

Vie privée des (ex-)partenaires affectifs *versus* droit à la preuve

Julie LARUELLE
Assistante à l'Ulg
Unité de Droit Familial
Avocat

Résumé

En matière familiale, les atteintes à la vie privée sont au cœur des débats judiciaires relatifs à l'admissibilité des preuves, et les litiges alimentaires n'y dérogent pas. Il est traditionnellement considéré que les preuves portant atteinte à la vie privée sont irrégulières et doivent être écartées des débats. Certaines exceptions existent néanmoins. Ainsi, notamment, la reconnaissance d'un droit à la curiosité entre époux permet de justifier les immixtions dans la vie privée de son conjoint à des fins probatoires. En matière alimentaire, les cas dans lesquels les parties seront amenées à produire des éléments qui relèvent de la vie privée d'un (ex-)partenaire sont cependant loin d'être limités aux litiges entre époux. Des nécessités probatoires peuvent-elles justifier des immixtions dans la vie privée d'un (ex-)partenaire affectif? La question mérite d'être posée car une réponse négative n'apparaît plus comme une évidence. Des fondements en faveur de ces atteintes à la vie privée existent en effet, et une jurisprudence récente de la Cour de cassation, laquelle est rarement invoquée en matière familiale, conforte cette position. Il faut admettre aujourd'hui que l'écartement des débats des preuves irrégulières ne constitue plus la règle. La protection de la vie privée n'est donc plus absolue et peut céder, sous certaines conditions, devant des nécessités probatoires.

Samenvatting

Op het gebied van familiale zaken staan de inbreuken op het privéleven in het midden van de gerechtelijke debatten betreffende de toelaatbaarheid van de bewijzen. De geschillen betreffende de uitkeringen tot onderhoud vormen daarop geen uitzondering. De bewijzen betreffende de inbreuk op het privéleven worden traditioneel beschouwd als onregelmatig en moeten uit de debatten geweerd worden. Er bestaan niettemin uitzonderingen. Aldus, met name, de erkenning van een recht op nieuwsgierigheid tussen echtgenoten rechtvaardigt de inmengingen in het privéleven van zijn echtgenoot met als doeleinde bewijs te leveren.

Op het vlak van alimentatie zijn de gevallen waarin de partijen elementen betreffende het privéleven van een (ex-)partner kunnen voortbrengen echter niet beperkt tot de geschillen tussen echtgenoten. Kunnen eisen op het vlak van bewijs de inmengingen in het privéleven van een (ex-)partner rechtvaardigen? De vraag dient gesteld te worden want een negatief antwoord lijkt niet vanzelfsprekend. Argumenten in het voordeel van deze inbreuken op het privéleven bestaan inderdaad, en recente rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat zelden wordt ingeroepen in familiezaken, bevestigt dit standpunt. Men moet vandaag aanvaarden dat het weren uit de debatten van de onregelmatige bewijzen niet meer de regel is.

De bescherming van het privéleven is niet meer onbeperkt en kan onder bepaalde voorwaarden wijken voor noodzaken op het vlak van bewijs.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--|-----|
| Introduction | 118 |
| I. Les atteintes à la vie privée dans les relations de couple: reconnaissance d'un droit à la curiosité entre époux. | 119 |
| II. Les preuves portant atteinte à la vie privée d'un ex-partenaire affectif: nécessaire exclusion des débats? | 122 |
| A. Les nécessités probatoires peuvent-elles justifier des atteintes à la vie privée d'un ex-partenaire affectif? | 123 |
| B. Limites à l'admissibilité des preuves portant atteinte à la vie privée | 126 |
| III. Conclusion | 128 |

Introduction

1. Le droit à la protection de la vie privée et familiale est un droit fondamental consacré par l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, par l'article 22 de la Constitution et l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Par nature, les litiges familiaux touchent à des problématiques en lien étroit avec la vie privée des individus: "*les relations conjugales et familiales appar-*

tiennent de toute évidence à la sphère de la vie privée, que l'article 8 § 1 C.E.D.H. veut précisément protéger, de sorte que la notion même de vie privée – et donc le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance – prennent forcément une signification spécifique en matière de relations conjugales et familiales".¹ Dans ces matières, les parties sont fréquemment amenées à utiliser des moyens de preuve qui constituent eux-mêmes des immixtions dans la vie privée de l'adversaire (ex.: un test génétique pour contester et/ou établir une filiation, des enquêtes sociales pour déterminer la capacité d'hébergement d'un parent,...). Or, en droit commun, les preuves qui portent atteinte à la vie privée sont traditionnellement écartées des débats.

Nous limiterons la présente contribution à l'application du principe de protection de la vie privée en matière de preuve dans les relations entre (ex-)partenaires affectifs (mariés ou non), plus particulièrement dans les litiges alimentaires. Il y a quelques années, la question des atteintes à la vie privée se cristallisait dans le débat sur la faute lors des procédures de divorce. Il s'agissait de prouver la violation de devoirs conjugaux par son conjoint, notamment par la preuve d'une liaison ou encore d'une addiction. Depuis la loi du 27 avril 2007 réformant la procédure de divorce, l'établissement de la faute a perdu de son importance dans ce type de litige. Mais la question de la validité des preuves qui emportent une violation de la vie privée n'a pas pour autant disparu des débats judiciaires en matière familiale.

Dans les litiges alimentaires, notamment², la preuve revêt un enjeu crucial puisque le juge doit statuer sur base d'éléments objectifs: la situation financière respective des parties. D'autant que, dans ces litiges particulièrement, le contexte émotionnel demeure très présent et l'on ne peut toujours compter sur la loyauté de l'adversaire (séparation douloureuse ou trop récente, envie de refaire sa vie,...). Il s'en ressent parfois un besoin d'investiguer dans la vie privée de son ex-partenaire pour établir la vérité.

2. Notre objectif est de déterminer jusqu'où les par-

ties peuvent aller dans la recherche de la vérité et les moyens mis en œuvre pour la découvrir. Quand y aura-t-il atteinte à la vie privée, et quel sort le juge réservera-t-il à la preuve ainsi obtenue?³ Nous verrons que l'écartement des débats ne constitue plus la règle et que la protection de la vie privée peut céder devant des nécessités probatoires.

Nous examinerons, dans une première partie, la théorie développée par la jurisprudence et la doctrine pour légitimer les atteintes à la vie privée dans les litiges entre époux, en particulier dans le cadre des procédures de divorce: le "droit à la curiosité" entre époux (I). Dans une seconde partie, nous nous pencherons sur les cas non régis par ce droit à la curiosité, et tenterons de déterminer si et dans quelle mesure des atteintes à la vie privée sont permises dans les litiges alimentaires entre ex-partenaires affectifs (II). Nous terminerons par quelques considérations prospectives sur le rôle du droit à la vie privée en matière probatoire (III).

I. Les atteintes à la vie privée dans les relations de couple: reconnaissance d'un droit à la curiosité entre époux.

3. L'article 8, paragraphe 1^{er}, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales énonce que "toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance". Les ingérences dans la vie privée, qu'elles soient commises par l'autorité publique ou par des particuliers⁴, pourront cependant être autorisées si elles respectent le prescrit de l'article 8, paragraphe 2, c'est-à-dire satisfont à une triple exigence de légalité, de légitimité et de nécessité.⁵

Mais avant de déterminer si une ingérence dans la vie privée peut être justifiée ou non, il faut être certain d'être en présence de faits à caractère privé au sens de l'article 8, paragraphe 1^{er}. A cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme a développé le critère des "attentes raisonnables en matière de vie privée".⁶

1. Bruxelles, 14 mars 2001, *E.J.*, 2003, p. 9, note N. VAN LEUVEN, *J.T.*, 2002, p. 387, *J.L.M.B.*, 2002, p. 640. Dans le même sens: Cour eur. D.H., *L.L. c. France*, arrêt du 10 octobre 2006, *J.T.-dr. eur.*, 2007, liv. 135, p. 30, somm., *NJB*, 2007, liv. 1, p. 24, *R.D.J.P.*, 2007, liv. 2, p. 71, considérant n° 45.
2. Il en va de même des litiges relatifs à l'autorité parentale ou l'hébergement, à la filiation, ou encore aux incapacités.
3. Nous aborderons ces questions sous l'angle de l'admissibilité de la preuve et non de sa force probante.
4. La jurisprudence Cour eur. D.H. reconnaît un effet direct "horizontal" à l'article 8, qui peut donc être invoqué tant à l'égard d'ingérences commises par les autorités publiques que par des particuliers. En ce sens: P. DE HERT, *Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch Recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gand, Mys & Breesch, 1998, pp. 14-16, n° 14; V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, "La privatisation du respect de la Convention Européenne des Droits de l'Homme: faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé?", in X., *Entre ombres et lumières: cinquante ans d'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 191-279; D. VAN GRUNDBEECK, *Beginselen van personen en familierecht*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 43, n° 69. Voy. pour un exemple:

Cour eur. D.H., *Botta c. Italie*, arrêt du 24 février 1998, *N.J.B.*, 1998, p. 789, *Rev. Cour eur. D.H.*, 1998, l, p. 412, *Rev. trim. dr. h.*, 1999, p. 595, note B. MAURER.
5. Art. 8, § 2: "Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."
6. Voy. not. Cour eur. D.H., *Von Hannover c. Allemagne*, arrêt du 24 juin 2004, *N.J.W.*, 2004, 1131, note E. BREMS, *A.M.*, 2004, 353, *Journ. proc.*, 2005, liv. 495, 21, note F. JONGEN, *Juristenkrant*, 2004, liv. 93, 12, reflet D. VOORHOOF, *Mediaforum*, 2004, liv. 7-8, 252, note G. SCHUIT, *N.J.B.*, 2004, 1892, *R.U.D.H.*, 2004, liv. 1-4, 114, *A.M.I.*, 2004, 202, reflet G. MOM; Cour eur. D.H., *Copland c. Royaume-Uni*, arrêt du 3 avril 2007, *R.D.T.I.*, 2007, 363, note A. MENTION, *J.T.-dr. eur.*, 2007, p. 158, somm., *Mediaforum*, 2007, 155, somm., *N.J.B.*, 2007, 1527. Pour une application en droit belge: Cass., 9 septembre 2008, *Pas.*, 2008, liv. 9, 1889, concl. M. TIMPERMAN, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, 1030,

