

La recherche de la preuve et les mesures d'investigation dans la séparation et le divorce (première partie)



Par Guillaume Barbe
Avocat au Barreau de Paris,
Cabinet d'avocats Cadiou-Barbe



Julie Pierrot-Blondeau
Avocat au Barreau de Paris,
BWG Associés



**et Arnaud de Montalembert
d'Essé**
Huissier de justice à Paris

RJPF 2017-10/5

• Administration de la preuve • Divorce • Mode de preuve • Séparation

La recherche de la preuve reste incontournable dans les séparations familiales et les divorces, au titre des instances judiciaires d'une part mais aussi d'autre part dans le déploiement des techniques alternatives de règlement des conflits nécessitant toujours de présenter des dossiers fondés sur des éléments objectifs et des demandes étayées.

Les parties et leurs Conseils sont ainsi continuellement confrontés ensemble à la question de l'articulation de la recherche de la preuve.

La preuve est essentielle dans tout procès dont elle détermine le plus souvent l'issue et son administration oblige au respect de règles incontournables. Ainsi, en droit de la famille, et surtout en matière de séparation et de divorce à laquelle nous circonscrivons notre étude, la question de la preuve revêt une coloration particulière et délicate dans la mesure où les faits à prouver relèvent par nature de l'intimité du couple et de la famille. Les intérêts des parties sont souvent mêlés, et les époux très investis émotionnellement, l'administration de la preuve pouvant être l'occasion de conflits supplémentaires.

Deux étapes doivent être distinguées dans le processus de recherche de la preuve. En premier lieu, les parties peuvent être amenées à rassembler des éléments de preuve en prévision d'une procédure pour en mesurer le sérieux, ou afin d'étayer une demande d'assignation à jour fixe par exemple, et par conséquent de justifier l'urgence d'une situation. En second lieu, les parties recherchent également des éléments

de preuve au fur et à mesure de la procédure afin de compléter leur dossier et, une fois la procédure engagée et le juge saisi, elles peuvent solliciter des mesures conservatoires ou des mesures d'instruction complémentaires que seul le juge pourra ordonner.

En outre, ces dernières années, de nouvelles problématiques se sont posées au regard du développement des technologies (enregistrements, traceurs GPS, mouchards informatiques, etc.) et de la diversification des moyens de communication (réseaux sociaux, smartphones, profils en ligne, etc.). Or, si l'accès aux preuves est en apparence facilité, la fiabilité de ces nouveaux supports de preuve d'une part et la manière dont ils sont utilisés d'autre part soulèvent des interrogations.

En effet, ces nouvelles sources de preuves doivent être exploitées en conformité avec les principes qui régissent le droit de la preuve, notamment aux articles 259 à 259-3 du Code civil dans un chapitre relatif aux procédures de divorce, et qu'il paraît

pertinent d'appliquer, par analogie, à toute procédure de séparation contentieuse.

Or, si le principe en la matière est celui de la liberté de la preuve⁽¹⁾, cette liberté est limitée par le respect d'une obligation de loyauté, strictement appréciée par la jurisprudence, qui interdit la production aux débats d'éléments de preuve qui auraient été obtenus par fraude ou par violence (I). Le juge sera également amené à évaluer la valeur probante des éléments versés aux débats, et il vérifiera la recevabilité et la traçabilité du support de la preuve (II).

Il peut être intéressant d'envisager à ce titre les moyens de preuve efficaces et envisageables dans le divorce ou la séparation, ainsi que la manière de les utiliser

(1) C. civ., art. 259 : « Les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme défenses à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu ».

afin que, versés aux débats, ils soient de nature à emporter la conviction du juge.

I - LA RECHERCHE DE LA PREUVE PAR LES PARTIES

A – L'appréciation de la loyauté

Le principe de liberté de la preuve doit se conjuguer avec le principe de loyauté, défini à l'article 259-1 du Code civil, qui interdit de produire un élément de preuve obtenu par violence ou par fraude.

Il nous a semblé opportun d'examiner l'appréciation de cette règle par la doctrine et la jurisprudence selon les moyens de preuve couramment utilisés.

Les correspondances

Le principe de l'inviolabilité et du secret des correspondances ne s'applique pas en matière de divorce : les échanges entre époux, ou entre un époux et un tiers, peuvent être produits aux débats⁽²⁾. Cette jurisprudence s'applique à tout type de correspondance, y inclus les SMS ou les courriers électroniques par exemple.

Cette liberté de production des échanges doit néanmoins se conjuguer avec le respect du principe de loyauté de la preuve.

Il convient de rappeler à ce titre que la fraude ne se présume pas⁽³⁾. Par conséquent, l'obtention d'un document est réputée loyale dès lors que celui-ci est librement accessible, au domicile conjugal par exemple. Il en serait ainsi du courrier trouvé par un époux en fouillant la poche d'un vêtement de son conjoint, ou du document récupéré dans une corbeille. En revanche, un époux ne peut produire un courrier adressé par erreur à son conjoint qui ne réside plus au domicile conjugal. L'interception d'un tel courrier serait jugée frauduleuse.

