

Gare aux SMS !

Céline Castets-Renard, Maître de conférences à l'Université des sciences sociales de Toulouse I, IRDEIC, Co-directrice du Master II Propriété intellectuelle

La Chambre sociale de la Cour de cassation vient de rendre un arrêt remarquable le 23 mai 2007 en admettant qu'un SMS puisse prouver le harcèlement sexuel d'un employeur envers sa salariée. Cet arrêt doit retenir l'attention car la reconnaissance de la loyauté de ce mode de preuve pourrait avoir une large portée, au-delà du contentieux social. Pourtant, l'admission de cette preuve électronique n'est pas sans susciter quelques interrogations.

Madame X est négociatrice immobilière dans une SCP, titulaire d'un office notarial. Elle a été licenciée pour faute grave et a saisi le conseil des prud'hommes pour contester son licenciement en faisant état d'un harcèlement sexuel. Pour sa part, son employeur lui reproche d'avoir abusé de ses fonctions à des fins personnelles en rachetant à un client de l'étude notariale un terrain pour son propre compte afin de le revendre à un prix très supérieur. La Cour d'appel d'Agen, dans un arrêt du 5 avril 2006, décide que le licenciement ne reposait pas sur une faute grave. L'employeur se pourvoit en cassation. La Chambre sociale confirme la décision de la cour d'appel en constatant, sur le premier moyen, que le fait reproché à la salariée n'avait suscité aucune remarque de la part de l'employeur. Dès lors, le comportement de la salariée n'empêchait pas son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et ne constituait pas une faute grave. Sur le second moyen, l'employeur conteste les modes de preuve du harcèlement sexuel retenus par la cour d'appel. Il estime que l'enregistrement et la reconstitution d'une conversation téléphonique, ainsi que la retranscription de messages écrits téléphoniquement, dits SMS, constituent des procédés déloyaux rendant irrecevables les preuves ainsi obtenues. La Cour de cassation devait donc se prononcer sur la recevabilité en justice de la preuve faite par des SMS. Elle décide que « *si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal, rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* ». Au vu de ces messages et des autres éléments de preuve, la Cour estime que l'existence du harcèlement est établi.

Cette décision est originale car la preuve ici contestée est fournie non par le salarié, mais par l'employeur. Les juges ont plutôt, jusqu'à présent, eu à se prononcer sur des enregistrements déloyaux, d'images (1) ou de paroles, produits par l'employeur. L'arrêt est par ailleurs majeur en ce qu'il vient préciser les conditions de loyauté de la preuve et se prononcer sur l'admission en justice d'un nouveau mode de preuve, le SMS. En matière délictuelle, la preuve est libre, aussi la preuve par SMS ne cause-t-elle pas de difficulté de principe. Cependant, l'identité du destinataire et l'intégrité du message ne sont pas garantis. En l'espèce, l'employeur ne contestait pas le SMS en lui-même, uniquement la loyauté de sa production en justice. Dès lors, l'apport de l'arrêt est double : il reconnaît la loyauté de la preuve par SMS (I) et la recevabilité de la preuve électronique par SMS (II).

I - La loyauté de la preuve par SMS

Le principe de loyauté de la preuve produite en justice est un principe général (2), consacré à l'article 9 du nouveau code de procédure civile aux termes duquel : « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». La

« loi » doit s'entendre largement et vise des principes généraux, tels la loyauté et la dignité de la preuve. Le principe de loyauté repose sur l'information préalable des procédés d'enregistrement mis en oeuvre (A). La Chambre sociale admet ici que la connaissance puisse être implicite (B), témoignant d'une souplesse dans la formalisation de cette exigence d'information.

