B... ne peuvent rapporter une preuve négative ; que M. Henry Vincent Amoux soutient avoir effectivement réglé le prix d'achat de 12 000 F et les frais d'acte ; que son beau-père, Auguste Spinel déclare, suivant attestation datée du 10 mars 1991 et produite devant l'expert judiciaire, avoir prêté le 1er mars 1981 la somme de 12 000 F en espèces à sa fille Lydie et à son gendre Henry Vincent A... en vue de l'acquisition d'un terrain à Mallemort, terrain qui leur a permis la construction de leur habitation principale en 1983, somme qui lui a été rendue ce jour le 10 mars 1991 ; que

la cour ne peut que relever qu'a la date de la signature de l'acte de vente le 28 février 1981 par M. Henri Marcel A... et par M. et Mme Henry-Vincent A..., la somme de 12 000 F en espèces nécessaire au paiement du prix n'était en tout état de cause pas en possession des acquéreurs puisqu'elle ne leur a été remise par M. Auguste Spinel que le 1er mars 1981 ; que la déclaration de M. Henri Marcel A... figurant à l'acte authentique est donc fausse ; que de plus si le reçu de paiement des frais de la vente est établi par la SCP Georges, Henri et Dominique Ravanas, notaires associés à Mallemort à hauteur de 3 400 F au nom de M et Mme Henry A..., la somme provisionnelle de 3 300 F a été versée à partir d'un compte CCP n° 244541 V qui n'est pas identifiable ; que la cour estime donc, contrairement au tribunal, que la seule attestation de M. Auguste Spinel établie 10 ans après la vente et remise à l'expert judiciaire en 2010 est insuffisante pour rapporter la preuve tant du prêt de la somme de 12 000 F en espèces par celui-ci à sa fille et son gendre, que surtout, du versement de cette somme de 12 000 F par M. Henry Vincent A... et/ou son épouse Lydie Spinel à M. Henri Marcel Amoux qui le dénie ; que les éléments matériel (absence de paiement du prix de vente) et intentionnel (déclaration par le donateur d'une avance sur héritage) de la donation étant rapportés en preuve, et M. Henri Marcel A... ayant appauvri son patrimoine dans l'intention de gratifier son fils Henry Vincent, la donation de ce terrain sise commune de Mallemort, quartier des chemins d'Alleins, est rapportable à sa succession ;

que les parties sont en désaccord sur la valeur du terrain qui doit être rapportée à la succession, M. Henry Vincent Amoux soutenant que la valeur du terrain nu doit seule être rapportée alors que Mesdames Joseline A... et Josette B... veuve A... estiment que c'est la valeur du terrain construit qui est due en rapport ; que le terrain vendu qui n'était pas inclus dans le périmètre de la zone constructible de la commune de Mallemort y a été inclus lors de la refonte du plan d'occupation des sols en 1986 ; que ce passage du terrain en zone constructible résulte d'une cause étrangère à M. Henry Vincent A... et conduit à prendre en compte la valeur du terrain sur la base de sa constructibilité ; que l'expert Croset l'a évalué à 198 450 € ; que cette somme sera rapportée par M. Henry Vincent A... à la succession ; que sera observé que le débat sur la qualité d'agriculteur ou non de l'appelant à la date de la signature de l'acte de vente des 28 février et 2 mars 1981 est sans intérêt à partir du moment où la situation du terrain s'est véritablement modifiée et sa valeur accrue à la modification du plan d'occupation des sols incluant le terrain litigieux dans la zone constructible par tous sans limitation » (arrêt, p. 6-7) ;

ALORS QUE, si une donation est faite conjointement à deux époux, seul l'époux successible en doit le rapport pour moitié à la succession du donateur ; qu'en l'espèce, il résulte des propres constatations de l'arrêt que le de cujus avait vendu le terrain du chemin des Alleins ensemble à son fils et l'épouse de ce dernier ; qu'en décidant que l'absence de paiement du prix de vente dû par les deux époux obligeait M. Henry A... au rapport de

la totalité de la valeur de ce bien, la cour d'appel a violé l'article 849 du Code civil.