Pour mettre en œuvre ce critère, le juge doit apprécier si la personne qui invoque une violation de l'article 8 pouvait, dans le cas concret, s'attendre ou non à la protection de sa vie privée. Si elle ne pouvait légitimement s'y attendre, par exemple parce qu'ayant elle-même favorisé l'intrusion (ex.: publication d'éléments privés sur internet), il n'y aura pas de violation de l'article 8. Dans le cas contraire, les autorités judiciaires confrontées à une ingérence non justifiée dans la vie privée doivent, en principe, écarter des débats la preuve ainsi obtenue.⁷

4. L'établissement de la faute dans l'ancien droit du divorce a engendré de nombreux débats sur la validité des preuves. C'est à cette occasion, par exemple, que la Cour de cassation a admis la compatibilité du constat d'adultère (art. 1016*bis* C. jud.) avec le droit au respect de la vie privée.⁸ La jurisprudence a légitimé d'autres atteintes à la vie privée en reconnaissant un "droit à la curiosité" entre époux. En choisissant de se marier et de respecter les obligations qui en découlent, les époux ont implicitement accepté de partager la sphère de leur vie privée et intime l'un avec l'autre et d'atténuer leur droit au respect de leur vie privée l'un à l'égard de l'autre.⁹ Le "droit à la curiosité" est fondé sur le droit de chaque époux de pouvoir s'assurer du respect par son conjoint de ses devoirs conjugaux, notamment les devoirs de cohabitation et de fidélité.¹⁰ Ce droit disparaît lorsque les époux n'ont plus à respecter les obligations nées du mariage, notamment suite à une décision du juge de

paix ou des référés autorisant la séparation.¹¹

5. Le droit à la curiosité ne permet cependant pas de légitimer toute preuve portant atteinte à la vie privée de son conjoint. La jurisprudence évoque d'ailleurs un droit "sain" à la curiosité, qui ne doit pas être exercé de façon disproportionnée.¹² Ainsi, selon cette théorie, la preuve doit satisfaire à deux conditions cumulatives pour être admise en justice: ne pas être couverte par le secret professionnel et ne pas avoir été acquise de façon irrégulière.¹³ Dans cette mesure, le droit à la curiosité a été reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme, qui l'a jugé compatible avec le prescrit du second paragraphe de l'article 8 de la Convention.¹⁴

Le secret professionnel, première limite, trouve un fondement dans les articles 458 du Code pénal et 929 du Code judiciaire.¹⁵ D'un point de vue pénal, seuls les dépositaires du secret commettent une infraction en violant leur obligation de silence.¹⁶ Du point de vue du droit de la preuve, l'auteur de la violation est sans incidence, seul le contenu dévoilé compte. Il importe donc peu ici de savoir si la preuve violant le secret professionnel a été acquise de façon régulière ou non, elle est irrégulière *in se*.¹⁷

La seconde limite, la régularité de l'acquisition de la preuve est, ou était jusqu'il y a peu¹⁸, considérée comme essentielle: seule la preuve acquise de façon

somm., *Chron. D.S.*, 2010, 547, somm., *T.B.P.*, 2009, 426. Voy. sur cette question, F. RAEPSAET, "Les attentes raisonnables en matière de vie privée", *J.T.*, 2011, p. 145.

7. Il en ira de même des éventuelles preuves subséquentes (Cass., 18 avril 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1008, *Arr. Cass.*, 1984-85, p. 1102, *Bull.*, 1985, p. 1008, *J.T.*, 1985, p. 421).

8. Cass., 18 décembre 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, p. 1453, *Bull.*, 1992, p. 1394, *Pas.*, 1992, I, p. 1394, *R. Cass.*, 1993, p. 64, note J. LAENENS, *R.W.*, 1992-93, p. 1061, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, p. 703. En ce sens également: Cass. fr. (2^{ème} civ.), 5 juin 1985, *Bull.*, 1985, II, p. 74, n° 111. Lorsque le constat ne respecte pas les conditions de l'article 1016*bis*, le tribunal conserve une marge d'appréciation pour déterminer s'il doit ou non écarter la preuve. En ce sens: B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *R.W.*, 2002-03, p. 54, n° 45. Voy. pour une application: Civ. Turnhout, 30 juin 1988, *Turnh. Rechtsl.*, 1988, p. 171: le tribunal a estimé que le fait que l'huissier ait procédé au constat avec un agent plutôt qu'un officier de police judiciaire comme le prévoyait l'ordonnance d'autorisation, n'était pas suffisant pour écarter la preuve des débats. Pour une critique sur le maintien du constat d'adultère suite à la réforme du divorce: F. APS, "De rechtspleging in het bewijs inzake echtscheiding op grond van onherstelbare ontwrichting", in P. SENAËVE, F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN (éds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 130-133, n° 167-169; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 362, n° 347 et p. 474, n° 464.

9. P. SCHOLLEN, "Behoorlijke bewijslevering tussen echtgenoten", note sous Bruxelles, 2 mai 2002, *E.J.*, 2002, p. 112, n° 3.

10. Bruxelles, 2 mai 2002, *E.J.*, 2002, p. 110, note P. SCHOLLEN; Bruxelles, 14 mars 2001, *E.J.*, 2003, p. 9, note N. VAN LEUVEN, *J.T.*, 2002, p. 387, *J.L.M.B.*, 2002, p. 640; Bruxelles, 29 avril 1997, *E.J.*, 1997, p. 135, note F. APS; Civ. Anvers, 15 février 1960, *R.W.*, 1960-61, p. 1198, note G. BAETEMAN; J.-L. RENCHON, F. REUSENS et G. WILLEMS, "Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales", in *Les droits de la personnalité*, J.-L. RENCHON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 137; B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *R.W.*, 2002-03, p. 56, n° 50.

11. P. SCHOLLEN, "Behoorlijke bewijslevering tussen echtgenoten", note sous Bruxelles, 2 mai 2002, *E.J.*, 2002, p. 112, n° 3.

12. Anvers, 19 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 416, *R.W.*, 2008-09, p. 1558, note F. APS, *R.D.J.P.*, 2008, p. 235, note; Bruxelles, 14 mars 2001, *E.J.*, 2003, p. 9, note N. VAN LEUVEN, *J.T.*, 2002, p. 387, *J.L.M.B.*, 2002, p. 640. En

ce sens également: Ch. DECLERCK, "Briefgeheim tussen echtgenoten. Brave echtgenoten komen in de hemel, slimme echtgenoten overall!", in *Geheimen in het recht*, Ch. DECLERCK, P. FOUBERT, A. OOMS (eds), Anvers, Intersentia, 2011, p. 243, n° 5; P. SENAËVE, "De aanwending van brieven in procedures tussen echtgenoten. Of spanningsverhouding tussen huwelijksplichten en mensenrechten", *Jura Falc.*, 1983-84, p. 505, n° 28-29.

13. Ces conditions étaient exigées de manière générale en droit de la preuve, en toutes matières.

14. Cour eur. D.H., *N.N. et T.A. c. Belgique*, arrêt du 13 mai 2008, *Juristenkrant*, 2008, liv. 170, p. 3, reflet S. VANDROMME, *R.W.*, 2008, p. 1196, reflet B. VAN LERBERGHE, *J.D.E.*, 2008, p. 193, somm. La Cour a ainsi considéré que l'ingérence dans la vie privée était le fruit d'une "jurisprudence et d'une doctrine bien établies", poursuivait un but légitime, à savoir "le droit d'une personne mariée de mettre fin au lien matrimonial existant" et "de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause", et était assortie de garanties suffisantes. L'arrêt concernait la production de correspondances lors du débat sur les mesures urgentes et provisoires durant la procédure en divorce (art. 1280 C. jud.).

15. L'article 929 du Code judiciaire est interprété largement. Il ne vise pas seulement le témoignage au sens strict mais également les preuves matérielles telles que des écrits. En ce sens: B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, *op. cit.*, p. 42, n° 6.

16. Sous réserve toutefois de la faculté de dénonciation prévue à l'article 458*bis* du Code pénal, étendue aux cas de violences conjugales par la loi du 23 février 2012 (en vigueur le 1^{er} mars 2013). Pour une analyse de cette disposition: G. GENICOT, "L'article 458*bis* nouveau du Code pénal: le secret médical dans la tourmente", *J.T.*, 2012, p. 717.

17. Doctrine et jurisprudence opèrent une distinction entre la preuve irrégulière *in se* et la preuve acquise de façon irrégulière. La première sera d'office écartée des débats, tandis que la seconde ne le sera que si elle a été irrégulièrement acquise par la partie qui s'en prévaut ou à son initiative (par exemple en mandatant un détective privé). Voy. B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *R.W.*, 2002-03, p. 43, n° 7-8 et p. 57, n° 53. Le secret professionnel n'est pas absolu. La personne protégée par le secret peut elle-même choisir de dévoiler des éléments protégés. De même, la jurisprudence peut parfois considérer, au terme d'une balance d'intérêts, que le droit à la preuve doit primer sur le secret professionnel.