A - L'information préalable

La jurisprudence de la Chambre sociale prohibe la preuve déloyale, obligeant l'employeur à informer préalablement le salarié⁽³⁾. Le principe est donc qu'un enregistrement, d'images, de sons ou de textes, ne peut constituer une preuve loyale que si le salarié avait connaissance de l'enregistrement. La preuve devient illicite lorsqu'elle est récoltée à l'insu du salarié⁽⁴⁾. L'emploi de procédés clandestins, quels qu'ils soient⁽⁵⁾, est donc sanctionné par une jurisprudence constante⁽⁶⁾, reprise par les Chambres civiles⁽⁷⁾. Cet arrêt confirme la jurisprudence dominante en reprenant les termes exacts de l'arrêt rendu par la deuxième Chambre civile le 7 octobre 2004 : « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal, rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue* ». La seule différence avec l'arrêt sous commentaire est que le principe de loyauté est ici appliqué au salarié, ce qui résulte logiquement du fondement général de ce principe. Par ailleurs, les informations collectées ne doivent pas concerner la vie privée des personnes sous surveillance. Ainsi, par exemple, l'employeur qui dissimule un dispositif permettant d'enregistrer les conversations ou les correspondances privées de ses employés est passible du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée (art. 226-1 c. pén.)⁽⁸⁾. A cette condition de connaissance des salariés, s'ajoute le fait que le contrôle de l'employeur doit être justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché (art. L. 120-2 c. trav.).

Bien que général, le principe de la loyauté de la preuve est parfois écarté au profit du principe du contradictoire. La Chambre criminelle de la Cour de cassation se montre plus souple dans l'admission des modes de preuve à l'insu des salariés. Par application de l'article 427 du code de procédure pénale, elle admet la preuve illégale⁽⁹⁾ dès lors que cette preuve peut être discutée contradictoirement. Le principe du contradictoire justifie les limites ainsi apportées au principe de loyauté. Selon les principes du procès pénal, l'intime conviction du juge doit permettre la manifestation de la vérité⁽¹⁰⁾. L'article 427 du code de procédure pénale permet également d'admettre le *testing*⁽¹¹⁾ afin d'établir des pratiques discriminatoires. Plus récemment, la Chambre criminelle a admis que ne méconnaît pas les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme la cour d'appel qui, après en avoir contradictoirement débattu, admet comme mode de preuve la production de l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, dès lors qu'une telle production est justifiée par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont l'auteur de l'enregistrement est victime et pour les besoins de sa défense⁽¹²⁾. Cette preuve est admise, même lorsqu'elle a été récoltée à la suite d'un stratagème privé⁽¹³⁾, alors que la preuve obtenue sur provocation policière, française⁽¹⁴⁾ ou étrangère⁽¹⁵⁾, est jugée déloyale⁽¹⁶⁾. La loi n° 2004-904 du 2 mars 2004, dite loi Perben II, a toutefois prévu des hypothèses dans lesquelles, lorsqu'une enquête ou une instruction sont ouvertes pour un certain nombre d'infractions relevant de la criminalité organisée, il est désormais possible de procéder à des opérations de surveillance, d'infiltrations et de sonorisation de locaux privés (art. 706-80 s. c. pr. pén.). La Cour européenne des droits de l'homme retient un raisonnement comparable à celui de la Chambre criminelle. Elle admet aussi que le principe du procès équitable, consacré à l'article 6 de la Convention EDH, ne fait pas obstacle à l'admission de modes de preuve déloyaux dès lors qu'ils sont débattus contradictoirement⁽¹⁷⁾.

Le principe de la loyauté de la preuve peut également être assoupli dans sa formalisation. La Chambre sociale reconnaît ici qu'une information préalable implicite suffit à constituer une preuve loyale.

B - L'information préalable implicite

L'information préalable de la personne surveillée présente des formes différentes. S'il s'agit de

mettre en place un véritable dispositif de surveillance des salariés, l'employeur doit en principe accomplir un certain nombre de formalités. Il doit tout d'abord informer les salariés individuellement (art. L. 121-8 c. trav.). Il doit également informer le comité d'entreprise (art. 432-2-1 c. trav.) lorsqu'il y en a un. Il doit aussi procéder à une déclaration préalable auprès de la CNIL si les informations collectées constituent des données à caractère personnel, au sens de l'article 4 de la loi du 6 janvier 1978, et donnent lieu à un traitement informatique, ce qui représentera la majorité des cas.