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir jugé que M. Henry A... devait rapporter à la succession la somme de 75.000 euros au titre du fonds de commerce ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « dans son codicille du 13 septembre 2004, M. Henri Marcel A... déclare avoir fait une avance sur héritage à son fils Henry Vincent du matériel, fonds de commerce et stock de son entreprise de traitement chimique et débroussaillage mécanique dont il lui a réglé la gérance du 1er janvier 1985 au 31 décembre 1991 ; qu'il estime en 1985 la valeur du matériel à 291 000 NF, celle du stock à 250 000 NF et celle du commerce à 500 000 NF ; que l'expert Crozet a évalué ce fonds, éléments corporels ou incorporels confondus, selon son état à l'époque au 31 décembre 1991 à la somme de 75 000 € ; que Joseline A... et Josette B... veuve A... soutiennent qu'une donation indirecte a été faite par leur père et époux à M. Henri Marcel A... par l'abandon du fonds de commerce lui appartenant donné en location-gérance le 4 janvier 1988 à la société EDECA, société interposée, sans contrepartie ; que M. Henry Marcel A... indiquant ne pas avoir été réglé du prix du matériel, des produits et du fonds M. Henry Vincent A... réplique que deux fonds de commerce ont co-existé, lui-même s'étant enregistré en tant qu'exploitant personnel dès 1980 et le fonds de son père lui ayant été donné en location-gérance en 1985 puis à la société EDACA en 1988 avant de disparaître par cessation d'exploitation en 1991 ; qu'il souligne que le fonds paternel ne comportait à l'origine aucun stock de produits ou marchandises, que le matériel devenu vétuste a été restitué et que rien ne vient prouver que la société EDECA a continué d'exploiter gratuitement le fonds de M. Henri Marcel ANIOLIK ni que celui-ci a eu l'intention de gratifier son fils ; qu'il s'évince des extraits K bis communiqués aux débats que : - le 1er juillet 1960, M. Henri Marcel A... a créé et exploité en son nom propre un fonds de commerce de débroussaillage situé 38 avenue Joliot-Curie à Mallemort enregistré au registre du commerce et des sociétés de Tarascon sous le n° 736 071 788, - le 1er avril 1980, M. Henry Vincent A... a créé et exploité en son nom propre un fonds de commerce de débroussaillage et applications chimiques situé quartier des chemins d'Alleins à Mallemort à l'enseigne EDACA enregistré au registre du commerce et des sociétés de Tarascon sous le n° 318 782 554, - le 4 janvier 1985 M. Henry Vincent A... a pris en location-gérance le fonds de son père, - le 4 janvier 1988, la SARL EDACA a été immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Tarascon sous le n° 343758389 pour des activités de « débroussaillage et application chimique agricole, vente de produits chimiques, de matériels et fournitures liées à leur application », - par acte du 31 décembre 1987, a été résilié le contrat de location-gérance conclu le 4 janvier 1985 entre M. Henry

Vincent A... et M. Henri Marcel A..., - par deux actes sous seings privés du 4 janvier 1988, M. Henry Vincent A... a vendu son propre fonds de commerce à la SARL EDACA et cette dernière société a conclu un contrat de location-gérance avec M. Henri Marcel A... père, - la location-gérance entre la SARL EDACA et M. Henri Marcel A... a été résiliée le 29 septembre 1991 ; qu'ainsi à partir de 1980 coexistent pendant cinq années les deux fonds du père et du fils A... avant que le premier ne donne son fonds en location gérance au second ; que les factures d'achat de matériel établies de décembre 1979 au 28 février 1981 établissent l'achat par M. Henry Vincent A... d'un certain nombre de matériel sans que soit d'ailleurs rapportée la preuve du paiement par ce dernier de la totalité de ces factures et plus particulièrement de celle de 77 000 F à M Henri Marcel A... ; qu'elles corroborent cependant la création et l'exploitation d'un fonds propre par M. Henry Vincent A..., vingt ans après son père alors qu'il travaillait avec et pour lui depuis sept années ; qu'à la date de cette création de fonds, M. Henri Vincent A... a soixante ans comme étant né le 13 février 1920 ; qu'il atteindra les soixante-cinq ans un mois après avoir donné son fonds en location-gérance à son fils, lequel créera trois ans après sa société EDECA ; que ces dates ont leur importance ; qu'en effet, en prélude à une transmission familiale, il est d'usage courant de créer soit un nouveau fonds au nom du successeur ou une société dont l'objet est d'exploiter l'entreprise initiale que son propriétaire lui donne en location ; que le fonds nouvellement créé ou la société d'exploitation est donc locataire-gérant ; que cette location-gérance constitue le premier volet de l'opération de passation de pouvoirs au profit du successeur désigné, tout en permettant au loueur qui demeure propriétaire de son entreprise de s'assurer un revenu en concédant la location ; qu'au regard du droit fiscal, l'opération présente une certaine neutralité dans la mesure où la mise en gérance ne constitue pas une cession d'entreprise au sens de l'article 201 du code général des impôts ; que l'héritier dirigera seul l'exploitation du fonds, le chef d'entreprise étant un loueur avec le statut fiscal et social y attaché ; qu'à l'arrivée du terme, le locataire-gérant qui n'acquiert pas le fonds doit le restituer ; qu'il doit alors le rendre avec tous ses éléments dans l'état dans lequel ils se trouvaient au moment de la conclusion du contrat de gérance ; que cette obligation n'implique pas toutefois celle de rendre un fonds ayant nécessairement la même valeur marchande qu'en début de contrat que le contrat doit être précis sur les conditions de la restitution du fonds, du matériel et des marchandises, ainsi que d'éventuelles modalités d'indemnisation en cas de perte ou de dépréciation ; que tel n'est pas le cas du contrat de gérance signé le 4 janvier 1988 entre M. Henri Marcel A... et la SARL EDACA qui précise simplement qu'à l'expiration du contrat, M. Henri Marcel A... reprendra les produits et marchandises restant dans les mêmes conditions d'inventaire estimatif dressé par les deux parties ; que cet inventaire s'il a été véritablement établi, n'est pas communiqué à la cou ; que dans son codicille M. Henri Marcel A... affirme ne pas avoir obtenu restitution du fonds, du matériel et des marchandises ; que Mmes Joseline A... et Josette B... ne peuvent rapporter une preuve négative ; que

