



HAL
open science

Contentieux familial - Preuve du divorce : prise en compte par le juge des minimessages, dits “ SMS ”, reçus sur le téléphone portable

Mélina Douchy-Oudot

► To cite this version:

Mélina Douchy-Oudot. Contentieux familial - Preuve du divorce : prise en compte par le juge des minimessages, dits “ SMS ”, reçus sur le téléphone portable. *Procédures*, 2009, 10, pp.comm. 323. hal-04016908

HAL Id: hal-04016908

<https://hal.science/hal-04016908v1>

Submitted on 6 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Contentieux familial

Mélina Douchy-Oudot, Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var, Membre du centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras, UMR 62-01

DIVORCE - PREUVE – RECEVABILITE - MINIMESSAGES PAR TELEPHONE PORTABLE- FRAUDE OU VIOLENCE (non)

L'atteinte à l'intimité de la vie privée n'est pas un obstacle à la recevabilité de la preuve dans le cadre d'un divorce. La preuve de l'adultère résultant de la reproduction de courriers électroniques envoyés par le conjoint à partir de son téléphone portable professionnel et lu à son insu est recevable s'il n'est pas établi qu'elle a été obtenue par fraude ou violence.

Civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, n° 07-21.796, F-P+B+R+I

« Sur le moyen unique :

Vu les articles 259 et 259-1 du code civil ;

Attendu qu'en matière de divorce, la preuve se fait par tous moyens ; que le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude ;

Attendu qu'un jugement du 12 janvier 2006 a prononcé à leurs torts partagés le divorce des époux X... - Y..., mariés en 1995 ; que, devant la cour d'appel, Mme Y... a produit, pour démontrer le grief d'adultère reproché à M. X..., 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 ;

Attendu que, pour débouter Mme Y... de sa demande reconventionnelle et prononcer le divorce à ses torts exclusifs, la cour d'appel énonce 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 ;

Qu'en statuant ainsi, sans constater que les minimessages avaient été obtenus par violence ou fraude, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS : CASSE ET ANNULE ».

NOTE :

Ne constitue ni une violence, ni une fraude, le fait de lire, à l'insu de son conjoint, les messages de son téléphone portable. La solution a le mérite de rappeler un acquis jurisprudentiel (sur le traditionnel journal intime de ...l'épouse : Civ. 2^{ème}, 6 mai 1999, Bull. civ., II, n° 85 ; Civ. 2^{ème}, 29 janv. 1997, Bull. civ., II, n° 28) dans l'application de l'article 259-1 CC disposant expressément « Un époux ne peut verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude » (pour une étude

d'ensemble : A. Leborgne, « *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe* », *RTD civ.* 1996, p. 535). La production de la preuve en justice obéit à une condition de légalité procédurale, la non violation de la loi (L. Cadiet, « *La légalité procédurale* », *Etude BICC*, 15 mars 2006, 3, www.courdecassation.fr) constituée ici de l'obligation d'obtenir la preuve sans fraude et sans violence. La solution va de soi car la preuve en matière de divorce touche de façon presque systématique à l'intimité de la vie familiale et donc souvent à la vie privée de chacun des époux. La seule violation de la vie privée ne pouvait constituer à elle seule un obstacle à la recevabilité de la preuve, sauf à refuser toute preuve entre époux. Il reste à déterminer dans les faits ce qui constitue l'un ou l'autre des éléments et qui relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2006, n° 04-15927, inédit). Il pourra s'agir de la force ou de la surprise (Agen, 22 mai 2008, RG 07/00922), par exemple le fait de s'introduire dans l'ordinateur professionnel conservé par un mari à la retraite en se procurant son mot de passe (Orléans, 29 avril 2008, RG 07/02120). L'absence d'effets distincts reconnus au divorce pour faute depuis 2004, ou presque, conduit tout de même à se demander si le jeu en vaut bien la chandelle...

CURATELLE – ACTION EN JUSTICE MAJEUR PROTEGE – SIGNIFICATION DES CONCLUSIONS AU CURATEUR (non) – VICE DE FORME – NECESSITE D'UN GRIEF

L'absence de signification des conclusions au curateur du majeur protégé est constitutive d'un vice de forme dont l'inobservation n'est susceptible d'entraîner la nullité que dans les conditions prévues par l'article 114 du code de procédure civile, si elle est soulevée avant toute défense au fond et à charge pour celui qui l'invoque de prouver un grief.

Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, n° 07-19.465, FS-P+B+I

« [...] Sur le premier moyen :

Attendu que M. C... reproche à l'arrêt attaqué d'écarter la nullité du jugement déferé, de confirmer partiellement le jugement et de ne faire que partiellement droit à ses demandes subsidiaires, alors, selon le moyen : [...]