Mais la jurisprudence a reconnu que certaines situations pouvaient être licites sans information préalable du salarié. Tel est le cas lorsque « *le contrôle n'appelle l'organisation d'aucun dispositif particulier mais résulte de la seule utilisation de techniques connues et légitimes de suivi de l'activité de l'entreprise* » (18). Il en est ainsi de la vérification par l'entreprise du relevé de ses communications téléphoniques (19). Plus largement, il a été admis que lorsque le salarié ne pouvait ignorer qu'il était surveillé, aucune information préalable n'est nécessaire et les procédés utilisés ne peuvent pas être considérés comme clandestins (20). Dans le même sens, l'usage par le salarié de procédés permettant la traçabilité des opérations effectuées, connue de tous, exclut l'exigence d'information préalable de l'employeur (21). Telle semble bien être la solution consacrée ici par la Chambre sociale de la Cour de cassation qui retient que la preuve n'est pas déloyale en cas d'« *utilisation par le destinataire des messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur* ». L'enregistrement et la traçabilité possibles des informations par les procédés utilisés empêchent de qualifier ces derniers de clandestins. La technique même utilisée par la personne à qui on l'oppose suppose un enregistrement. Dès lors, la connaissance de l'enregistrement est implicite et aucune démarche pour porter à la connaissance n'est nécessaire. La Cour de cassation confirme ainsi la possibilité de reconnaître une connaissance implicite, voire une présomption de connaissance d'une possible surveillance ou enregistrement. Si l'assouplissement de la condition d'information préalable n'est pas totalement nouvelle, la solution admise par la Cour de cassation est générale en ce qu'elle semble admettre une présomption de connaissance de l'enregistrement qui repose sur la technique utilisée.

Mais la Cour de cassation se fonde sur un procédé électronique pour admettre la connaissance implicite de l'enregistrement, alors que la technique servant ici de preuve est critiquable.

II - La recevabilité de la preuve électronique par SMS

La Cour de cassation innove quant à la technique d'enregistrement admise à titre de preuve. Elle s'est contentée jusqu'à présent d'admettre la loyauté des enregistrements de conversations téléphoniques connus de tous, ou encore le téléchargement de logiciels. Elle va ici plus loin en admettant la preuve par la technique du SMS. Certes, en matière délictuelle la preuve se fait par tout moyen et l'admission d'un écrit électronique ne cause pas de difficulté de principe. Néanmoins, la comparaison avec les exigences de preuve d'un acte juridique par écrit électronique est intéressante. La loi du 13 mars 2000, codifiée aux articles 1316 à 1316-4 du code civil, a posé des conditions d'identité et d'intégrité de l'écrit produit (art. 1316-1 c. civ.). Même s'il est normal de ne pas imposer de telles conditions dans les hypothèses où la preuve est libre, il n'en demeure pas moins que la preuve par SMS soit contestable en soi. En effet, il est peu probable que le procédé du SMS puisse garantir l'identité et l'intégrité. Cela est d'autant plus vrai des téléphones portables *bluetooth* qui peuvent permettre une prise de commande à distance par un tiers, sans que le titulaire du téléphone s'en aperçoive. Également, il ne faut pas négliger l'hypothèse simple et classique de la perte du téléphone ou encore de l'usage du téléphone par un tiers, à l'insu de son propriétaire. La technique du SMS ne saurait être un mode de preuve garantissant l'identité et l'intégrité et son admission est amplement contestable. Mais, en l'espèce, toute contestable que soit la preuve par SMS, elle n'était pas contestée par l'employeur. La remise en cause de la loyauté du procédé constituait même quasiment un aveu de ce dernier. Sans doute eût-il été préférable pour l'employeur de critiquer le SMS, en ce qu'il ne garantit pas l'identité de l'expéditeur et l'identité du message. Cette question n'étant pas soulevée, la Cour de cassation ne s'est naturellement pas prononcée, et a pu aisément admettre ce mode de preuve.

