

Date : collaboration et cohabitation, l'affirmation définitive de la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 2010, n° 08-20.729, publié au Bulletin, AJ famille 2010, p. 276, obs. S. David )

Jean Hauser, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ; Directeur du CERFAP

La réponse était déjà contenue dans un arrêt du 17 décembre 2008 (RTD. civ. 2009. 103 ) mais son importance justifie sa réitération dans un arrêt de cassation, à l'occasion d'un divorce pour acceptation du principe de la rupture du mariage, sous l'empire de la loi nouvelle et la mise sur le site de la Cour : « lorsqu'il est prononcé pour acceptation du principe de la rupture du mariage, le jugement de divorce prend effet dans les rapports entre époux, en ce qui concerne leurs biens, à la date de l'ordonnance de non-conciliation ; qu'à la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer ; que la cessation de la cohabitation fait présumer la cessation de la collaboration ; que si les conditions du report sont remplies, le juge ne peut le refuser que par une décision motivée ».

L'enjeu, en l'espèce, comme souvent en pareil cas, n'était pas négligeable. Les époux s'étaient mariés le 16 octobre 1972, sans contrat. L'épouse avait commencé par demander le divorce pour faute. Une ONC du 13 juillet 2001 les avaient autorisés à résider séparément. Un arrêt du 30 septembre 2004 les avait déboutés tous deux de leurs demandes en divorce. L'époux a alors introduit une nouvelle demande sur le fondement de l'article 233 soit le divorce accepté. Une nouvelle ONC du 7 octobre 2005 a constaté que les époux vivaient séparément et attribué la jouissance du domicile à titre onéreux à l'épouse. Le divorce a été prononcé le 25 mai 2007.

Le mari avait demandé le report de la date des effets du divorce au 13 juillet 2001, date de la première ONC autorisant la résidence séparée, soit près de six ans avant la décision de divorce. Sans contester que les époux n'avaient pas repris leur cohabitation, la cour d'appel avait toutefois refusé le report en notant que la cessation de la collaboration n'était pas démontrée « alors que l'épouse qui demeurait au domicile conjugal avait encore des enfants à charge ». La cassation est encourue pour avoir inversé la charge de la preuve.

On mesure bien la confusion de l'arrêt d'appel. Deux raisons différentes peuvent s'opposer au report, une raison personnelle si la cohabitation continue ce qui implique que le régime matrimonial soit maintenu compte tenu de l'imbrication des intérêts que produit la communauté de vie, une raison plus patrimoniale qui conduit à la même conséquence. Cette dernière raison est, on le sait, celle qui est le plus souvent plaidée tant il est difficile de savoir exactement quelle signification peuvent avoir ces collaborations patrimoniales (V. nos obs. préc.) diverses. Mais, dans tous les cas, la cour ne pouvait se fourvoyer jusqu'à admettre que le fait que l'épouse soit restée dans le logement et qu'elle s'occupe des enfants valait collaboration : ce n'est pas de cette collaboration là dont il s'agit dans l'article 262-1 et, au demeurant, pour s'occuper des enfants il n'est point besoin d'un régime matrimonial puisque l'obligation dépend du régime primaire impératif, lequel rappelons-le, continue dans tous les cas jusqu'au jugement définitif.

Pour couper court à des contentieux souvent inutiles, la Cour de cassation a donc décidé de jouer sur la charge de la preuve : le centre du critère c'est la fin de la cohabitation et la preuve, souvent facile, incombera à celui qui demande le report. Une fois cette preuve apportée, la fin de la collaboration est présumée et c'est à celui qui refuse à prouver le contraire. La question, sur ce point, n'est pas différente selon que l'on se place avant ou après la réforme cette dernière n'ayant fait qu'abroger la référence aux torts du divorce et imposer que la demande soit présentée à l'occasion de la procédure elle-même et non après.

L'intérêt pratique apparaît quand on rapproche les deux dates : sans report la communauté avait cessé de fonctionner le 7 octobre 2005, avec report elle a cessé de fonctionner le 1<sup>er</sup> septembre 2001. Si le mari a eu quelques gains et salaires intéressants pendant cette période ou acquis quelques biens consistants, la différence n'est pas mince même si, insistons une dernière fois, il était tout de même tenu de participer aux charges du ménage et, bien entendu, à l'entretien des enfants.

Il ne sera pas inutile de réfléchir au raisonnement par rapport à l'analyse du mariage. De plus en plus ce n'est pas le titre qui fait le mariage mais la communauté de vie. Hors celle-ci ce n'est plus qu'un mariage en service minimum, en veilleuse. La preuve de cette réduction une fois apportée, c'est à l'autre de prouver le contraire, signe de la primauté du fait sur le titre. Pour autant la communauté de vie reste présumée, mais dans le Pacs sans doute aussi ?

**Mots clés :**

DIVORCE \* Divorce sur demande acceptée \* Date d'effet \* Ordonnance de non-conciliation