La primauté du principe de liberté de la preuve sur celui du secret des correspondances a été validée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au regard de l'article 8 de

la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour a effectivement considéré que l'ingérence que constitue la production d'une correspondance n'est pas, sauf entrée en possession irrégulière de ladite correspondance, disproportionnée par rapport au but poursuivi⁽⁴⁾.

Les courriers électroniques

La seule limite à l'utilisation des emails réside dans la manière dont ils ont été obtenus. Ce sont les conditions d'accès à l'ordinateur sur lequel ils auront été récupérés qui détermineront s'il y a fraude ou non.

Ainsi, l'épouse peut régulièrement produire des éléments trouvés sur l'ordinateur de son époux laissé dans le domicile conjugal qu'il avait quitté et notamment des éléments extraits de sa messagerie électronique personnelle non protégée par un mot de passe⁽⁵⁾. Dans le même sens, le fait de profiter de l'opportunité de pouvoir accéder à la messagerie de son épouse après le départ de celle-ci du domicile conjugal, intervenu dans une apparence d'accord, ne constitue qu'une indéclicatesse et non une fraude⁽⁶⁾.

À l'inverse, la jurisprudence considère que les emails transférés par l'époux de la messagerie de son épouse sur sa propre messagerie, après l'ordonnance de non-conciliation qui attribuait la jouissance du domicile conjugal à l'épouse, ont été obtenus frauduleusement : « *L'obtention de ces pièces est donc manifestement frauduleuse, Marion Z n'ayant pas volontairement laissé accès à sa boîte de messagerie à son conjoint qui n'était plus autorisé à résider au domicile conjugal*⁽⁷⁾ ».

Les communications téléphoniques, SMS et messages vocaux

Des messages écrits téléphoniques et des messages vocaux peuvent être versés au débat à titre de preuve.

La Cour de cassation a en effet admis la preuve faite au moyen de messages vocaux ou de SMS au motif que l'auteur

ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur⁽⁸⁾. Ce procédé de preuve est donc tout à fait loyal⁽⁹⁾.

Ce raisonnement s'applique aux communications téléphoniques, dont la transcription peut être valablement produite seulement si l'interlocuteur a été informé au préalable de l'enregistrement des échanges.

Si l'enregistrement était effectué à l'insu de l'une des parties, il serait bien évidemment irrecevable car obtenu frauduleusement. *A fortiori*, il a été jugé que l'huissier de justice dont il avait été demandé la transcription d'un enregistrement sur procès-verbal serait responsable pénalement d'avoir donné son assistance à ce type d'écoute illégale⁽¹⁰⁾.

Enfin, les SMS, messages vocaux ou communications téléphoniques sont recevables, qu'ils aient été récupérés sur le téléphone personnel ou professionnel du conjoint. C'est uniquement la façon dont la partie s'est procurée ce mode de preuve qui peut commander que ce dernier soit écarté des débats au regard du principe de loyauté⁽¹¹⁾.

L'ordinateur

L'ordinateur offre de nouveaux moyens d'investigation et est devenu aujourd'hui une source de preuves incontournable.

Au-delà des seuls courriers électroniques sus-évoqués, l'analyse d'un disque dur par un expert peut constituer une source de renseignements intéressante. Il est ici possible de faire appel à un expert à titre privé et unilatéral, la question étant à nouveau celle de la qualité de l'accès audit ordinateur.

En outre, l'ordinateur permet d'accéder à de nombreuses et précieuses informations grâce au développement des réseaux sociaux, à la multiplication des comptes en ligne et de l'enregistrement de données personnelles.

Il est désormais acquis en jurisprudence que les parties peuvent rechercher sur les réseaux sociaux ou des comptes en ligne des éléments de preuve en matière de

(2) Cass. civ., 13 juill. 1897, S, 1898, I, 220 ; Cass. 2^e civ., 29 janv. 1997, n° 95-15.255 ; concernant la production de courriers échangés entre l'épouse et un tiers : Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 04-13.745, Bull. civ. I, n° 213, RJPJF 2005-9/21.

(3) La preuve ne peut se déduire de l'absence de remise volontaire par le conjoint, TGI Versailles, 18 déc. 2000, Dr. famille 2001, comm. n° 57, note Lécuyer H.

(4) CEDH, 13 mai 2008, aff. 65097/01, N.N et T.A. c/ Belgique.

(5) CA Aix-en-Provence, 6 mai 2010, n° RG : 2010/0364 ; CA Toulouse, 1^{re} ch., 2^e sect., 7 nov. 2006, n° RG : 05/04263.

(6) CA Paris, 17 nov. 2016, n° RG : 14/14482, RJPJF 2017-1/29.

