

Recueil Dalloz 2009 p. 1758

Adultère : recevabilité de la preuve par SMS

Arrêt rendu par Cour de cassation, 1re civ.

17 juin 2009

n° 07-21.796 (n° 692 FS-P+B+R+I)

Sommaire :

En matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens. Le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude.

Un jugement a prononcé à leurs torts partagés le divorce des époux Y. - X., mariés en 1995. Devant la cour d'appel, Mme X. a produit, pour démontrer le grief d'adultère reproché à M. Y., des minimessages, dits « SMS », reçus sur le téléphone portable professionnel de son conjoint, dont la teneur était rapportée dans un procès-verbal dressé à sa demande par un huissier de justice.

Pour débouter Mme X. de sa demande reconventionnelle et prononcer le divorce à ses torts exclusifs, une cour d'appel avait énoncé que les courriers électroniques adressés par le biais de téléphone portable sous la forme de courts messages relèvent de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constitue une atteinte grave à l'intimité de la personne.

En statuant ainsi, sans constater que les minimessages avaient été obtenus par violence ou fraude, la cour d'appel a violé les articles 259 et 259-1 du code civil (1).

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Lyon 2e ch. civ. B 20 mars 2007 (Cassation)

**Texte(s) appliqué(s) :**

Code civil - art. 259 - art. 259-1

**Mots clés :**

DIVORCE \* Procédure \* Preuve \* Mode de preuve \* Violence \* Fraude \* SMS

(1) L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 17 juin 2009 démontre une nouvelle fois que la recevabilité de la preuve dans le divorce navigue entre deux écueils. D'une part, l'époux doit prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention. D'autre part, il convient de respecter la vie privée de l'autre conjoint. Cette dernière exigence paraît quelquefois altérée en matière de divorce, au point que l'on évoque parfois l'essor d'un véritable droit à la preuve (sur l'ensemble de la question, V. G. Vial, La preuve en droit extrapatrimonial de la famille, Dalloz, 2008, préf. P. Murat, not. n° 25 s.). Le présent arrêt ne dément pas ce constat.

La jurisprudence a régulièrement l'occasion de passer en revue les différents modes de preuve utilisés par les époux. Outre les traditionnelles lettres missives, la jurisprudence s'est penchée sur la fameuse production du journal intime du conjoint ou s'est encore intéressée aux courriers électroniques.

Cette fois-ci, c'est la technique des minimessages, dits « SMS », qui se trouvait au coeur du débat.

Un jugement prononce le divorce d'un couple aux torts partagés. En appel, une épouse produit des SMS reçus sur le téléphone portable professionnel de son mari, pour démontrer le prétendu adultère de ce dernier. La teneur des messages est rapportée dans un procès-verbal d'huissier dressé à la demande de l'épouse. L'arrêt d'appel prononce cependant le divorce aux torts exclusifs de l'épouse, en décidant que ces messages relèvent de la confidentialité et du secret des correspondances et que la lecture de ces courriers à l'insu de leur destinataire constitue une atteinte grave à l'intimité de la personne. Pour évincer les SMS, les conseillers d'appel se référaient ainsi au régime de droit commun applicable aux lettres missives. Pour que la production d'une lettre soit recevable, le consentement du destinataire est nécessaire. Il en va du principe d'inviolabilité des correspondances. En matière de divorce, toutefois, ce principe connaît une certaine altération (V. déjà Civ. 13 juill. 1897, S. 1898. I. 220).

Cet arrêt d'appel est cassé par la première chambre civile au visa des articles 259 et 259-1 du code civil. La haute juridiction rappelle qu'en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens. L'affirmation, contenue dans l'article 259 du code civil, est classique. Elle n'est en rien surprenante puisque les éléments invoqués comme cause de divorce sont des faits juridiques soumis au principe de liberté de la preuve.

Une telle liberté ne chasse cependant pas l'exigence de loyauté. Ainsi, la première chambre civile souligne que le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou par fraude. Si l'arrêt d'appel est cassé, c'est précisément pour ne pas avoir constaté que les minimessages avaient été obtenus par violence ou fraude.

Les juges du fond doivent donc caractériser le respect d'une loyauté probatoire. Cette exigence est parfaitement conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 259-1 du code civil.

Dans cet arrêt, le sort procédural réservé au SMS est semblable à celui déjà dégagé pour d'autres modes de preuve.

Ainsi, la Cour de cassation a pu décider que le juge ne peut, pour écarter des débats des lettres adressées par un époux à un tiers ainsi que son journal intime, énoncer simplement que leur production porte atteinte à la vie privée de cet époux. Encore faut-il constater que le conjoint s'est procuré ces courriers par fraude ou violence (Civ. 2e, 29 janv. 1997, D. 1997. Jur. 296, note Bénabent ; Dr. fam. 1997. comm. 85, obs. Lécuyer).

Dans un ordre d'idées voisin, la Cour de cassation a admis qu'une série de courriels et un rapport d'enquête privé aient pu être valablement produits, en l'absence de preuve de violence ou de fraude (Civ. 1re, 18 mai 2005, AJ fam. 2005. 403, obs. David ; CCE 2005. comm. 192, obs. Lepage ; Dr. fam. 2005. comm. 185, note Larribau-Terneyre).

Progressivement, le champ du régime juridique de la production des lettres missives s'étend (V. Vial, préc., n° 112 s.). Après le journal intime et le courriel, voici que le SMS, même expédié sur un téléphone professionnel, peut être produit dans l'instance en divorce, à condition qu'il n'ait pas été obtenu par violence ou fraude.

Plus largement encore, cet arrêt démontre que ces fameux minimessages ont désormais pleinement intégré le paysage probatoire. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a pu juger récemment qu'à la différence de l'enregistrement secret d'une conversation téléphonique, la production d'un SMS par son destinataire n'est pas un mode de preuve déloyal puisque l'auteur ne peut ignorer que ce type de message est enregistré par l'appareil récepteur (Soc. 23 mai 2007, D. 2007. AJ. 1598, obs. Fabre ; D. 2008. Jur. 2284, note Castets-Renard ; RTD civ. 2007. 637, obs. Perrot, et 776, obs. Fages ; JCP 2007. II. 10140, note Weiller).

V. Egéa