18. Ce critère est en effet remis en question par la jurisprudence récente de la Cour de cassation, que nous détaillerons *infra*, n° 15-16.

régulière peut être utilisée en justice.¹⁹ La marge d'appréciation du juge est grande sur ce point puisque le législateur n'a pas déterminé les cas dans lesquels la preuve doit être considérée comme irrégulièrement acquise, ni les conséquences qui s'y attachent.²⁰

Concernant plus particulièrement la production de correspondances, auxquelles sont assimilés les envois électroniques tels que les *e-mails*, la Cour de cassation a jugé que “*ni l'article 29, alinéa 1^{er} de la Constitution ni l'article 8 de la C.E.D.H. n'interdisent que des lettres régulièrement entrées en possession de l'utilisateur soient utilisées dans le cadre d'une procédure en divorce ou du litige relatif aux mesures provisoires devant être ordonnées au cours de cette procédure*”.²¹ Il ne fait aucun doute selon nous que la preuve est régulièrement acquise lorsqu'elle est entrée “par hasard” en possession d'un époux, par exemple lorsque l'un des époux “tombe” sur une lettre au domicile conjugal ou dans un autre endroit fréquenté par chacun d'eux.²² En dehors de cette hypothèse, la jurisprudence accorde une grande importance au critère de la cohabitation pour apprécier le caractère régulier de la preuve.²³ La preuve recueillie après une séparation de fait, *a fortiori* après une ordonnance du juge de paix ou du juge des référés fixant les résidences séparées, sera plus aisément considérée comme irrégulière. Toutefois, la cohabitation ne permettra pas, selon nous, de légitimer la preuve recueillie de façon mani-

festement illicite, par exemple après avoir piraté le mot de passe de son conjoint.²⁴ Les photographies sont quant à elles généralement admises lorsqu'elles ont été prises, même secrètement, sans violation de domicile ou sans recours à des techniques qui renforcent sensiblement les possibilités d'une perception naturelle.²⁵ Ainsi, les photographies prises dans ou depuis un lieu public ne constituent en principe pas des atteintes à la vie privée.²⁶ Quant au recours aux services d'un détective privé, il n'entache pas la recevabilité de la preuve pour autant que les dispositions de la loi du 19 juillet 1991 organisant la profession de détective privé aient été respectées.²⁷ Le rapport du détective privé vaut traditionnellement à titre de présomption, qui devra être corroborée par d'autres éléments.²⁸

6. Bien que la théorie du droit à la curiosité ait été développée dans le cadre de l'ancien divorce pour faute, elle garde son importance aujourd'hui dans diverses hypothèses. Ainsi, toujours en matière de divorce, le législateur de 2007 n'a pas totalement exclu des prétoires le débat sur la faute, ou à tout le moins sur les comportements privés des époux. Il reste notamment possible de prouver que la désunion irrémédiable est la conséquence d'un comportement, éventuellement fautif, de son conjoint (art. 229, § 1^{er} C. civ.). De même, dans le cadre de la problématique croissante des mariages simulés, l'annulation du mariage pourra être obtenue, par exemple, après avoir

19. B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, *op. cit.*, p. 50, n° 34.

20. En droit français, le Code civil a expressément consacré un paragraphe relatif à la preuve dans les procédures de divorce. Ainsi, il est notamment prévu que les faits invoqués en tant que causes de divorce ou comme moyen de défense peuvent être établis par tout mode de preuve (art. 259 C. civ.), sans qu'un époux ne puisse verser aux débats un élément de preuve qu'il aurait obtenu par violence ou fraude (art. 259-1 C. civ.). C'est ainsi que la Cour de cassation française a jugé, à plusieurs reprises, qu'en matière de divorce, le juge ne peut écarter des débats un élément de preuve que s'il a été obtenu par violence ou fraude. Voy. not. Cass. fr. (1^{ère} civ.), 17 juin 2009, *Bull.*, 2009, I, n° 132, à propos de la production par l'épouse de SMS apparaissant dans le téléphone de son époux; Cass. fr. (2^{ème} civ.), 29 janvier 1997, *Bull.*, 1997, II, p. 15, n° 28, à propos de la production par l'époux de correspondances, d'un journal intime et d'un carnet de bord appartenant à son épouse.

21. Cass., 27 janvier 2000, *Bull.*, 2000, liv. 1, p. 224, *Arr. Cass.*, liv. 2, p. 228, *Juristenkrant*, 2001, liv. 23, p. 4, *reflet R. DE CORTE, J.T.*, 2000, p. 827, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1195, *Rev. trim. dr. fam.*, 2001, p. 79, *R.W.*, 2000-01, p. 812, note F. APS. Dans le même sens à propos de lettres échangées entre un époux et ses enfants: Cass., 1^{er} avril 2011, *Pas.*, 2011, p. 971, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 585, *somm.*, note.

22. Civ. Anvers, 15 février 1960, *R.W.*, 1960-61, p. 1198, note G. BAETEMAN (lettres découvertes dans une caisse lors d'un déménagement); Bruxelles, 12 avril 2005, *E.J.*, 2005, p. 197, note F. APS, *N.J.W.*, 2005, p. 955, note G.V. (conversations en 'chat' sur l'ordinateur familial, non protégées par un mot de passe, sans toutefois que la cour ne précise les circonstances de cette découverte); F. APS, “Het ‘recht op nieuwsgierigheid’ tussen echtgenoten en de toelaatbaarheid van geluidsmateriaal in het kader van een echtscheidingsprocedure op gronde van bepaalde feiten”, note sous Liège, 27 octobre 1998, *E.J.*, 2000, p. 33, n° 7; N. VAN LEUVEN, “Het bewijs in echtscheidingsprocedures in het licht van het recht op eerbieding van het privéleven”, note sous Bruxelles, 14 mars 2001, *E.J.*, 2003, p. 13, n° 4; P. SENAËVE, “De aanwending van brieven in procedures tussen echtgenoten. Of spanningsverhouding tussen huwelijksplichten en mensenrechten”, *Jura Falc.*, 1983-84, p. 505, n° 29. *Comp. Bruxelles*, 13 février 2003, *E.J.*, 2003, p. 129, note N. VAN LEUVEN (refus du tribunal de désigner un séquestre, compétent en informatique, pour intercepter et déchiffrer des *e-mails* révélateurs d'une relation adultère). Voy. également: Anvers, 15 juin 1983, *R.W.*, 1983-84, 2106, qui estime que lorsqu'une lettre a été remise à l'époux de l'expéditeur par la compagnie ou l'épouse du destinataire, celle-ci doit être considérée comme étant entrée régulièrement en sa possession. *Comp. P. SENAËVE, op. cit.*, p. 506, n° 30.

23. En ce sens à propos d'*e-mails* recueillis par l'épouse qui se souvenait d'un

mot de passe de son mari: Civ. Bruxelles, 30 octobre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 539: “du courrier adressé par un époux ou à celui-ci peut être produit par l'autre dans des procédures de divorce mais à condition qu'il soit entré licitement en sa possession, ce qui, en général, n'est envisageable que pendant la vie commune”; Bruxelles, 2 mai 2002, *E.J.*, 2002, p. 110, note P. SCHOLLEN: ont été obtenus de façon illicite les documents pris par Madame dans la mallette de son époux, se trouvant dans une voiture qui, bien qu'étant la propriété de l'épouse (qui était venue la récupérer), était utilisée exclusivement par Monsieur, et alors que les parties étaient séparées depuis plusieurs années suite à des ordonnances du juge de paix et du juge des référés; Liège, 27 octobre 1998, *E.J.*, 2000, p. 29, note F. APS: des enregistrements d'ébats amoureux ont été écartés au motif qu'il ne pouvait être établi avec certitude que ceux-ci avaient été obtenus à une époque où les parties vivaient encore sous le même toit. Dans le même sens: P. SENAËVE, *op. cit.*, p. 506, n° 29.

24. Anvers, 19 décembre 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 416, *R.W.*, 2008-09, p. 1558, note F. APS, *R.D.J.P.*, 2008, p. 235, note. L'hypothèse ou un époux connaît le mot de passe de son conjoint, simplement parce que celui-ci le lui a donné en des temps plus heureux, est plus discutable. Le critère de la vie commune reprendra ici ses droits et permettra au juge de solutionner le problème. Voy. not. Anvers, 21 avril 2010, *N.J.W.*, 2012, p. 426, note Ch. DECLERCK, *T. Fam.*, 2011, p. 223, note C. VAN ROY, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 872, *somm.*: la cour écarte des débats les *e-mails* interceptés postérieurement à la séparation de fait et à la fixation des résidences séparées, la boîte mail étant assimilée à une boîte aux lettres physique à laquelle il n'est plus permis d'accéder après la séparation. La cour autorise en revanche la production d'extraits d'un journal au motif que leur date correspond à une période où les époux vivaient toujours ensemble. Voy. également Bruxelles, 7 novembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 164 et Gand, 19 décembre 2002, *N.j.W.*, 2003, p. 459, note RdC: la production d'*e-mails* est admise dès lors qu'aucun élément ne permet de penser que ceux-ci auraient été obtenus irrégulièrement.

25. Bruxelles, 14 mars 2001, *E.J.*, 2003, p. 9, note N. VAN LEUVEN, *J.T.*, 2002, p. 387, *J.L.M.B.*, 2002, p. 640, point 1.4; Civ. Gand, 13 octobre 2005, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2006, p. 14. *Contra*: Mons, 23 décembre 2004, *Div. Act.*, 2006, p. 24.

26. Par contre une photographie prise au travers d'une fenêtre depuis l'intérieur d'une propriété privée, et non depuis la rue, et alors qu'une ordonnance du juge de paix ou des référés a fixé les résidences séparées, sera écartée des débats pour atteinte au domicile: Liège, 29 janvier 1996, *Rev. trim. dr. fam.*, 1996, p. 346.

27. Sur la régularité de l'espionnage ou de la prise de vue: Cass., 5 novembre 2004, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, p. 757.

28. Pour une application: Bruxelles, 29 avril 1997, *E.J.*, 1997, p. 135, note F. APS.

produit des lettres ou échanges d'*e-mails* qui démontrent qu'un époux a contracté mariage à des fins de séjour uniquement.

Mais c'est probablement en matière alimentaire que les enjeux de la preuve d'un comportement fautif seront les plus importants. L'article 301, § 2, alinéa 2, du Code civil dispose en effet que le juge peut refuser de faire droit à la demande de pension alimentaire après divorce "si le défendeur prouve que le demandeur a commis une faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune".²⁹ Ainsi, une relation adultère pourra constituer une faute grave excluant le droit à la pension et sera, le cas échéant, établie au moyen de preuves (ex.: lettres, échanges de SMS,...) recueillies durant la vie commune.³⁰ Enfin, le comportement fautif d'un époux sera parfois pris en considération pour apprécier une demande de secours alimentaire dans le cadre des mesures urgentes et provisoires devant le juge de paix (art. 223 C. civ.) ou des référés (art. 1280 C. jud.).³¹ La capacité financière de chacun des époux pourra, de même, être contestée ou établie au moyen d'éléments découverts par son conjoint dans l'exercice de son droit à la curiosité (ex.: documents bancaires démontrant l'existence de comptes ou placements financiers à l'étranger,...).