(7) CA Lyon, 21 mars 2010, n° RG : 10/01789.

(8) Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209, Bull. civ. V, n° 85.

(9) Cass. 1^{re} civ., 11 mai 2016, n° 15-16.410.

(10) Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2011, n° 10-21.822, Bull. civ. I, n° 161.

(11) Cass. 1^{re} civ., 17 juin 2009, n° 07-21.796, Bull. civ. I, n° 132, RJPJF 2009-9/18, note Mulon E.

divorce ou de séparation, toujours dans le respect de l'obligation de loyauté⁽¹²⁾.

Il s'agit par exemple de la preuve d'une relation adultère, démontrée par des échanges de courriels ou par des réservations de voyages par exemple (comptes SNCF ou *Flying Blue*), d'un niveau de vie par les relevés de compte bancaire accessibles, relevés de cartes de fidélité, messages de remerciement...

Les preuves sont régulièrement obtenues dès lors que l'accès à l'ordinateur et aux divers comptes en ligne est libre. C'est le cas en l'absence de mot de passe, ou lorsque celui-ci est connu ou préenregistré.

De même, la production d'éléments de preuves récupérés sur le compte *Facebook* du conjoint est loyale dès lors que son contenu était librement accessible, soit en tant qu'ami, soit par le biais d'un ami du conjoint⁽¹³⁾.

Les preuves obtenues grâce au piratage d'une messagerie seront évidemment irrecevables⁽¹⁴⁾.

Outre les déclarations ou les photos publiées sur les réseaux sociaux, la preuve de l'inscription sur un site de rencontres peut également justifier la faute d'un époux. En effet, lorsqu'il est « *produit des éléments démontrant que l'époux s'est inscrit sur un site de rencontres depuis une certaine période, qu'il entretient des correspondances intimes, envoie des photos compromettantes et recherche manifestement des aventures extraconjugales* », le juge peut reconnaître dans ces comportements une faute qui justifie le prononcé du divorce⁽¹⁵⁾.

Il convient de préciser que, contrairement à la règle prévalant pour les téléphones portables, les preuves recueil-

lies sur un ordinateur professionnel ne peuvent pas être produites loyalement, la jurisprudence précisant que les preuves recueillies sont recevables dès lors que l'ordinateur consulté était l'ordinateur familial, librement accessible⁽¹⁶⁾.

Les images

Les photographies et les vidéos peuvent être utiles pour illustrer par exemple l'attachement de l'enfant à l'un de ses parents⁽¹⁷⁾, ou l'épanouissement de l'enfant en sa compagnie⁽¹⁸⁾.

La production aux débats de photographies ou de vidéos du conjoint est *a priori* recevable si les images ont été prises dans un lieu public.

La limite à leur production réside non seulement dans le respect de l'obligation de loyauté, mais également dans le respect de la vie privée et de la dignité humaine. Ainsi, une cassette vidéo versée aux débats par une épouse qui tentait d'établir les relations extraconjugales de son conjoint avait été jugée irrecevable dans la mesure où elle portait atteinte à l'intimité de la vie privée et à la dignité humaine⁽¹⁹⁾.

Le journal intime

La recevabilité de la production en justice du journal intime d'un des deux époux est discutée.

Si la Cour de cassation l'a admise, dès lors que le document n'a pas été obtenu par fraude ou violence⁽²⁰⁾, elle n'est pas

toujours suivie par les juges du fond. Ces derniers ont tendance à considérer qu'un tel document a nécessairement été subtilisé et donc obtenu par fraude, justifiant qu'il soit écarté des débats⁽²¹⁾. Ce raisonnement conduit ainsi à une inversion de la charge de la preuve, en faisant peser une présomption d'irrégularité sur la production d'un journal intime⁽²²⁾.

Par ailleurs, les juges du fond ont de plus en plus tendance à considérer que les journaux intimes sont dénués de portée. Ainsi, la cour d'appel de Toulouse a estimé dans un arrêt du 26 avril 1999 que « *la production par la mère du journal intime du père ne prouve pas le caractère violent du père dès lors que la transcription des sentiments de l'auteur en fonction de son état du moment ne correspond pas nécessairement à son comportement habituel* »⁽²³⁾.

Les pièces médicales

La production des pièces médicales relatives à la santé du conjoint (attestation d'un médecin, ordonnance, feuille de soins, comptes rendus d'hospitalisation, extrait d'un carnet de santé, etc.) pose question eu égard à leur caractère personnel et intime. Quand bien même ces documents n'auraient pas été obtenus par fraude, la production de ce type de preuve n'est pas toujours admise. Tout en réalité est question de proportion, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui tolère des atteintes à la vie privée en matière de preuve, dans le divorce dans la mesure où elles ne sont pas disproportionnées par rapport au but poursuivi.