Par ailleurs, la Cour de cassation a refusé dans cette affaire de retenir comme moyen de preuve un enregistrement téléphonique de l'employeur qui établissait clairement le harcèlement, sans contestation d'identité et d'intégrité, mais réalisé à son insu. Le principe de loyauté interdit de s'en prévaloir en justice. En revanche, la Cour de cassation retient la preuve par SMS puisque la connaissance implicite assure une preuve loyale, alors même que ce mode de preuve n'est pas incontestable en soi. Une preuve crédible mais déloyale est écartée, alors qu'une preuve contestable mais loyale et surtout non contestée en l'espèce est retenue. Une telle contradiction explique aussi la facilité avec laquelle la Chambre sociale a admis la preuve par SMS. Elle précise d'ailleurs, sans véritable explication, que la preuve du harcèlement a été établie par le SMS « *et les autres éléments de preuve* ». Elle ne peut certes se référer à l'enregistrement téléphonique clandestin, mais il est probable que cet élément ait joué dans la reconnaissance du harcèlement. En outre, la Chambre sociale se montre le plus souvent clémentine envers le salarié dans le contentieux de la preuve⁽²²⁾, en particulier en matière de harcèlement dont la preuve est particulièrement difficile à rapporter. Depuis l'époque des faits, l'article 169 de la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, codifié à l'article L. 122-52 du code du travail, allège d'ailleurs la charge de la preuve du salarié en exigeant simplement qu'il « *présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement* ». Il incombe ensuite à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, « *de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* ». Cette disposition renverse la charge de la preuve et fait supporter à l'employeur une preuve négative fort délicate.

Au vu de la nature du contentieux et des circonstances de l'espèce, la solution n'est finalement pas surprenante. Les juges devront toutefois se montrer vigilants à l'avenir, afin de ne pas systématiquement et par principe admettre la preuve par SMS. Il n'est pas souhaitable d'accueillir facilement ce procédé ne garantissant ni l'intégrité du message ni l'identité de son destinataire, et méritant dès lors d'être complété par d'autres éléments de preuve. Sous cette réserve, l'arrêt peut être approuvé.

Mots clés :

PREUVE * Administration de la preuve * Mode de preuve * Enregistrement connu * SMS * Recevabilité

CONTRAT DE TRAVAIL * Rupture * Licenciement * Faute grave * Preuve * Harcèlement sexuel

(1) En particulier par la vidéosurveillance : Soc. 20 nov. 1991, *Néocel c/ Spaeter*, Bull. civ. V, n° 519 ; D. 1992. Jur. 73, note Y. Chauvy⁽¹⁾ ; RTD civ. 1992. 365, obs. J. Hauser⁽²⁾ ; *ibid.* 418, obs. P.-Y. Gautier⁽³⁾.

(2) L. Raison-Rebufat, Le principe de loyauté en droit de la preuve, Gaz. Pal., 27 juill. 2002. 3.

(3) Soc. 15 mai 2001 ; RJS 7/01, n° 830, 1re esp. ; V. aussi D. 2001, Somm. 3015, obs. T. Aubert-Monpeyssen⁽⁴⁾ ; D. 1992, Jur. 2292, note J.-C. Planque⁽⁵⁾.

(4) Soc. 14 mars 2000, Bull. civ. V, n° 101 ; D. 2000. IR. 105⁽⁶⁾ ; JCP 2001. II. 10472, note C. Puigelier.

(5) La solution est identique pour la surveillance des courriers électroniques : Montpellier, 6 juin 2001, CCE 2001, Comm.. 120, obs. A. Lepage.

(6) Par ex. : Soc. 31 janv. 2001, préc.. Constitue un mode de preuve valable des écoutes téléphoniques dont les salariés ont été dûment informés. En revanche, a été sanctionné le recours, à l'insu du salarié, à un détective privé : Soc. 23 nov. 2005. La mise en oeuvre d'une filature est également un procédé déloyal : Soc. 22 mai 1995, *SA Manulev service*, Bull. civ. V, n° 164 ; D. 1995. IR. 150⁽⁷⁾ ; 24 janv. 2002, *M. Bonnet*, Bull. civ. V, n° 35. Le recours, à l'insu des salariés, à une société de surveillance a été sanctionné : Soc., 15 mai 2001. Il a

également été jugé que lorsque le système de vidéosurveillance de la clientèle mis en place par l'employeur est aussi utilisé par celui-ci pour contrôler ses salariés sans information et consultation préalable du comité d'entreprise, conformément aux dispositions de l'art. L. 432-2-1 c. trav., les enregistrements constituent un moyen de preuve illicite de la faute grave invoquée pour justifier le licenciement : Soc. 7 juin 2006, D. 2006, IR. 1704.