2°/ que toute signification faite au majeur en curatelle doit l'être aussi à son curateur, à peine de nullité, qu'en l'espèce en considérant que le majeur sous curatelle pouvait en outre valablement exercer seul des actions relatives à ses droits patrimoniaux en dehors des cas prévus aux articles 511 et 512 du code civil, non invoqués en l'espèce, la cour d'appel a violé l'article 510-2 du code civil dans sa version antérieure à la loi du 5 mars 2007 et en vigueur jusqu'au 1er janvier 2009 ;

Mais attendu d'abord, que tout en énonçant que les documents produits par M. C... ne suffisaient pas à démontrer l'existence d'une mesure d'assistance à son égard au

jour où elle statuait, la cour d'appel a envisagé l'hypothèse de la persistance de la mesure de curatelle et statué sur l'exception de nullité alléguée ; ensuite, que l'absence de signification des conclusions au curateur du majeur protégé est constitutive d'un vice de forme dont l'inobservation n'est susceptible d'entraîner la nullité que dans les conditions prévues par l'article 114 du code de procédure civile, si elle est soulevée avant toute défense au fond et à charge pour celui qui l'invoque de prouver un grief ; que la cour d'appel ayant relevé que M. C... avait conclu à l'annulation du jugement de première instance dans ses dernières écritures d'appel au seul motif qu'il n'était pas justifié que son adversaire ait signifié à son curateur l'assignation ou les conclusions saisissant le tribunal, ce dont il résultait qu'aucun grief n'était allégué, l'arrêt est légalement justifié [...]».

NOTE :

L'absence de signification des conclusions au curateur est un vice de forme soumis à la double condition du texte et du grief de l'article 114 du Code civil. Telle est la lecture faite de l'ancien article 510-2 CC, repris au nouvel article 467, al. 3 (L. 5 mars 2007), par la Cour de cassation.

Le principe de nullité est expressément affirmé dans les textes et respecté par les juridictions (Civ. 1^{ère}, 20 déc. 2001, n° 00-17173, inédit ; 17 déc. 1991, Bull. civ., I, n° 356). Toutefois, s'agissant d'une action dirigée contre un acte patrimonial où le majeur est habilité à agir seul, la signification au curateur n'est qu'obligation d'information, elle ne remet pas en cause la capacité à agir du premier et ne permet pas de conclure à l'irrecevabilité de l'action (Civ. 1^{ère}, 22 nov. 2005, Bull. civ., I, n° 439), sauf si la signification n'a pas été faite au majeur assisté lui-même dans le délai (Civ. 1^{ère}, 5 oct. 1994, Bull. civ., I, n° 274).

La nullité de la signification est-elle de forme ou de fond ? La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer qu'il s'agit d'une nullité de fond à propos de « l'absence d'acte d'appel déclaré contre le curateur » (Reims, 30 nov. 2007, RG 05/02-127 ; Civ. 1^{ère}, 6 fév. 1996, Bull. civ., I, n° 65), à la différence de l'arrêt commenté qui qualifie de vice de forme l'absence de signification au curateur et exige par conséquent la preuve d'un grief. Faut-il en conclure que désormais, toute allégation au fondement des articles 510-2 ancien ou 467, al. 3 CPC devra être accompagnée de la preuve du grief causé par l'absence de signification faite au curateur. L'espèce n'opère explicitement aucune distinction. C'est pourquoi les praticiens veilleront à justifier du grief au sens de l'article 114 CPC. Une interrogation demeure cependant la sanction doit-elle être la même lorsque l'assistance du curateur est obligatoire, telles les espèces de 1996 et 2007 ayant retenu la nullité pour vice de fond à propos d'action en divorce, et lorsque le majeur peut agir sans l'assistance de son curateur, en certaines matières patrimoniales notamment, comme en l'espèce ou dans l'arrêt de 2005 soulignant que la signification au curateur n'est qu'une obligation d'information ?

**ACCOUCHEMENT SOUS X – PLACEMENT DE L'ENFANT PUPILLE DE L'ETAT
– REQUETE EN ADOPTION PLENIERE – INTERVENTION VOLONTAIRE DES
GRANDS-PARENTS BIOLOGIQUES - REJET**

L'absence de filiation établie entre la mère ayant accouché sous X et l'enfant faisant l'objet de la requête en adoption plénière est un obstacle à l'intervention volontaire des grands-parents biologiques de l'enfant.

Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, n° 08-20.153, FS-P+B+I

« Attendu que C ..., est né le 12 décembre 2005 à Paris, sa mère ayant demandé le secret de son identité ; que l'enfant a été remis le 14 décembre 2005 au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de l'adoption ; qu'immatriculé définitivement comme pupille de l'Etat le 15 février 2006, il a été placé en vue de son adoption, le 3 mai 2006, chez les époux Z ..., ; que ceux ci ayant formé une requête en adoption plénière de l'enfant, les époux X ..., soutenant être ses grands parents maternels, ont déclaré intervenir volontairement à l'instance, s'opposant à l'adoption et disant vouloir assumer la charge de l'enfant ; qu'ils ont fait appel du jugement du 6 juin 2007 ayant déclaré leur intervention irrecevable et ayant prononcé l'adoption plénière de C ..., par les époux Z ..., et dit qu'il porterait désormais les prénoms et nom de C ... Z ..., ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué (Paris, 10 avril 2008 rectifié par Paris, 15 mai 2008) d'abord d'avoir déclaré l'intervention volontaire des époux X ..., irrecevable puis d'avoir prononcé l'adoption plénière, alors, selon les moyens :

1° que l'intervention volontaire est recevable lorsqu'elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant, et que l'intervenant élève une prétention à son profit ; que la demande des grands parents biologiques, qui prétendent à la reconnaissance de leurs droits à l'égard de leur petit fils, se rattache par un lien suffisant à la requête sollicitant l'adoption plénière de cet enfant, de sorte qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles 325 et 329 du code de procédure civile ;

2° que la loi n° 2009 61 du 16 janvier 2009, ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, a supprimé l'interdiction d'exercer une action en recherche de maternité à l'encontre de celle qui a accouché dans l'anonymat ; que, dès lors, l'action en recherche de maternité est ouverte à C ..., ; que le prononcé de l'adoption plénière qui ferait obstacle à ce droit de voir établir sa filiation maternelle, et, en conséquence, son lien de parenté avec ses grands parents, est contraire à son intérêt, de sorte que la cour d'appel a violé l'article 353 du code civil ;

3° que la possession d'état s'établit par des faits qui révèlent le lien de parenté entre l'enfant et la famille à laquelle il appartient ; que, la reconnaissance de

ce lien par l'autorité publique est suffisant dès lors que d'autres éléments constitutifs ont été rendus impossibles par des circonstances exceptionnelles ; que la cour d'appel, qui n'a pas recherché si ce lien était suffisant à rattacher la demande des grands-parents biologiques à la requête en adoption plénière de l'enfant, a privé sa décision de base légale au regard des articles 311 1 du code civil et 325 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'intervention des époux X ..., qui, en s'opposant à l'adoption plénière et en prétendant assurer la charge de l'enfant ou, au moins, créer des liens avec lui, forment des demandes propres, est une intervention principale ; qu'elle suppose la réunion d'un intérêt et d'une qualité pour agir ; que l'arrêt retient, d'abord, par motifs propres et adoptés, que, pour leur conférer qualité pour agir, doivent être établis le lien de filiation qui les unit à D ... X..., et celui allégué entre celle-ci et C ..., ; puis, que le nom de la mère ne figure pas dans l'acte de naissance de l'enfant et que celle-ci a, au contraire, souhaité que son identité ne soit pas connue, aucune reconnaissance ou possession d'état n'ayant en conséquence existé ; encore, que l'action n'est pas une contestation, prescrite, de l'immatriculation de l'enfant comme pupille de l'Etat, le 15 février 2006 ou de son placement, le 3 mai 2006, en vue de l'adoption ; que la cour d'appel a exactement déduit de ces éléments, sans que la modification, par la loi n° 2009 61 du 16 janvier 2009, de l'article 326 du code civil soit susceptible de modifier cette situation, qu'en l'absence de filiation établie entre leur fille et C ..., les époux X ..., n'avaient pas qualité pour intervenir à l'instance en adoption ; D'où il suit que les moyens ne sont pas fondés ;[...].».