7. En revanche, ce droit, tel que défini par la jurisprudence, ne peut plus être invoqué pour recueillir la preuve d'éléments postérieurs à la séparation dans le cadre d'une demande de pension alimentaire après divorce, ou encore pour obtenir la révision d'une pension après divorce convenue dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel. Il en va de même d'une demande de part contributive pour un enfant commun suite à une séparation.

Il est aussi permis de s'interroger sur l'existence d'un droit à la curiosité dans les relations entre cohabitants (légaux). Son fondement, nous l'avons vu, réside dans le droit de s'assurer du respect des obligations qui découlent du mariage, en particulier des devoirs de fidélité et de cohabitation. Or les cohabitants, même légaux, ne sont pas soumis à ces obligations légales. Nous doutons donc d'une possible extension de la

théorie aux autres formes de vie en couple. Pourtant, dans le partage du quotidien, rien ne différencie les couples en union libre ou cohabitation légale des couples mariés. En effet, c'est avant tout la vie commune qui entraîne l'aliénation mutuelle d'une part de protection de sa sphère privée. Quoi qu'il en soit, sur le plan probatoire, l'absence de reconnaissance formelle d'un droit à la curiosité peut être relativisée. La possibilité de mettre fin à tout moment à la relation, ainsi que l'absence d'obligation alimentaire après rupture entre partenaires non mariés et l'absence totale de devoir légal de secours entre cohabitants de fait³², réduisent en effet considérablement les cas dans lesquels ce droit pourrait être utilement invoqué.

II. Les preuves portant atteinte à la vie privée d'un ex-partenaire affectif: nécessaire exclusion des débats?

8. La reconnaissance d'un droit à la curiosité entre époux est donc insuffisante pour régir nombre de situations alimentaires. En effet, outre qu'il n'a vocation à s'appliquer qu'aux partenaires mariés, ce droit ne peut plus être excipé entre ex-partenaires pour légitimer la production de preuves recueillies après le divorce ou la cessation de la vie commune.

Pourtant, la preuve de certains faits relatifs à la vie privée d'un ex-partenaire sera souvent déterminante pour l'issue de litiges alimentaires. Dans le cadre d'une demande de part contributive, par exemple, il sera intéressant de pouvoir démontrer qu'un parent cohabite, contrairement à ce qu'il prétend, avec un nouveau partenaire, ce qui peut entraîner un partage de charges, donc une augmentation de sa capacité contributive.³³ Dans les conventions préalables à divorce par consentement mutuel, il est également fréquent que les époux prévoient la suppression de la pension alimentaire en faveur de l'ex-conjoint en cas de concubinage de celui-ci, ce qui pourrait être établi, notamment, au moyen d'attestations³⁴, de rapports de détectives privés ou de photographies.³⁵ De même, peut-on vouloir démontrer que le créancier ou le débi-

29. Voy. sur la notion de faute en matière de pension alimentaire après divorce: E. ALOFS et A. MORTELMANS, "Het belang van de fout in het alimentatierecht na echtscheiding: een rechtshistorische en rechtsvergelijkende studie van België, Nederland, Frankrijk en Engeland", *T.P.R.*, 2010, p. 383; G. HIERNAUX, "L'adultère, la 'faute grave' et le droit du divorce", *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, pp. 332-338, n° 18-21.

30. Sur le recours au constat d'adultère pour établir la faute grave, voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 362, n° 347 et p. 474, n° 464, qui estime qu'il s'agit d'une intrusion dans la vie privée disproportionnée à l'objectif poursuivi.

31. Bruxelles, 7 novembre 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 164: les échanges d'*e-mails* apportés par le mari démontrent que l'épouse a entretenu une relation adultère à l'origine de la désunion irrémédiable du couple, de sorte que la cour refuse de faire droit à la demande de secours alimentaire de celle-ci. Voy. sur cette question: Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, p. 380, n° 367 et p. 488, n° 478; G. HIERNAUX, "L'adultère, la 'faute grave' et le droit du divorce", *Rev. trim. dr. fam.*, 2012, p. 336, n° 21; G. VERSCHULDEN, "Alimentatie als (dringende) voorlopige maatregel: toekenning van het onderhoud tussen echtgenoten", in *De beëindiging van de tweerelatie*, P. SENAEEVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (eds), Anvers-Oxford, Intersentia, 2012, pp. 23-26, n° 27-28 et pp. 34-38, n° 43-45.

32. Voy. sur ces questions: N. GALLUS, *Les aliments*, in *Rép. Not.*, t. I, liv. 4, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 264-265, n° 284-285 et p. 274, n° 274; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 394-398, n° 377-380 et p. 437, n° 431.

33. Pour une application: J.P. Grâce-Hollogne, 18 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 613: "Les parents ne peuvent certes pas élire ni utiliser fautive-ment un mode de vie dans le but de se soustraire à l'obligation d'ordre public qu'impose l'article 203 du Code civil ou d'aggraver la contribution de l'autre". En l'espèce, il n'était cependant pas contesté que le père formait un ménage avec sa nouvelle compagne avec laquelle il partageait ses charges.

34. La production d'attestation est dorénavant réglementée par le Code judiciaire aux articles 961/1 à 961/3 (loi du 16 juillet 2012, en vigueur le 13 août 2012).

35. Pour une application: J.P. Tournai, 22 mai 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 500.

teur d'aliments dispose de davantage de moyens financiers que ce qu'il ne prétend, soit qu'il mène un train de vie largement supérieur à celui dont il fait état (ex.: séjours à l'étranger, achat d'une voiture de luxe,...), soit qu'il bénéficie de revenus cachés, tels les fruits d'une activité complémentaire non déclarée ou d'un héritage.³⁶

Doit-on déduire de l'absence d'un droit à la curiosité dans ces hypothèses que ces éléments de fait ne pourraient plus être établis au motif qu'ils relèvent de la vie privée d'un ex-partenaire? Nous ne le pensons pas. Nous proposerons dès lors d'autres fondements permettant de justifier de telles immixtions (A), pour ensuite en tracer les limites (B).

A. Les nécessités probatoires peuvent-elles justifier des atteintes à la vie privée d'un ex-partenaire affectif?

9. L'on peut s'interroger sur la possibilité, en matière alimentaire, de faire primer des nécessités probatoires sur un droit fondamental tel que le droit à la protection de la vie privée et familiale. La Cour européenne des droits de l'homme a déjà admis, en matière d'assurance, que des considérations patrimoniales puissent justifier des atteintes à la vie privée.³⁷ Or les enjeux du droit des aliments vont au-delà de considérations purement vénales: il s'agit de permettre à une personne de pouvoir subvenir à ses besoins. Le principe d'une atteinte à un droit fondamental devrait donc pouvoir être admis en cette matière.

10. Divers fondements permettent, selon nous, de justifier des immixtions dans la vie privée de son ex-partenaire à des fins probatoires, à commencer par le droit des aliments lui-même. En effet, tant les dispositions en matière de part contributive (art. 203 C. civ.) qu'en matière de pension alimentaire après divorce (art. 301 C. civ.) obligent le tribunal à tenir compte de la capacité financière respective des parties, et à motiver sa décision d'après ces éléments (art. 1321 C. jud.).³⁸ L'article 301, paragraphe 10, du Code civil invite éga-

lement expressément le juge à prendre en compte l'existence d'un nouveau partenaire dans le cadre de la pension alimentaire après divorce. En toute logique, si le droit impose de tenir compte de ces éléments, qui relèvent pourtant de la vie privée d'un ex-partenaire, il doit permettre d'en apporter la preuve.

La Cour d'arbitrage a notamment été interrogée sur la compatibilité de l'article 203 du Code civil avec l'article 22 de la Constitution, en ce qu'il imposerait au juge devant fixer le montant de la part contributive de s'immiscer dans la vie privée pour déterminer les facultés respectives de chacun des père et mère. Après avoir rappelé que les droits garantis par l'article 22 de la Constitution ne sont pas absolus, la Cour a décidé que "*interprété comme permettant au juge de prendre en compte les charges de nature exceptionnelle et incompressible qui peuvent peser sur les père et mère pour déterminer les facultés dont ils disposent pour contribuer au coût de leurs enfants, l'article 203 du Code civil ne porte pas atteinte de manière injustifiée au droit au respect de la vie privée des parents*".³⁹ L'arrêt se limite toutefois à interpréter l'article 203 à la lumière de la jurisprudence de la Cour de cassation mettant en cause la méthode "Renard"⁴⁰, sans aborder la question concrète des moyens de preuve utilisés pour établir la capacité contributive des parents. Son enseignement est par conséquent d'une portée limitée dans ce débat.

11. Le droit de la preuve renferme également de nombreuses dispositions qui autorisent des immixtions dans la vie privée des parties. Il est notamment permis au juge d'ordonner leur comparution personnelle (art. 992 C. jud.), ou encore de solliciter des enquêtes ou études sociales (art. 872 et 1280, al. 3 et 4 C. jud.), par exemple pour apprécier les capacités d'hébergement d'un parent. En matière alimentaire, la mesure d'instruction la plus utilisée est sans doute la production de documents (art. 871 et 877 C. jud.).⁴¹ Il s'agit d'une faculté qui relève l'appréciation souveraine du juge du fond⁴², mais qu'il peut ordonner d'office⁴³,

36. Le besoin d'information sur le patrimoine d'un débiteur alimentaire peut également se faire ressentir au stade de l'exécution. Voy. sur cette question: A. VERBEKE, "Informatie over andermans vermogen. Belangenafweging tussen het recht op privacy van de schuldenaar en het recht op informatie van de schuldeiser", *R.W.*, 1993-94, pp. 1129 et s.