(7) Civ. 2e, 7 oct. 2004, *Slusarek c/ Togni*, Bull. civ. II, n° 447 ; D. 2005. Jur. 122, note. P. Bonfils, et Pan. 2643, obs. A. Lepage et C. Bigot ; AJ pénal 2005. 30, obs. C. S. Enderlin ; JCP 2005. II. 10025 : « l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue ».

(8) Crim. 24 janv. 1995.

(9) Par ex. : Crim. 6 avr. 1994, Bull. crim. n° 136 ; D. 1994. IR. 155 ; RSC 1994. 776, obs. G. Giudicelli-Delage ; Crim. 30 mars 1999, D. 2000. Jur. 391, note T. Garé : « la circonstance que des documents ou des enregistrements aient été obtenus par des procédés déloyaux ne permet pas au juge d'instruction de refuser de les joindre à la procédure, dès lors qu'ils ne constituent que des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement ».

(10) V. L. Marino, NTIC et droit du travail ; J.-Cl. Com., Fasc. n° 4820.

(11) Crim. 11 juin 2002, *SOS Racisme*, Bull. crim. n° 131 ; D. 2002. IR. 2657, et L. Collet-Askri, La Chambre criminelle valide le *testing* comme mode de preuve, serait-il déloyal..., D. 2003. Chron. 1309 ; GAPP, 5e éd., 2006, p. 187 ; RSC 2002. 879, obs. J.-F. Renucci.

(12) Crim. 11 mai 2004.

(13) Crim. 31 janv. 2007, D. 2007. Chron. C. cass. 1817 ; AJ pénal 2007. 144, obs. E. A. ; RSC 2007. 331, obs. R. Filniez.

(14) Crim. 11 mai 2006, D. 2006. IR. 1772 ; AJ pénal 2006. 354, obs. E. Verges ; RSC 2006. 848, obs. R. Finielz ; *ibid.* 876, obs. J.-F. Renucci ; CCE 2007. 37, obs. A. Lepage : des policiers français ne peuvent provoquer à la commission d'une infraction pour fonder leur enquête, fut-ce à un pédophile suspecté, la déloyauté d'un tel procédé rendant irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus.

(15) Crim. 7 févr. 2007, D. 2007. AJ. 1079 ; AJ pénal 2007. 233, obs. M.-E. C. ; RSC 2007. 331, obs. R. Filniez : la Cour étend le principe à toutes les enquêtes, qu'elles soient le fait d'autorités françaises ou étrangères.


(16) Sur cette contradiction, V. B. Bouloc, La preuve en matière pénale, in *La preuve*, ss. la dir. de C. Puigelier, Economica, 2004, p. 53.

(17) CEDH, 12 juil. 1988, *Schenk c/ Suisse*, RSC 1988. 840, obs. L.-E. Pettiti et F. Teitgen.

(18) B. Teyssié, La preuve en droit du travail, in *La preuve*, ss. la dir. de C. Puigelier, Economica, 2004, p. 78.

(19) Soc. 15 mai 2001, D. 2001. Somm. 3015, obs. T. Aubert-Monpeysen, et 2002. Jur. 2292, note J.-C. Planque ; RJS 7/01, n° 830, 2e esp.

(20) Paris, 15 nov. 2002, *SA Viel et Cie c/ Sté Intercapital group Ltd*, Juris-Data, n° 2002-196043 : « l'enregistrement des conversations téléphoniques qui se tiennent dans la salle de marché d'un agent des marchés interbancaires constitue l'usage dans la profession et la norme pour la société ».

(21) Besançon, 9 sept. 2003, D. 2004. Somm. 1636, obs. L. Marino .

(22) En ce sens : B. Teyssié, *op. cit.*