Ainsi, la Cour européenne a jugé que la production par une épouse du compte rendu opératoire d'une opération subie par son conjoint afin de prouver son alcoolisme

(12) *CA Versailles*, 19 janv. 2012, n° RG : 11/00727 ; *CA Montpellier*, 10 oct. 2012, n° RG : 11/04810.

(13) *CA Paris*, 18 juin 2009, n° RG : 08/13289.

(14) *Le mari, à l'appui de ses allégations d'infidélité, produisait aux débats des pages Facebook retraçant des conversations de son épouse et diverses personnes. L'épouse alléguait que sa messagerie avait été piratée et produisait des attestations confirmant ce piratage. La cour a considéré que « l'ensemble de ces éléments jette donc sur les pièces produites par M. B à l'appui de son grief d'adultère une suspicion de fraude qui fera qu'elles seront écartées des débats », *CA Douai*, 14 mars 2013, n° RG : 12/02493.*

(15) *CA Lyon*, 7 févr. 2011, n° RG : 09/06238.

(16) « *Dès lors que l'ordinateur consulté est l'ordinateur familial, accessible par l'un ou l'autre des époux, sans code d'accès verrouillé* », le juge considère que les preuves recueillies par un époux sont recevables, à moins que l'autre ne démontre qu'un moyen frauduleux a été utilisé pour consulter les messages, *CA Lyon*, 2^e ch., 7 févr. 2011, n° RG : 09/06238.

(17) *CA Aix-en-Provence*, 19 mars 2004, *Juris-Data* n° 2004-248489.

(18) *CA Douai*, 21 nov. 2002, *Juris-Data* n° 2002-210208.

(19) *Cass. 2^e civ.*, 12 oct. 2000, n° 98-17.217, « *La production de la cassette vidéo en cause ne constitue pas un moyen de preuve recevable dans la mesure où elle porte atteinte à l'intimité de la vie privée et à la dignité humaine* ».

(20) *Cass. 2^e civ.*, 29 janv. 1997, n° 95-15.255, « *Le juge ne pouvait écarter des débats des lettres adressées par l'époux à des tiers, son journal intime et son carnet de bord, sans avoir vérifié que le mari s'était procuré ces documents par fraude ou violence* ».

(21) Voir toutefois en sens contraire, *CA Paris*, 21 févr. 2017, n° RG : 15/22965, *RJPF* 2017-5/26, la cour d'appel de Paris déclare la pièce recevable au motif, d'une part, que le mari ne rapporte pas la preuve de la fraude qu'il invoque et, d'autre part, qu'en raison de la nature familiale du litige, l'atteinte à la vie privée ne saurait justifier l'irrecevabilité de cette pièce.

(22) *CA Paris*, 9 sept. 1999, « *Doit être écarté des débats le journal intime de l'un des époux, qui est par nature un document personnel et dont l'autre conjoint n'a pu avoir connaissance que de manière déloyale* ».

(23) *CA Toulouse*, 26 avr. 1999, *Juris-Data* n° 1999-041953.

portait une atteinte disproportionnée au respect de sa vie privée⁽²⁴⁾.

Mais une épouse peut produire le certificat attestant que son mari avait été hospitalisé pour sevrage alcoolique, du moment qu'elle ne se l'était pas procuré de manière frauduleuse⁽²⁵⁾.

De même, la Cour de cassation a admis au titre de la preuve de l'adultère de l'épouse la production du résultat des analyses sanguines du fils de 14 ans démontrant l'incompatibilité de son groupe sanguin avec celui du père. Le juge aux affaires familiales avait d'abord refusé de prendre en considération cet élément de preuve qui remettait en cause une paternité qui ne pouvait plus être contestée juridiquement. Mais la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, a considéré que l'infidélité était un fait juridique qui pouvait se prouver par tout moyen, sans que cela n'ait pour conséquence la remise en cause du lien de filiation⁽²⁶⁾.

L'utilisation d'un dossier de procédure pénale

Il est possible d'utiliser les pièces d'un dossier pénal comme éléments de preuve dans une procédure familiale, dans le respect des règles afférentes au secret de l'instruction et au secret professionnel.

Ainsi, l'épouse partie civile dans une instance pénale contre son mari peut utiliser les pièces de l'instruction dans son procès civil si elle les a obtenues régulièrement, dans le respect des conditions posées par l'article 114-1 du Code de procédure pénale⁽²⁷⁾.

En revanche, il n'est pas possible d'utiliser le procès-verbal d'audition de l'enfant entendu par les services de police sur les agissements d'un parent à son égard, en vertu des dispositions des articles 259 du Code civil et 205 du Code de procédure civile prohibant le témoignage des descendants⁽²⁸⁾. Cette interdiction peut parfois être contournée

puisque le jugement rendu à l'issue de la procédure pénale peut être produit, même s'il rend compte du témoignage d'un enfant intervenu dans la procédure.