37. Cour eur. D.H., *Verlière c. Suisse*, arrêt du 28 juin 2001, *Rec.*, 2001-7, p. 411, à propos d'un assureur ayant fait suivre une assurée par un détective privé en raison des doutes sur la réalité des séquelles corporelles invoquées. La Cour estime que les droits patrimoniaux de l'assureur, et l'intérêt de l'ensemble de la collectivité des assurés, peuvent justifier une atteinte à la vie privée.

38. N. GALLUS, "L'objectivation du calcul des contributions alimentaires", *Act. dr. fam.*, 2010, pp. 154-155, n° 4-7.

39. C.C., 28 juin 2006, *Div. Act.*, 2007, liv. 1, p. 2, note J.-C. BROUWERS, *Arr. C.A.*, 2006, p. 1301, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 1239.

40. Cass., 2 mai 2005, *Div. Act.*, 2006, p. 70, note J.-E. BEERNAERT; *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 543, note.

41. La production de documents est également prévue par une disposition spécifique dans le cadre des *mesures urgentes et provisoires* entre époux devant le juge de paix pour la communication de tous renseignements et documents de nature à établir le montant des revenus et créances des époux: art. 1253quinquies C. jud. Cette disposition est également applicable en matière de *délégation de sommes* (art. 203ter C. civ.). Une disposition similaire a également été introduite par la loi du 13 août 2011 réformant la pro-

cédure de liquidation partage: l'article 1214, § 4, du Code judiciaire permet au notaire-liquidateur de demander aux parties ou à des tiers toutes informations et pièces pertinentes. Pour un commentaire de cette disposition: F. DEGUEL, "La loi du 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire: entre cadre légal, rôle actif du notaire et volonté des parties", *R.G.D.C.*, 2012, p. 74, n° 23.

42. En ce sens notamment: Cass., 24 juin 2011, *T. fam.*, 2012, p. 151, note W. VANDENBUSSCHE et I. SAMOY: dans le cadre d'une demande de pension alimentaire après divorce introduite par l'ex-épouse, l'ex-mari a tenté de démontrer que celle-ci n'était pas dans le besoin en raison de l'héritage perçu au décès de son père. L'ex-époux a demandé au juge qu'il ordonne la production des documents relatifs à cette succession. Le juge d'appel a refusé au motif que rien ne démontrait que l'ex-épouse aurait reçu d'autres sommes que celles qu'elle reconnaissait. La Cour de cassation confirme l'arrêt au motif qu'il appartient au juge de déterminer l'opportunité d'ordonner la production de documents. Dans le même sens: Cass., 17 juin 2004, *Arr. Cass.*, 2004, liv. 6-8, p. 1130, *Pas.*, 2004, liv. 7-8, p. 1078, *R.W.*, 2006-07, p. 921. Voy. également J.P. Grâce-Hollogne, 18 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 613, en matière de part contributive, qui rejette la demande de production de documents formulée par la mère en vue d'établir les revenus du nouveau couple formé par le père et sa compagne à défaut de présomption grave d'un fait pertinent pour la solution du litige.

43. J. VAN COMPENOLLE, "La production forcée de documents dans le Code

éventuellement sous astreinte.⁴⁴ Cette mesure ne peut être utilisée pour glaner des informations au hasard ou créer du matériel probatoire.⁴⁵ Elle ne peut concerner qu'un document existant (un écrit, une photographie, un enregistrement,...), contenant la preuve d'un fait pertinent. La preuve de la détention de ce document, par une partie ou par un tiers, doit résulter de présomptions graves, précises et concordantes.⁴⁶

Le juge peut-il ordonner la production de documents qui relèvent du domaine privé? Certainement, selon nous, en ce qui concerne les pièces établissant les revenus et charges des parties⁴⁷ dès lors que ces documents sont à la base de toute décision de justice en matière alimentaire. La production de correspondances à quant à elle donné lieu à une controverse. Certains ont en effet soutenu que le secret des lettres, protégé par l'article 22 de la Constitution, voire le droit à la protection de la vie privée, constituaient des exceptions aux articles 871 et 877 du Code judiciaire.⁴⁸ Selon nous, le juge jouit d'une marge d'appréciation et peut ordonner la production de tout document relevant du domaine privé, en ce compris les correspondances sous toutes formes, s'il estime que cette mesure est nécessaire et proportionnée, sous peine de vider de leur sens les articles 871 et 877 du Code judiciaire.⁴⁹ Il va de soi que la preuve rapportée suite à une telle ordonnance ne pourra être considérée comme irrégulièrement acquise. Notons enfin qu'en matière alimentaire, le juge a également la possibilité de requérir le ministère public de recueillir des renseignements sur des objets limitativement précisés (art. 872 C. jud.).

12. Enfin et surtout, un fondement à l'immixtion dans la vie privée d'un ex-partenaire peut être trouvé, selon nous, dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit à un procès équitable. Dans l'arrêt précité du 13 mai 2008 (*infra*, n° 5), la Cour européenne des droits de l'homme était confrontée à une épouse voulant produire des correspondances échangées entre son mari et son amant à l'appui de sa demande de mesures urgentes et provisoires durant l'instance en divorce. A cette occasion,

la Cour reconnaît expressément que le droit de présenter sa cause et ses preuves à un procès constitue un "but légitime au sens du paragraphe second de l'article 8 de la Convention" et que "le droit à l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir, dans les différends opposant des intérêts de caractère privé, à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire".⁵⁰ Ainsi, la Cour invite le juge à faire une balance entre le droit au respect de la vie privée et le droit à un procès équitable, deux droits fondamentaux qui méritent *a priori* une protection équivalente. Le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 de la Convention, constitue donc le meilleur fondement, selon nous, pour autoriser les immixtions dans la vie privée de son adversaire. En effet, alors que la hiérarchie des normes pourrait s'opposer à la prévalence du droit des aliments ou du droit judiciaire sur un droit fondamental, il n'existe aucune raison de faire primer l'article 8 sur les autres dispositions de la Convention.

13. Le droit à la preuve, dès lors qu'il participe au procès équitable, constitue un droit fondamental, avec pour corollaire un devoir de loyauté dans la charge de la preuve. La partie qui dissimule des éléments de sa situation financière pourra être sanctionnée par le juge. La requête civile (art. 1132 à 1139 C. jud.) ou l'action en répétition de l'indu (art. 1235 C. civ.) permettront, notamment, de revenir sur une décision prise sur la base d'informations manquantes ou erronées. A défaut, la rétention d'information pourra être sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts à la partie lésée. Ainsi, il a déjà été jugé que le parent qui sollicite une part contributive pour un enfant commun, tout en s'abstenant de révéler en cours de procédure que celui-ci n'est plus à sa charge, commet une faute et doit indemniser le préjudice subi par l'autre parent.⁵¹ Le tribunal pourrait également renverser la charge de la preuve et présumer que la partie qui ne fait pas la lumière sur sa situation financière bénéficie encore d'un niveau de revenus qu'elle prétend avoir perdu.⁵²

judiciaire", *Ann. Dr. n.*, 1981, p. 94; S. STEINS, "De overlegging van stukken in het Gerechtelijk Wetboek", *Jura Falc.*, 1984-1985, p. 213.

44. En ce sens: Civ. Liège, 14 février 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 974, obs. A. KOHL.

45. D. MOUGENOT, "Les incidents relatifs à la preuve", in *X., Droit judiciaire. Commentaire pratique*, Kluwer, 2008, VI.1 - 3 et 4.

46. D. MOUGENOT, "Le charme "discret" des petites mesures d'instruction", *P.&B. / R.D.J.P.*, 2007, p. 239, n° 3; W. VANDENBUSSCHE et I. SAMOY, "Uitkeringen tot onderhoud na echtscheiding en het recht op bewijs", note sous Cass., 24 juin 2011, *T. fam.*, 2012, p. 154, n° 6. La personne à qui il est demandé de produire des documents peut opposer le secret professionnel au tribunal si les documents sont couverts par celui-ci: D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 241 et s., n° 8 et s.; P. VAN LEYENSEELE et M. DAL, "Pour un modèle belge de la procédure de discovery?", *J.T.*, 1997, p. 227, n° 27.

47. En ce sens: A. KOHL, "Astreinte et production de documents dans le cadre de la fixation du montant d'une pension alimentaire", obs. sous Civ. Liège, 14 février 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 975.

48. Bruxelles, 17 septembre 1973, *Pas.*, 1974, II, p. 29; A. KOHL, *Procès civil et sincérité*, Liège, Université de Liège, Faculté de droit, 1971, p. 114, note 1 et p. 121; P. SENAËVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Louvain, Acco, 1986, p. 174, n° 342.

49. En faveur de la production: D. MOUGENOT, "Le charme "discret" des petites

mesures d'instruction", *P. & B. / R.D.J.P.*, 2007, p. 245, n° 18; J. VAN COMPER-NOLLE, "La production forcée de documents dans le Code judiciaire", *Ann. Dr.*, 1981, p. 101; P. VAN LEYENSEELE et M. DAL, "Pour un modèle belge de la procédure de discovery?", *J.T.*, 1997, p. 228, n° 29. *Contra*: Bruxelles, 17 septembre 1973, *Pas.*, 1974, II, p. 29; C. trav. Liège, 25 avril 2002, *R.R.D.*, 2002 (abrégé), liv. 103, p. 266, note F. LAGASSE, *J.L.M.B.*, 2003, p. 107, ayant refusé la production d'un carnet intime en raison de son caractère éminemment personnel.

50. Cour eur. D.H., *N.N. et T.A. c. Belgique*, arrêt du 13 mai 2008, *Juristenkrant*, 2008, liv. 170, p. 3, reflet S. VANDROMME, *R.W.*, 2008, p. 1196, reflet B. VAN LERBERGHE, *J.D.E.*, 2008, p. 193, somm., motifs n° 42-43. Dans le même sens: Cour eur. D.H., *Bombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, arrêt du 27 octobre 1993, *Liga*, 1993, liv. 9-10, p. 21, *NJB*, 1993, p. 565, *NQRH*, 1994, p. 49, *Public. Cour eur. D.H.*, 1994, série A, n° 274, *R.U.D.H.*, 1993, p. 426; Cass. fr., 15 mai 2007, *R.T.D. civ.*, 2007, p. 637, obs. R. PERROT, p. 735, obs. J. HAUSER, *D.*, 2007, 2275, obs. A. LEPAGE, *Dr. fam.*, 2007, obs. FOSSIER.