M. Henry Vincent A... doit donc démontrer qu'il a, en sa qualité de gérant de la SARL EDACA qui s'est substituée à lui, effectivement procédé à ces restitutions, la cour estimant tout comme le premier juge que l'interposition de cette société EDECA ne fait pas obstacle au rapport éventuel à la succession de la donation du fonds ; qu'il entend rapporter la preuve par la production de sa propre attestation datée du 6 octobre 1991 et remise à son père Henri Marcel Amoux, lequel l'a déposée entre les mains de l'expert Auvergne désigné pour procéder à l'estimation des biens des époux Amoux/Mailhac dans le cadre de la liquidation de leur régime matrimonial consécutif à leur divorce, que le 1er janvier 1985 les produits et marchandises du fonds étaient inexistantes de telle sorte que ce dernier n'a touché aucune indemnité pour ce soi-disant stock lors de la signature du contrat de location gérance ; que la cour admet que M. Henri Marcel A... ne peut modifier la teneur de ce stock de marchandises à son gré pour le rendre quasi-inexistant dans le cadre de la procédure de liquidation de son régime matrimonial – l'expert n'a pris en considération au titre des ressources de l'époux que les seules redevances de location-gérance – et d'un niveau relativement important lorsqu'il entend procéder au partage de ses biens ; que l'extrait de la situation comptable de l'entreprise de débroussaillage de M. Henri A... au 31 décembre 1984 ne renseigne pas la case stock final ; que cette pièce extraite du bilan ne permet pas à la cour de faire une juste appréciation de la véritable situation de l'exploitation personnelle de M. Henri Marcel A... au 31 décembre 1984 ; qu'il est annexé au contrat de location gérance du 4 janvier 1988 un état du mobilier et du matériel garnissant le fonds exploité par M. Henri Marcel A... ; que ce matériel n'est pas évalué ; qu'aucune pièce ne permet de déterminer sa date d'acquisition, son prix d'achat et son état au 31 décembre 1984 ; que l'appelant prétend avoir restitué tant le fonds que le matériel vétuste ou obsolète à son père à la fin de la location-gérance dénoncée par la SARL EDECA par lettre recommandée avec avis de réception du 29 septembre 1991 ; qu'à cette dernière date, M. Henri Marcel A... a 71 ans et ne reprendra pas l'exploitation de son fonds bien que demeurant inscrit au registre du commerce et des sociétés ; que la communication de la seule liste d'évaluation du matériel restitué correspondant à celle du matériel annexée à l'acte de location vente de 1988 ne peut faire preuve de cette restitution ; que M. Henry Vincent A... ne rapporte pas la preuve de la restitution du fonds, de sa perte ou de sa dépréciation que celui-ci s'est fondu dans le fonds exploité par la SARL EDECA, personne interposée à M. Henry Vincent A... ; que l'élément matériel de la donation indirecte est donc établi et l'intention de gratifier de M. Henri Marcel A... révélée par le codicille de 2004 ; que c'est donc à juste titre que le premier juge a retenu une donation indirecte au profit de M. Henry Vincent A... de la part de son père pour un montant évalué, en fonction des chiffres d'affaires déclarés, à la somme de 75 000 €, éléments corporels et incorporels compris, écartant le rapport non contradictoire réalisé par Fiduciel Expertise dès lors que les chiffres disponibles ne portent que sur les années 1979 à