Il est en tout état de cause opportun de solliciter l'autorisation du parquet compétent afin d'obtenir une copie d'une procédure pénale aux fins de sa production dans une instance civile.

L'utilisation des informations obtenues directement auprès de l'administration fiscale (LPF, art. L. 111)

Dans le cadre de l'instance en divorce, mais aussi dans le cadre des actions post-divorce, il peut être utile, avant d'engager une nouvelle action, de pouvoir connaître le montant des revenus de son débiteur ou de son créancier d'aliments.

L'article L. 111 du Livre des procédures fiscales prévoit notamment que « *les créanciers et débiteurs d'aliments dont la qualité est reconnue par une décision de justice peuvent consulter les éléments des listes mentionnées au I (liste des personnes assujetties à l'impôt sur le revenu, ou à l'impôt sur les sociétés) afférents à l'imposition de leur débiteur ou créancier, selon le cas, quelle que soit la direction départementale des finances publiques dans le ressort de laquelle l'imposition du débiteur ou du créancier est établie* ».

Concrètement, il est donc possible pour toute personne justifiant d'une décision définitive lui reconnaissant ou fixant une créance d'aliments de solliciter auprès de l'administration fiscale les informations relatives au montant des revenus déclarés par son débiteur, et au montant de l'impôt réglé sur ces revenus.

Cela vaut notamment pour la pension alimentaire fixée par l'ordonnance de non-conciliation au titre du devoir de secours, la contribution à l'entretien ou l'éducation des enfants, ou encore le paiement de la prestation compensatoire...

B – La valeur probante des différents modes de preuve

Pour être convaincants et de nature à emporter la conviction du juge, les éléments produits à titre de preuve doivent respecter certaines conditions de fond ou de forme. Dans certains cas, il est parfois opportun de recourir à un tiers (huissier de justice, expert, etc.) dont la fonction ou la compétence reconnue pourra augmenter la force probante de la pièce versée aux débats.

L'aveu

L'aveu est expressément admis comme mode de preuve en matière de divorce par l'article 259 du Code civil.

La jurisprudence exige de l'auteur de l'aveu « *une manifestation non équivoque de sa volonté de reconnaître pour vrai un fait de nature à produire contre lui des manifestations juridiques* »⁽²⁹⁾.

La force probante de l'aveu judiciaire est subordonnée à certaines conditions : l'aveu doit avoir été obtenu par un magistrat compétent, et lors de l'instance dans le cadre de laquelle il est invoqué comme mode de preuve⁽³⁰⁾.

Par ailleurs, les déclarations et les aveux recueillis, soit au cours de la tentative de conciliation des époux, soit dans le cadre d'une médiation, ne pourront pas être utilisés dans la suite de la procédure, ni par un des époux, ni par un tiers, ni par le juge⁽³¹⁾. Cette règle permet de préserver la liberté des parties au stade de la conciliation et favoriser la possibilité pour les conjoints de trouver un terrain d'entente.

Les attestations

Ce mode de preuve est régi par l'article 202 du Code de procédure civile qui indique les mentions que doit contenir l'attestation, et exige notamment qu'elle soit écrite, datée et signée de la main de son auteur. Il convient de noter cependant que les exigences de cet article ne sont pas prévues à peine de nullité⁽³²⁾.

Les attestations doivent être rédigées dans le respect des dispositions de l'article 259 du Code civil qui fait interdiction aux descendants d'être entendus sur les griefs invoqués par les époux.

Cette prohibition est entendue largement par la jurisprudence et s'applique aux attestations rédigées par le concubin ou le conjoint du descendant, même divorcé⁽³³⁾.

(24) CEDH, 10 oct. 2006, aff. 7508/02, LLC / France.

(25) *L'épouse avait accompagné son mari lors de la visite au praticien ayant délivré le certificat. La production de ce dernier constitue un moyen de preuve recevable*, CA Aix-en-Provence, 27 févr. 2008, n° RG : 07/05212.

(26) Cass. 1^{re} civ., 28 févr. 2006, n° 04-12.736, Bull. civ. I, n° 113.

(27) CA Pau, 14 sept. 2009, n° RG : 08/01141.

(28) Cass. 2^e civ., 4 mai 2011, n° 10-30.706, Bull. civ. I, n° 71.

(29) Cass. 3^e civ., 4 mai 1976, n° 75-10.452, Bull. civ. III, n° 182 ; Cass. 2^e civ., 11 févr. 1998, n° 96-19.106, Bull. civ. II, n° 48.

(30) Cass. 2^e civ., 27 oct. 1971, n° 70-11.532, Bull. civ. II, n° 287 : *la déclaration faite à un gendarme en dehors de toute procédure n'est pas considérée comme un aveu judiciaire*.

(31) C. civ., art. 252-4 et CPC, art. 131-14.