51. Civ. Liège, 21 septembre 2000, *Act. dr.*, 2001/2, p. 341, note (critique) S. THIELEN. Dans le même sens: C. trav. Mons, 18 février 2008, *R.D.T.I.*, 2008, p. 229, note K. ROSIER et S. GILSON, *R.G.C.F.*, 2008, p. 463.

52. Pour une application en matière de secours alimentaire: Bruxelles, 22 juin

14. Nous pensons donc que le droit à la protection de la vie privée peut céder devant les nécessités probatoires des litiges alimentaires. Le principe d'une imixtion dans la vie privée d'un ex-partenaire, pour soutenir une demande ou comme moyen de défense, doit donc être admis.

15. Cette conclusion nous semble corroborée par l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation quant au sort réservé aux preuves recueillies en violation du droit au respect de la vie privée. Il ressort en effet de la jurisprudence dite *Antigone*⁵³, développée en matière pénale, que la preuve irrégulièrement acquise ne sera écartée des débats que dans trois hypothèses: lorsque le respect de conditions de forme déterminées est prescrit à peine de nullité, lorsque l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve ou lorsque l'usage de la preuve est incompatible avec le droit à un procès équitable. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle jugé qu'il ne ressortait ni de l'article 6, ni de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni d'aucune disposition légale ou constitutionnelle, qu'une preuve recueillie en violation de ces normes serait toujours inadmissible.⁵⁴ Cette jurisprudence a été avalisée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt *Lee Davies* du 28 juillet 2009.⁵⁵

16. Son extension à la matière civile a été discutée.⁵⁶ La Cour de cassation, chambre néerlandophone, a franchi le pas dans un arrêt du 10 mars 2008 rendu en matière de sécurité sociale. En l'espèce, l'ONEM s'était fondé sur un procès-verbal de police qui lui avait été irrégulièrement communiqué pour mener une enquête sur un chômeur accomplissant des prestations de travail non déclarées. Ce dernier avait alors été exclu du droit aux allocations de chômage. La Cour de cassa-

tion a confirmé à cette occasion que "sauf en cas de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, la preuve illicitement recueillie ne peut être écartée que si son obtention est entachée d'un vice qui est préjudiciable à sa crédibilité ou qui porte atteinte au droit à un procès équitable".⁵⁷ Un certain rapprochement entre le caractère public de la mission de l'ONEM et le droit pénal était invoqué à l'appui du pourvoi. La Cour n'en néanmoins a pas tiré argument, ce qui laisse supposer une réelle volonté d'étendre sa jurisprudence à la matière civile.⁵⁸

La chambre francophone de la Cour a cependant semblé revenir quelque peu sur cette position dans un second arrêt, rendu le 10 novembre 2008.⁵⁹ Cet arrêt s'inscrit à nouveau dans le contentieux social: un travailleur avait produit des correspondances (non confidentielles) de l'avocat liquidateur de la société qui l'employait afin de démontrer le caractère frauduleux de la mise en liquidation de celle-ci et de son licenciement. La Cour estime qu'il appartient à la partie qui entend produire en justice une lettre qui ne lui était pas destinée de faire la preuve qu'elle est entrée régulièrement en sa possession. Dès lors, le juge d'appel qui constate que cette partie n'a pas établi la possession régulière desdites lettres et lui impute un usage abusif de celles-ci, justifie légalement sa décision de les écarter des débats.

Les auteurs sont divisés lorsqu'il s'agit de déterminer si la Cour de cassation s'est prononcée dans ce second arrêt en faveur du maintien du principe de légalité des preuves en droit civil. Selon certains, la Cour met un frein à l'extension de sa jurisprudence pénale à la matière civile⁶⁰, là où d'autres estiment qu'elle ne s'est

2006, *Act. dr. fam.*, 2009, p. 28. Voy. sur cette question D. MOUGENOT, "Les incidents relatifs à la preuve", in X., *Droit judiciaire. Commentaire pratique*, Kluwer, 2008, VI.1 – 2.7 et références y citées.

53. Cass., 14 octobre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1607, concl. M. DE SWAEF, *R.A.G.B.*, 2004, p. 333, note F. SCHUERMANS, *R.C.J.B.*, 2004, p. 405, note F. KUTY, *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 617, concl. M. DE SWAEF, *R.W.*, 2003-04, p. 814, concl. M. DE SWAEF, *T. Straf.*, 2004, p. 129, note P. TRAEST, concl. M. DE SWAEF, *Arr. Cass.*, 2003, p. 1862, *Juristenkrant*, 2003, liv. 79, p. 4, concl. M. DE SWAEF, *N.J.W.*, 2003, p. 1367, *Vigiles (Fr.)*, 2004, p. 15, note F. SCHUERMANS. Dans le même sens: Cass., 2 mars 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 506, concl. D. VANDERMEERSCH, *Computerr.*, 2005, p. 258, note B. OOMS, P. VAN EECKE, *Juristenkrant*, 2005, liv. 112, p. 1, refl. L. DE CORTE, *J.T.*, 2005, p. 211, concl., *J.L.M.B.*, 2005, p. 1086, note M. BEERNAERT, *Journ. proc.*, 2005, liv. 499, p. 23, concl. D. VANDERMEERSCH, note P. TOUSSAINT, *Pas.*, 2005, p. 505, concl. D. VANDERMEERSCH, *R.A.G.B.*, 2005, p. 1161, note S. BERNEMAN, *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 668, concl. D. VANDERMEERSCH, note C. DE VALKENEER, *Chron. D.S.*, 2006, p. 10, note.

54. Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1795, concl. M.P., *C.D.P.K.*, 2005, p. 610, note A. VANDAELE, *R.A.G.B.*, 2005, p. 504, avis DUINSLAEGER, *R.C.J.B.*, 2007, p. 36, note J. VAN MEERBEECK, M. MAHIEU, *R.W.*, 2005-06, p. 387, note P. POPELIER, *T. Straf.*, 2005, p. 285, note R. VERSTRAETEN, S. DE DECKER, *Arr. Cass.*, 2004, p. 1829, concl. DUINSLAEGER, *Juristenkrant*, 2004, liv. 99, p. 7, refl. F. SCHUERMANS, *Vigiles (Fr.)*, 2004, p. 166, note F. SCHUERMANS; Cass., 2 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 1760, *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 677, *T. Straf.*, 2012, p. 17, note F. SCHUERMANS, *Arr. Cass.*, 2009, p. 1906.

55. Cour eur. D.H., *Lee Davies c. Belgique*, arrêt du 28 juillet 2009, *R.A.G.B.*, 2010, p. 5, note F. SCHUERMANS, *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 312, note N. COLETTE-BASECQZ, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1928, *R.W.*, 2011-12, p. 1097, refl. A. VERDUYKT, *Juristenkrant*, 2009, liv. 196, p. 2, refl. F. SCHUERMANS, *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 107, refl. J. CASTIAUX. En ce sens également: C.C., 22 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 298, qui a jugé que ni l'article 8 CEDH, ni l'article 22 de la

Constitution n'exigent que la preuve obtenue en méconnaissance des droits qu'ils garantissent doive être considérée comme nulle en toutes circonstances.

56. Voy. K. ROSIER et S. GILSON, "La preuve irrégulière: quand Antigone ouvre la boîte de Pandore", *Chron. D.S.*, 2010, p. 290, n° 3; F. KEFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve", note sous Cass., 10 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2009, pp. 337-338.

57. Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, R. DE BAERDEMAEKER, *N.J.W.*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK, *Or.*, 2008, p. 172, refl. I. PLETS, *Pas.*, 2008, p. 652, *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note F. KEFER, *Chron. D.S.*, 2008, p. 538, note.

58. En ce sens: J. VAN COMPERNOLLE, "L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil", in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, G. DE LEVAL (dir.), *CUP*, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, p. 17, n° 9; B. ALLEMEE-RSCH et S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour "Antigoon", *J.T.*, 2012, p. 172, n° 22; R. DE BAERDEMAEKER, "Admissibilité d'une preuve illicitement recueillie: quand la fin justifie les moyens...", note sous Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 585; F. KEFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve", *R.C.J.B.*, 2009, p. 340, n° 9. Comp. K. ROSIER et S. GILSON, "La preuve irrégulière: quand Antigone ouvre la boîte de Pandore", *Chron. D.S.*, 2010, p. 290, n° 3; D. MOUGENOT, "Antigone face aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *D.A.O.R.*, 2011, p. 246, n° 11.

59. Cass., 10 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 347, *J.T.*, 2009, liv. 1026, p. 18, *Pas.*, 2008, p. 2520, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1032, somm.

60. K. VAN KILDONCK, "Privacy werknemers. Onrechtmatig verkregen bewijs op het werk", note sous Cass., 10 mars 2008, *N.J.W.*, 2010, p. 182, n° 10; K. ROSIER et S. GILSON, "La preuve irrégulière: quand Antigone ouvre la boîte de Pandore", *Chron. D.S.*, 2010, p. 291, n° 3; D. MOUGENOT, "Antigone face

pas prononcée sur la question.⁶¹ L'on ne peut en tout cas, à notre avis, déduire de cet arrêt que la preuve obtenue de façon irrégulière devrait nécessairement être écartée des débats en matière civile. Tout au plus selon nous, la Cour laisse-t-elle une marge d'appréciation au juge du fond, qui pourrait dès lors écarter une preuve irrégulière même en dehors des hypothèses limitées de violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, d'atteinte à la fiabilité de la preuve ou au droit à un procès équitable.

Cette jurisprudence renforce en tout cas notre conviction selon laquelle les nécessités probatoires peuvent, dans certaines circonstances, primer le droit à la protection de la vie privée. L'admissibilité de preuves acquises en violation de ce droit fondamental ne saurait cependant se concevoir sans être assortie de certaines limites, dont nous proposons à présent de tracer les contours.