1984 et que l'expert judiciaire a valablement appliqué le pourcentage de valorisation pour aboutir à la valeur 1991 recherchée » (arrêt, p. 9-12) ;

ET AUX MOTIFS ÉVENTUELLEMENT ADOPTÉS QUE « Madame A... soutient qu'une donation indirecte a été faite par l'abandon du fonds de commerce appartenant au défunt, donné en location gérance le 4 janvier 1988 à la société EDECA constituée par son fils, sans contrepartie ; que Monsieur Henry A... fait valoir que le matériel a été acheté par la SARL EDACA pour une somme de 252 000 francs et qu'il n'y a jamais eu de stock. ; que Monsieur Henri A... a créé un fonds de commerce de débroussaillage et s'est immatriculé à ce titre au registre du commerce et des sociétés de Tarascon, le 5 juillet 1960. Le fonds a ensuite été donné en location gérance à Monsieur Henry A... par acte sous seing privé du 1^{er} janvier 1985, que cette location-gérance a été résiliée le 21 décembre 1987 et le fonds a été donné en location-gérance à la société EDACA représentée par son gérant Henry A... ; que la deuxième location-gérance a été résiliée à son tour à effet du 31 décembre 1991 ; que dans le codicille, Monsieur Henri A... indique en parlant de son fils « ma réglé la gérance du 1er janvier 1985 au décembre 1991. Il ne m'a jamais restitué ou remboursé le matériel, ni le fond de commerce et le stock, valeur estimé en 1985 matériel 291 000 00 NF deux cent quatre vingt onze mille, stock 250 000 00 NF deux cent cinquante mille, commerce 500 000 00 NF cinq cent mille NF » ; que l'interposition d'une société EDACA dont le gérant est Monsieur Henry A... ne fait pas obstacle au rapport à la succession de la donation du fonds de commerce, du stock et du matériel ; que si Monsieur Henry A... ou la société EDACA justifie d'achat de matériel postérieurement à la location gérance consentie en 1985, il n'en demeure pas moins que Monsieur Henri A... ne justifie pas du paiement du fonds de commerce qui comportait stock et matériel ; qu'il convient par conséquent de retenir une donation indirecte au profit de Monsieur Henry A... de la part de son père pour un montant évalué, en fonction des chiffres d'affaires déclarés, à la somme de 75 000 €, éléments corporels et incorporels compris ; que le rapport non contradictoire réalisé par Fiduciel Expertise ne sera pas retenu alors que les chiffres disponibles ne portent que sur les années 1979 à 1984 et que l'expert judiciaire a valablement appliqué le pourcentage de valorisation pour aboutir à la valeur 1991 recherchée » ;

1° ALORS QU' il appartient à celui qui sollicite le rapport à la succession d'une libéralité consentie par le de cujus de faire la preuve de cette libéralité ; qu'à ce titre, il lui incombe d'établir l'existence d'un dépouillement irrévocable de l'auteur réalisé dans l'intention de gratifier le cohéritier ; qu'en l'espèce, Mmes Joseline et Josette A... invoquaient contre M. Henry A... l'existence d'une libéralité rapportable consistant en une donation indirecte à son profit du fonds de commerce donné en location-gérance à sa société EDECA ; qu'en déduisant l'élément matériel de la donation de ce que M. Henry A... ne rapportait pas la preuve de la restitution des éléments

composant le fonds de commerce, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve, en violation de l'article 1315 du Code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce, ensemble les articles 843 et 894 du même Code ;

2° ALORS QUE l'héritier ne doit le rapport à la succession que des libéralités qui lui ont été personnellement consenties par le de cujus ; qu'en obligeant en l'espèce M. Henry A... à rapporter à la succession la valeur du fonds de commerce que son père avait donné en location-gérance à la société EDECA, les juges du fond ont violé les articles 843 et 857 du Code civil ;

3° ALORS QU' en cas de donation faite par le de cujus au profit de la société dans laquelle son héritier se trouve associé, le rapport dû à la succession correspond à la plus-value que cette donation a procuré aux titres de capital détenus par l'héritier ; qu'en obligeant en l'espèce M. Henry A... à rapporter à la succession la valeur totale du fonds de commerce qui avait été donné en location-gérance à la société EDECA, les juges du fond ont encore violé les articles 843 et 857 du Code civil.