(32) Cass. 1^{re} civ., 30 nov. 2004, n° 03-19.190, Bull. civ. I, n° 292, RJPJF 2005-7•8/35, obs. Garé Th.

(33) *Pour le conjoint* : Cass. 2^e civ., 18 nov. 1987, n° 86-16.286, Bull. civ. II,

De même, une attestation émanant de la mère de l'épouse et relatant des propos tenus par ses petits-enfants n'est pas recevable⁽³⁴⁾.

Enfin, dans l'hypothèse de la production d'une fausse attestation par la partie adverse, au lieu d'envisager le dépôt d'une plainte pénale pour dénoncer des faits de faux témoignage, il convient de privilégier l'établissement d'une attestation relatant des faits contraires et avérés permettant au juge d'écarter la pertinence des propos tenus.

Les témoignages

Parmi les modes de preuve admis, le témoignage, preuve par excellence, occupe une place privilégiée à côté de l'attestation.

Le juge pourra entendre les témoins du cercle familial, toujours dans la limite du respect des dispositions de l'article 259 du Code civil. Le témoignage de l'ami du fils de l'épouse doit être écarté comme contraire à la prohibition du témoignage des descendants⁽³⁵⁾.

L'article 373-2-12 du Code civil apporte également une limite aux témoignages recevables devant le juge aux affaires familiales en interdisant d'utiliser dans les débats sur la cause du divorce les éléments recueillis dans le cadre d'une enquête sociale.

Les constats d'huissier non judiciaires

Le constat est un acte par lequel l'huissier de justice certifie les constatations qu'il a faites, leur conférant ainsi, grâce à sa qualité d'officier ministériel, une valeur certaine. Le constat d'huissier de justice constitue ainsi un mode précieux d'administration de la preuve.

Le recours à un huissier peut être ainsi particulièrement utile pour faire constater les éléments de preuve recueillis sur internet, permettant ainsi de certifier leur origine, leur fiabilité, leur date.

Concernant les courriers électroniques, leur constatation par acte d'huissier les rendra

de façon certaine conformes aux exigences de l'article 1366 du Code civil, qui dispose que « *l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ».

De même, il peut être opportun de faire transcrire des messages écrits téléphoniques. Tout récemment, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a fondé sa décision sur la seule preuve constituée par la transcription d'un SMS. Cet arrêt a été rendu en matière prud'homale, où la question des preuves recueillies sur les moyens de communication (portable, ordinateur, smartphone, tablette) mis à la disposition du salarié par l'employeur fait l'objet d'une jurisprudence abondante, mais il est néanmoins aisément transposable en matière familiale⁽³⁶⁾.

De manière générale, la valeur probante des informations ainsi collectées et constatées par huissier de justice est garantie par le respect d'un formalisme complexe précis. Lorsqu'il dresse un constat d'informations obtenues sur internet, l'huissier doit suivre un certain nombre de règles techniques, détaillées dans la norme NF Z 67-147 sur le « *Mode opératoire de procès-verbal de constat sur internet effectué par huissier de justice* » qui a pris effet en septembre 2010.

Cependant, la portée de cette norme doit être nuancée dans la mesure où les juges du fond considèrent qu'elle n'a pas de caractère obligatoire et qu'elle constitue seulement un recueil de recommandations de bonnes pratiques⁽³⁷⁾. Dans un arrêt du 27 février 2013, la cour d'appel de Paris a confirmé le jugement qui refusait de s'appuyer sur ladite norme, en constatant que « *les huissiers de justice ont bien respecté les diligences préalables nécessaires et suffisantes à la validité et à la force probante* ».

d'un constat effectué sur internet ». La cour d'appel rappelle dans cet arrêt la liste de ces diligences habituellement requises par la jurisprudence⁽³⁸⁾.

Enfin, et en tout état de cause, les constats d'huissier dressés à la demande de l'une des parties doivent être réalisés dans le respect de la protection du domicile et de la vie privée, conformément aux dispositions de l'article 259-2 du Code civil. Un constat ne peut donc être dressé à la demande de l'un des époux que dans un lieu public ou dans un lieu dont il a lui-même la jouissance.

Les rapports d'enquête privée

Le rapport d'un détective privé constitue un mode de preuve recevable par principe⁽³⁹⁾, même s'il est arrivé que certains juges considèrent le contraire, en raison de la partialité de son auteur, rémunéré par la partie qui produit le rapport au débat, et de l'impossibilité de contrôler les conditions dans lesquelles il a été réalisé⁽⁴⁰⁾.

La valeur probante du rapport d'enquête privée est en tout état de cause soumise à l'appréciation souveraine du juge.

Le rapport fait foi tant qu'il respecte les critères d'objectivité, de proportionnalité et de légalité des moyens employés.

n° 230 ; Cass. 2^e civ., 30 sept. 1998, n° 96-21.110, Bull. civ. II, n° 250 ; même divorcé : Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2006, n° 05-14.686, Bull. civ. I, n° 71, RJPJF 2006-5/28 ; pour le concubin du descendant : Cass. 2^e civ., 10 mai 2001, n° 99-13.833, Bull. civ. II, n° 94.