B. Limites à l'admissibilité des preuves portant atteinte à la vie privée

17. Une première évidence s'impose: un faux ne pourra jamais être admis comme moyen de preuve. Il est interdit de falsifier du matériel probatoire, tel un courriel ou une capture d'écran, sous peine de sanctions, tant sur le plan pénal (art. 194 et s. C. pén.), que civil (art. 895 à 906 C. jud.). Il n'est pas davantage question d'impliquer les enfants dans des litiges alimentaires en cause de leurs ascendants (art. 931, al. 2 C. jud.). Cette interdiction vaut pour toutes formes de déclarations, pas seulement le témoignage au sens strict.⁶²

En dehors de ces interdictions générales, quelles sont les limites à la production de preuves acquises en violation de la vie privée? Peut-on simplement faire application des deux limites retenues dans la théorie du droit à la curiosité (*supra*, n° 5)? L'interdiction de produire des éléments protégés par le secret professionnel est certainement applicable en matière alimentaire, mais elle n'est pas absolue et pourrait être évincée par l'existence d'un intérêt supérieur en faveur de cette production.⁶³ La pertinence de la seconde limite, l'exigence de régularité de l'acquisition de la preuve, peut quant à elle être sérieusement mise en

doute, même dans les litiges entre époux, puisque, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'acquisition irrégulière de la preuve n'est plus nécessairement sanctionnée par son écartement des débats.

18. Mais qu'est-ce qu'une preuve irrégulièrement acquise dans un litige alimentaire? L'on doit se garder, à notre avis, d'un raisonnement circulaire selon lequel toute preuve acquise en violation du droit à la protection de la vie privée serait, par définition, irrégulièrement acquise. Il y a lieu de se pencher, au contraire, sur les circonstances concrètes qui entourent l'obtention de la preuve.

Ainsi, une preuve portant atteinte à la vie privée, obtenue après une séparation, ne sera pas nécessairement irrégulièrement acquise. Par exemple, des photographies d'une habitation prises depuis le domaine public pourront être admises pour établir la cohabitation avec un nouveau partenaire⁶⁴ ou celles de la devanture d'un magasin pour attester du développement des affaires du débiteur. Il nous paraît également que l'enregistrement d'une conversation téléphonique dans laquelle un ex-partenaire révélerait à l'autre des éléments de fortune, qu'il dissimule pourtant au tribunal, devrait également pouvoir être produite, même si l'interlocuteur n'a pas été averti de l'enregistrement. La Cour de cassation a en effet décidé, dans un arrêt du 9 janvier 2001, que "*celui qui tient une conversation téléphonique ne peut invoquer le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance, à l'égard de l'intervenant à cette conversation, faisant lui-même participer cet intervenant à l'objet de ce droit*".⁶⁵ Bien que l'arrêt ait été rendu en matière pénale, le principe qu'il énonce est en effet parfaitement transposable à la matière civile.⁶⁶

Par contre, des *e-mails* obtenus après avoir "hacké" le mot de passe de son ex-partenaire pour établir, par exemple, une faute grave excluant le droit à une pension alimentaire après divorce, seront incontestablement considérés comme irrégulièrement acquis. L'utilisation d'un mot de passe connu des deux ex-partenaires, et qui n'aurait pas été modifié après la séparation, est plus discutable. Dans ce cas précis en effet, aucune irrégularité n'a été commise pour obtenir des éléments de preuve, hormis la violation de la

aux juges civils. L'appréciation des preuves recueillies de manière illicite ou déloyale dans les procédures civiles", *D.A.O.R.*, 2011, p. 246, n° 12.

61. F. KEFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve", note sous Cass., 10 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2009, p. 342, n° 10; B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour "Antigoon"", *J.T.*, 2012, p. 174, n° 30; Ch. DECLERCK, "Briefgeheim tussen echtgenoten. Brave echtgenoten komen in de hemel, slimme echtgenoten overal!", in *Geheimen in het recht*, Ch. DECLERCK, P. FOUBERT, A. OOMS (eds.), Anvers, Intersentia, 2011, p. 249, n° 13.

62. Voy. not. Gand, 23 avril 2009, *R.A.G.B.*, 2010, p. 807, note E. DE MAEYER et C. VERGAUWEN: un père voulait produire une conversation en *chat* sur ordinateur entre l'enfant et la mère. La preuve a été écartée des débats, tant pour violation de la vie privée de l'enfant que pour contrariété avec l'article 931, alinéa 2 du Code judiciaire. Dans le même sens: P. SENAEVE, "De aanwending van brieven in procedures tussen echtgenoten. Of spanningsverhouding tussen huwelijksplichten en mensenrechten", *Jura Falc.*, 1983-84, p. 492, n° 3.

63. En ce sens: B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour "Antigoon"", *J.T.*, 2012, p. 173, n° 28.

64. Civ. Gand, 13 octobre 2005, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2006, p. 14.

65. Cass., 9 janvier 2001, *Arr. Cass.*, 2001, liv. 1, p. 26, *Computerr.*, 2001, p. 199, note J. DUMORTIER, *Juristenkrant*, 2001 (reflet L. ARNOU), liv. 25, p. 5, *Jaarboek Mensenrechten*, 2000-01, p. 275, note P. DE HERT, *Pas*, 2001, I, p. 31, *T. Strafr.*, 2001, p. 335, *Vigiles*, 2001, p. 145, note F. VERSPEELT. Comp. en droit français: le fait d'enregistrer, sans le consentement d'une personne, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, est incriminé par le Code pénal en tant qu'atteinte à la vie privée (art. 226-1 et 2). L'infraction requiert cependant une intention coupable. Pour une application: Cass. fr. (crim.), 30 mars 2005, 04-81911, inédit.

66. En ce sens: L. ARNOU, "Eigen telefoongesprekken opnemen mag van Casatie", *Juristenkrant*, 2001, liv. 25, p. 5.

vie privée, dont nous avons admis qu'elle ne saurait suffire à elle seule à exclure la preuve ainsi obtenue. *A fortiori*, la production d'éléments publiés sur des réseaux sociaux du type "facebook" doit être autorisée, même lorsque ces éléments ont été obtenus en usant d'un mot de passe inchangé ou, indirectement, en demandant à une tierce personne ayant accès aux informations divulguées de les communiquer. L'existence-même d'une atteinte à la vie privée nous paraît en effet discutable dans ce cas précis. La théorie des attentes raisonnables développée par la Cour européenne des droits de l'homme trouverait, à notre avis, ici sa pleine application: une personne qui publie des informations personnelles sur internet prend en effet le risque certain de voir celles-ci dévoilées, même aux personnes censées ne pas y avoir accès.

19. Le juge confronté à une preuve irrégulièrement recueillie devrait, dorénavant, apprécier la validité de celle-ci à la lumière des limites dégagées par la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 mars 2008. La preuve pourra donc être écartée dans trois cas.

Le premier, la violation d'une formalité prescrite à peine de nullité, sera rarement rencontré car les causes de nullité de la preuve sont peu fréquentes en droit civil.⁶⁷ Des exemples existent néanmoins. En matière d'enquêtes notamment, la déposition du témoin sera nulle dans les hypothèses prévues à l'article 961 du Code judiciaire. Une autre illustration pourrait, selon nous, également être trouvée dans l'article 1728 du Code judiciaire qui, sans prescrire la nullité, dispose que la preuve obtenue dans le cadre d'une médiation, familiale par exemple, ne peut être utilisée en justice, sous peine de dommages et intérêts.

Le second cas d'exclusion de la preuve irrégulière est celui de l'obtention entachée d'un vice qui porte préjudice à sa crédibilité. En dehors de la notion de faux, qui doit être sanctionné en toute hypothèse par l'écartement des débats, l'obtention irrégulière de la preuve n'altérera que rarement la fiabilité de celle-ci. Ainsi, la crédibilité d'informations apparaissant sur une photographie ne sera pas mise en doute par le fait que celle-ci aura été prise depuis l'intérieur d'une propriété privée. Tel serait par contre le cas d'attestations ou témoignages obtenus sous la menace ou la

contrainte pour prouver, par exemple, qu'un ex-partenaire part régulièrement en vacances alors qu'il dit être dans le besoin. Ceux-ci ne pourront en effet être considérés comme fiables et seront, le cas échéant, écartés des débats par le juge.⁶⁸

Enfin, l'irrégularité pourra être sanctionnée par l'exclusion des débats lorsque l'obtention de la preuve porte atteinte au droit à un procès équitable. C'est sans doute ce critère qui sera le plus invoqué pour écarter la preuve irrégulière, car c'est ici que la marge de manœuvre du juge est la plus importante.⁶⁹ Il lui appartiendra d'apprécier *in concreto* si la production de la preuve rend le procès inéquitable dans son ensemble, en examinant si chaque partie a eu la "possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire".⁷⁰ L'on peut toutefois se demander à quelle occasion la production de renseignements vrais et objectifs sur la situation de revenus d'un ex-partenaire, lesquels seront soumis à la contradiction, pourrait rendre le procès inéquitable.⁷¹

Cette jurisprudence de la Cour de cassation, interprétée comme ne permettant pas au juge d'écartier la preuve irrégulière en dehors de ces trois cas précis, nous paraît cependant trop permissive. Le tribunal devrait, selon nous, conserver une marge d'appréciation dans la possibilité d'écartier la preuve irrégulière même en dehors de ces trois hypothèses. Cela nous paraît d'ailleurs plus conforme au second arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 2008 (*supra*, n° 16), qui semble permettre au juge d'écartier la preuve irrégulièrement acquise sans avoir égard à ces critères.⁷²

20. De manière plus générale, nous sommes d'avis que la preuve acquise en violation de la vie privée devrait être admise si elle satisfait à une double exigence de finalité et de proportionnalité.⁷³ C'est que, dans cette mesure seulement, l'ingérence respecte le prescrit de l'article 8, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation elle-même, dans l'arrêt précité du 10 mars 2008, invite le juge à prendre en compte un critère de proportionnalité face à une preuve irrégulière: "le juge qui procède à cette appréciation peut notamment tenir

67. Outre le fait que la théorie des nullités permette d'en couvrir la plupart. Voy. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour "Antigoon", *J.T.*, 2012, p. 170, n° 17-18.