NOTE :

On se souvient de la loi du 3 janvier 1972 relative à l'égalité des filiations pour permettre à l'enfant coûte que coûte de connaître ses origines, autrement dit la vérité biologique, même si elle admettait également la promotion de la possession d'état en matière probatoire. Cet arrêt au contraire vient affirmer que le lien biologique n'a aucun pouvoir lorsque le lien juridique de filiation n'est pas établi. En cas d'accouchement sous X, passé un délai assez bref, aucun parent biologique ne peut prétendre établir sa parenté, ni le père présumé, sauf à ce qu'il ait fait une reconnaissance prénatale (Civ. 1^{ère}, 7 avril 2006, AJ Famille, p. 249), ni les grands-parents présumés comme en l'espèce. La Cour de cassation donne raison à la cour d'appel qui, le 10 avril 2008, retenait déjà l'absence de qualité pour agir des grands-parents, dès lors qu'en l'absence de filiation établie entre leur fille et l'enfant objet de la requête en adoption plénière, leur qualité juridique de grands-parents n'était pas établie (RTD civ. 2008, p. 466, obs. J. Hauser). Il s'ensuit au plan procédural l'impossibilité d'intervenir à l'instance en adoption plénière, l'intervention volontaire, lorsqu'elle est principale, supposant la qualité et l'intérêt à agir (CPC, art. 329). Si l'intervention avait été jugée recevable il y aurait eu élévation du contentieux, la procédure n'aurait pu prospérer en sa forme gracieuse où par définition il n'y a pas de défendeur.

La solution est radicale. Pour la retenir les juges du fond, que ce soit le tribunal de grande instance de Paris que ce soit la cour d'appel (AJ Famille 2008, p. 252, obs. Chénédedé), approuvés par la Cour de cassation, considèrent que le droit d'agir s'infère non seulement du lien de filiation établi avec la mère prétendue mais aussi du lien établi entre elle et l'enfant dont elle a accouché. Or, l'accouchement sous X empêche purement et simplement le lien entre la mère et l'enfant, et par suite entre ce dernier et les grands parents. C'est dire que la qualité pour agir des grands-parents suppose que soit établi le lien juridique de filiation.

A ce premier obstacle de l'absence de lien juridique entre les grands-parents et l'enfant faisant l'objet de l'adoption plénière, s'ajoute en filigrane nous semble-t-il l'interdiction qui est faite aux grands-parents d'établir tout lien de filiation, même après la loi du 16 janvier 2009 ayant ratifié l'ordonnance du 4 juillet 2005, en cas d'accouchement sous X de la mère.

Au-delà, on notera que les grands-parents n'ont de toute façon pas le pouvoir de s'opposer à une adoption plénière, quand bien même le lien de filiation est établi à l'égard des père et mère biologiques de l'enfant, le consentement de ceux-ci est le seul qui soit demandé par le législateur (CC, art. 348) et non celui des ascendants. La seule incidente dans la loi où les ascendants au premier degré sont pris en compte est la situation bien particulière où le conjoint est décédé et où la présence de ceux-ci empêche l'adoption de l'enfant du conjoint (CC, art. 345-1). Ils pourraient espérer le maintien des relations personnelles avec l'enfant par application de l'article 371-4 C. civ. mais en l'espèce le lien de parenté n'est pas établi d'une part, et il n'est pas sûr d'autre part que ce soit l'intérêt de l'enfant l'adoption plénière ayant été prononcée et aucune possession d'état n'étant alléguée à l'égard de l'enfant.

Cet arrêt pose la question de savoir ce qu'est une famille - la mère seulement ? – et qu'est-ce qui donne légitimité pour éduquer l'enfant – les liens du sang ? Salomon en son temps a donné une réponse on ne peut plus claire qu'il est difficile de transposer en droit positif...

A noter également

Civ. 1^{ère}, 8 juillet 2009, n° 08-16.153, FS-P+B+I

Au visa de l'ancien article 510 CC et 1382, la Cour retient qu'en présence d'un conflit d'intérêts entre le majeur protégé et le curateur, il est nécessaire de désigner un curateur ad hoc. En l'espèce, la modification du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie par un majeur en curatelle nécessitant l'assistance du curateur, la substitution du bénéficiaire au profit du curateur ne pouvait être faite qu'avec l'assistance d'un curateur ad hoc. A donc été cassé la décision d'appel qui, pour rejeter la demande en dommages et intérêts de la famille, retient que ces derniers n'ont invoqué aucun vice du consentement, par erreur, violence ou dol par le fait de manœuvres ou agissements imputés à la curatrice à l'occasion de la modification des bénéficiaires des contrats d'assurance-vie. La solution ne sera pas démentie après la loi du 5 mars 2007 ainsi que permet de le penser l'article 455 CC : « *En l'absence de subrogé curateur ou de subrogé tuteur, le curateur ou le tuteur dont les intérêts sont, à l'occasion d'un acte ou d'une série d'actes, en opposition avec ceux de la personne protégée ou qui ne peut lui*

apporter son assistance ou agir pour son compte en raison des limitations de sa mission fait nommer par le juge ou par le conseil de famille s'il a été constitué un curateur ou un tuteur ad hoc. Cette nomination peut également être faite à la demande du procureur de la République, de tout intéressé ou d'office ».