(34) Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2004, n° 03-19.079, Bull. civ. I, n° 239, RJPJF 2005-2/30.

(35) Cass. 1^{re} civ., 31 mars 2010, n° 09-14.700, RJPJF 2010-6/21, obs. GaréTh. et Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2011, n° 10-30.706, Bull. civ. I, n° 79, RJPJF 2011-9/25.

(36) Récemment, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a qualifié l'attitude d'un salarié de faute grave justifiant son licenciement en se fondant uniquement sur le contenu d'un SMS envoyé par ce dernier à son employeur, CA Aix-en-Provence, 26 mai 2016, n° RG : 14/21011.

(37) CA Paris, 27 févr. 2013, n° RG : 11/11785 : la cour d'appel confirme le jugement de première instance qui a refusé de s'appuyer sur la norme Afnor pour se prononcer sur la validité de constats internet. Elle estime que « la norme Afnor NF Z 67-147 (...) n'a aucun caractère obligatoire et ne constitue qu'un recueil de recommandations de bonnes pratiques ; qu'ainsi les griefs fondés uniquement sur le non-respect de cette norme ne sont pas pertinents ».

(38) « Description du matériel ayant servi aux constatations, indication de l'adresse IP de l'ordinateur ayant servi aux opérations de constat, caches de l'ordinateur vidés préalablement à l'ensemble des constatations, désactivation de la connexion par proxy, suppression de l'ensemble des fichiers temporaires stockés sur l'ordinateur ainsi que l'ensemble des cookies et l'historique de navigation », CA Paris, 27 févr. 2013, n° RG : 11/11785.

(39) Cass. 2^e civ., 7 nov. 1962, n° 1020, Brunet c/ Garnier : arrêt de principe consacrant la recevabilité du rapport de détective. La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel qui se fondait sur les seules dépositions d'un détective ; Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 04-13.745, précité : confirme l'arrêt de la cour d'appel qui avait souverainement estimé que les relations injurieuses pour le mari entretenues par la femme avec un tiers étaient établies par des courriels et un rapport d'enquête privée.

(40) Un rapport de police privée ne peut constituer la preuve des faits qu'il relate : « Ses auteurs agissent en vertu d'un mandat salarié donné par l'époux qui le produit et dont les conditions d'exécution, inconnues du tribunal, ne lui permettent pas d'exercer son contrôle sur la force probante qui s'y attacherait », TGI Lyon, 10 oct. 1972, Gaz. Pal. 1972, 2, 880, note R. S.

Les investigations du détective sont bien évidemment limitées par le respect de la vie privée et l'interdiction de violation du domicile⁽⁴¹⁾. C'est la raison pour laquelle, lorsque les détectives interviennent pour prouver des faits d'adultère, ils évitent généralement de produire des photos et se contentent d'inscrire dans leur rapport qu'ils détiennent des photos probantes, qu'ils pourront produire à la demande du juge.

Les détectives privés peuvent également intervenir pour témoigner des conditions de vie des enfants, ou faire des recherches sur la consistance réelle du patrimoine d'un époux qui s'expatrie, ou qui achète un bien pendant la procédure de divorce, bien que les moyens d'action soient de plus en plus limités par la réglementation de la Cnil. Les détectives n'ont pas non plus accès au fichier FICOPA de la Banque de France.

Le recours au détective privé peut également être utile après le prononcé du divorce, afin de démontrer le niveau de vie de l'ex-conjoint, permettant éventuellement de solliciter une révision de la prestation compensatoire.

Avant de recourir à un détective privé, il est préférable de vérifier s'il est agréé.

En effet, la profession d'agent de recherche privée est réglementée depuis la loi du 18 mars 2003 qui impose une formation et prévoit la délivrance d'un agrément⁽⁴²⁾.

Les agents sont également soumis au décret relatif au code de déontologie des personnes physiques ou morales exerçant des activités privées de sécurité⁽⁴³⁾. Ils doivent respecter plusieurs principes, dont ceux de dignité, honneur, respect, loyauté et, notamment, l'interdiction de se prévaloir de l'autorité publique. Les détectives doivent éviter d'engendrer toute confusion avec les services de police.

La Chambre professionnelle des détectives peut être contactée et notamment permettre

de bénéficier de l'affiliation avec des agents étrangers de son réseau, par le biais du Conseil européen des détectives. Cela peut être utile pour des recherches concernant par exemple des investigations patrimoniales sur des mouvements de capitaux à l'étranger. Le client peut également être mis en relation directement avec un détective à l'étranger⁽⁴⁴⁾.

Les expertises unilatérales

Ce type d'investigation permet de recueillir l'avis d'un expert sur une question de fait.