68. L'admissibilité de la preuve se confond ici avec l'appréciation de sa force probante. Dans le même sens: B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour "Antigoon", *J.T.*, 2012, p. 168, n° 12; F. KEFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve", note sous Cass., 10 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2009, p. 345, n° 16. Voy. également: F. KUTY, "La règle de l'exclusion de la preuve illégale ou irrégulière: de la précision au bouleversement", note sous Cass., 14 octobre 2003, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 428-430.

69. J. VAN COMPENOLLE, "L'incidence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'administration de la preuve dans le procès civil", in *La preuve et la difficile quête de la vérité judiciaire*, G. DE LEVAL (dir.), *CUP*, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, p. 18, n° 10.

70. Cour eur. D.H., *Dombo Beheer c. Pays-Bas*, arrêt du 27 octobre 1993, *Public. Cour eur. D.H.*, 1994, série A, n° 274, *R.U.D.H.*, 1993, p. 426, *NJB*, 1993, p. 565,

Liga, 1993, liv. 9-10, p. 21. Dans le même sens: Cour eur. D.H., *N.N. et T.A. c. Belgique*, arrêt du 13 mai 2008, précité; F. KEFER, *op. cit.*, p. 348, n° 19.

71. Voy. B. ALLEMEERSCH et S. RYELANDT, "Licéité de la preuve en matière civile: un clone pour "Antigoon", *J.T.*, 2012, p. 169, n° 13-14.

72. Cass., 10 novembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 347, *J.T.T.*, 2009, liv. 1026, p. 18, *Pas.*, 2008, p. 2520, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 1032, *somm.*

73. En ce sens: Cour eur. D.H., *L.L. c. France*, arrêt du 10 octobre 2006, *J.T. dr. eur.*, 2007, liv. 135, p. 30, *somm.*, *NJB*, 2007, liv. 1, p. 24, *R.D.J.P.*, 2007, liv. 2, p. 71; C. Trav. Liège, 25 avril 2002, *R.R.D.*, 2002 (abrégié), liv. 103, p. 266, note F. LAGASSE, *J.L.M.B.*, 2003, p. 107; Cass. fr., 16 octobre 2008, *Gaz. Pal.*, 2008, p. 4167, note N. DUPONT; K. WAGNER, "Recente ontwikkelingen met betrekking tot het bewijs in burgerlijke zaken", in *Actualia gerechtelijk recht*, D. SERRUS (éd.), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 172, n° 48; A. VERBEKE, "Informatie over andermans vermogen. Belangenafweging tussen het recht op privacy van de schuldenaar en het recht op informatie van de schuldeiser", *R.W.*, 1993-94, pp. 1141-1142.

compte d'une ou de plusieurs des circonstances suivantes: le caractère purement formel de l'irrégularité, sa conséquence sur le droit ou la liberté protégés par la règle violée, la circonstance que l'autorité compétente pour la recherche, l'instruction et la poursuite des infractions a commis ou n'a pas commis l'irrégularité intentionnellement, la circonstance que la gravité de l'infraction excède manifestement celle de l'irrégularité, le fait que la preuve recueillie porte uniquement sur un élément matériel de l'infraction, le fait que l'irrégularité qui a précédé ou contribué à établir l'infraction est hors de proportion avec la gravité de l'infraction".⁷⁴ Selon nous, cette jurisprudence de la Cour de cassation, bien établie en matière pénale, pourra, dès qu'elle sera stabilisée en matière civile, constituer une "loi"⁷⁵ au sens de l'article 8, paragraphe 2.

Ainsi le juge doit-il pouvoir procéder à une balance des intérêts en présence. La preuve violant la vie privée ne sera admise qu'à défaut de disposer d'autres moyens, moins attentatoires, pour établir un fait⁷⁶, et uniquement si celui-ci est pertinent pour la solution du litige.⁷⁷ Par exemple, pour établir une vie commune avec un nouveau partenaire, la production de photos prises depuis une propriété privée ne pourrait être autorisée qu'en l'absence de moyens moins intrusifs, tels l'utilisation informations publiées sur des réseaux sociaux, pour ce faire. Si l'atteinte à la vie privée ne peut être admise au regard de l'ensemble de ces critères, la preuve qui en résulte devrait être écartée des débats. Des dommages et intérêts pourraient également, le cas échéant, être alloués à la partie ayant subi l'intrusion injustifiée.

III. Conclusion

21. Loin de succomber à l'adage "nécessité fait loi", nous pensons que les enjeux des litiges alimentaires ont une importance qui permet de justifier des atteintes raisonnables au droit à la protection de la vie privée. Dès lors, dans les limites tracées par la présente contribution, ce droit devrait pouvoir céder de-

vant des nécessités probatoires. A défaut, la charge de la preuve se refermera comme un piège sur la partie confrontée au manque de collaboration d'un (ex-)partenaire.⁷⁸ Ce serait alors un véritable sentiment d'injustice qui gagnerait le justiciable, qui connaissait l'existence d'un fait déterminant pour l'issue du litige, mais à qui l'on a refusé l'opportunité de l'établir. Le droit à la protection de la vie privée ne peut être utilisé pour s'exonérer de ses obligations alimentaires, sous peine d'être détourné de sa finalité. Un tel usage serait constitutif d'un abus de droit fondamental⁷⁹ et ne peut être admis.

Il va de soi que toutes les atteintes à la vie privée ne sauraient pour autant être justifiées, sous peine de dérives d'investigation inhérentes à ce type de contentieux. Les litiges familiaux sont en effet propices aux règlements de compte, et la matière des aliments n'y déroge pas. Nous pensons donc que la jurisprudence qui procède à une minutieuse balance des intérêts en présence avant d'écartier un élément probatoire portant atteinte à la vie privée, mérite d'être encouragée. D'aucuns verront dans cette invitation à procéder au "cas par cas" un danger pour la sécurité juridique. Peut-être, mais la sécurité juridique n'est pas une fin en soi et doit pouvoir céder devant des considérations d'équité.

Certains continueront de s'insurger contre les immixtions d'un (ex-)partenaire dans une vie privée qui n'est plus partagée et ne le (ou la) regarde plus. Le sentiment est légitime et cadre avec l'évolution constatée du droit au respect de la vie privée et familiale. Depuis quelques années, cette protection s'oriente en effet vers une perspective plus individualiste que familiale: on protège la vie privée d'un individu à l'égard de ses (ex-)proches.⁸⁰ Nous pensons cependant que les atteintes à la vie privée doivent être relativisées lorsqu'elles s'inscrivent dans le débat judiciaire.⁸¹ Seuls les parties, leurs conseils et la juridiction auront en effet connaissance des pièces litigieuses⁸², et toute diffusion au-delà de ce qui est nécessaire pour que justice soit rendue est à proscrire.

74. Cass., 10 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 580, R. DE BAERDEMAEKER, *N.J.W.*, 2010, p. 195, note K. VAN KILDONCK, *Or.*, 2008, p. 172, *reflet* I. PLETS, *Pas*, 2008, p. 652, *R.C.J.B.*, 2009, p. 325, note F. KEFER, *Chron. D.S.*, 2008, p. 538, note.
75. Le terme "loi" doit être pris dans un sens matériel et non formel. Voy. sur cette notion: P. DE HERT, *Art. 8 E.V.R.M. en het Belgisch Recht. De bescherming van privacy, gezin, woonst en communicatie*, Gand, Mys & Breesch, 1998, pp. 17-24, n° 15-23.
76. Cour eur. D.H., *L.L. c. France*, arrêt du 10 octobre 2006, *J.T.-dr. eur.*, 2007, liv. 135, p. 30, *somm.*, *NJB*, 2007, liv. 1, p. 24, *R.D.J.P.*, 2007, liv. 2, p. 71; B. ALLEMEERSCH et P. SCHOLLEN, "Behoorlijk bewijs in burgerlijke zaken. Over de geoorloofdeheidsvereiste in het burgerlijk bewijsrecht", *R.W.*, 2002-03, p. 56, n° 48; N. DUPONT, "Droit au respect de la vie privée versus droit à la preuve", note sous Cass. fr., 16 octobre 2008, *Gaz. Pal.*, 2008, p. 4169.
77. J.P. GRÂCE-HOLLOGNE, 18 novembre 2003, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 613.
78. Voir W. VANDENBUSSCHE et I. SAMOY, "Uitkeringen tot onderhoud na echtscheiding en het recht op bewijs", note sous Cass., 24 juin 2011, *T. Fam.*, 2012, p. 156, n° 9-11. Le droit hollandais s'est penché sur la question. Ainsi, Code de procédure civile offre la possibilité au juge de renverser la charge de la preuve pour des raisons d'équité (art. 150).

79. En ce sens: F. KEFER, "Antigone et Manon s'invitent en droit social. Quelques propos sur la légalité de la preuve", note sous Cass., 10 mars 2008, *R.C.J.B.*, 2009, p. 350, n° 23.
80. En ce sens: J.-L. RENCHON, F. REUSENS et G. WILLEMS, "Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales", in *Les droits de la personnalité*, J.-L. RENCHON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 131-136; F. SWENNEN, "Privéleven is personenrecht is familierecht", *R.W.*, 2011-12, p. 41.
81. En ce sens à propos de photographies prises par un détective privé pour démontrer l'existence d'une cause de divorce: Bruxelles, 14 mars 2001, *E.J.*, 2003, p. 9, note N. VAN LEUVEN, *J.T.*, 2002, p. 387, *J.L.M.B.*, 2002, p. 640, point 1.4. Dans le même sens: Civ. Gand, 13 octobre 2005, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2006, p. 14.
82. Sous réserve cependant des personnes qui assisteraient à l'audience. Les litiges alimentaires échappent en effet en grande majorité à la règle du huis-clos, instauré en matière familiale par la loi du 2 juin 2010 (art 757, § 2, C. jud.).