Les expertises peuvent être ordonnées par le juge, mais un particulier peut également avoir recours à un expert, à titre privé. Il est possible de s'adresser à un professionnel inscrit sur la liste des experts judiciaires auprès d'une cour d'appel, qui renforce la valeur probante du rapport d'expertise malgré l'absence de respect du principe du contradictoire.

Une expertise unilatérale constitue un élément de preuve dès lors que le rapport a été soumis à la discussion et à la contradiction des parties⁽⁴⁵⁾. Une expertise unilatérale qui n'aurait pas été soumise à la discussion contradictoire peut également constituer un titre de preuve, mais seulement en complément d'autres éléments⁽⁴⁶⁾.

Le recours aux compétences d'un expert peut être utile, pour permettre par exemple de déterminer la valeur d'un patrimoine, de biens mobiliers ou immobiliers, d'objets d'art. On peut également penser recourir à des experts en graphologie, en généalogie, ou bien encore en évaluation d'entreprises et de droit sociaux afin d'évaluer un patrimoine ou des revenus.

Dans ce dernier cas, il convient toutefois de noter que le recours à un expert privé, notamment en évaluation des sociétés du conjoint, sans autorisation préalable du juge, et à défaut de collaboration dudit conjoint, présente un intérêt limité dans la mesure où l'expert n'aura accès qu'aux documents publics, si tant est que les documents relatifs à la société soient publiés.

À ce titre, concernant les investigations sur les sociétés détenues par un conjoint

à l'étranger, il est intéressant de noter qu'il existe un moteur de recherche des registres du commerce et des sociétés ou de leur équivalent dans le monde⁽⁴⁷⁾. De même, la plupart des pays disposent d'une base de données correspondant à Infogreffe⁽⁴⁸⁾.

La sommation interpellative d'huissier

La sommation interpellative permet à un officier ministériel de recueillir et retranscrire les réponses de la personne interrogée à des questions posées.

Cet acte s'est vu reconnaître par la première chambre civile de la Cour de cassation une valeur probante par un arrêt du 7 mai 2008⁽⁴⁹⁾, qui estime que la preuve de la remise des fonds par le prêteur, et donc de l'existence du prêt, était établie dès lors que l'emprunteur, en réponse à la sommation interpellative qui lui avait été adressée, avait proposé un échéancier de remboursement.

À l'occasion de la délivrance ou de la tentative de délivrance de la sommation interpellative, l'huissier de justice est autorisé à pénétrer dans un immeuble aux fins de signification de l'acte. Il pourra ainsi relever certains éléments factuels utiles au requérant. Le praticien pourra utilement interroger un voisin ou le gardien de l'immeuble sur la réalité du domicile du destinataire, relever la présence du nom de ce dernier sur la boîte à lettres ou sur tout autre support présent au sein des parties communes.

L'acte de procédure d'avocat

Les avocats devraient avoir vocation à jouer un rôle de plus en plus important dans l'administration de la preuve notamment au titre de l'acte de procédure d'avocats, défini comme un acte d'administration de la preuve contradictoirement accompli et contresigné par les avocats des parties, qui n'a cependant pas été consacré en tant que tel par le législateur au titre de la loi sur la justice du XXI^e siècle contrairement à ce qui avait été initialement envisagé.

Pour autant, le nouvel article 1356 du Code civil qui dispose « *les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition* » (alinéa 1^{er}) permet l'établissement d'une convention sur la preuve. Cette convention peut naturellement, à son tour, faire l'objet d'un acte d'avocat enregistré.

(41) *L'immixtion dans la vie privée a été jugée disproportionnée par rapport au but poursuivi dans le cas d'un rapport de filature ordonné par le mari pour prouver le train de vie de son épouse dont il résultait que cette dernière avait été suivie et surveillée pendant plusieurs mois*, Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, n° 02-19.886, Bull. civ. II, n° 273.

(42) *Depuis 2012, les agents de recherche privée dépendent directement du ministère de l'Intérieur qui a créé le Conseil national des activités privées de sécurité (Cnaps) pour les contrôler régulièrement, délivrer et renouveler les agréments*.

(43) D. n° 2012-870, 10 juill. 2012, JO 11 juill.

(44) *La profession de détective n'est cependant pas réglementée dans tous les pays européens, et n'existe pas à Monaco par exemple. Le système législatif de la principauté est très protecteur de la vie privée et il est très difficile d'entreprendre des investigations*.

(45) Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 1999, n° 96-19.733, Bull. civ. I, n° 134.

(46) Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710, Bull. civ. ch. mixte, n° 2.

(47) http://www.greffe-tc-paris.fr/fr/rci_lexique_fr.php (à partir du site du greffe du tribunal de commerce de Paris).

(48) Par exemple, à Singapour, il s'agit de BizFile.

(49) Cass. 1^{re} civ., 7 mai 2008, n° 06-21.246.