

Recueil Dalloz 2007 p. 2284

L'enregistrement d'un SMS comme mode de preuve

Arrêt rendu par Cour de cassation, soc.

23 mai 2007

n° 06-43.209 (1145 FS-P+B+I)

Sommaire :

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 (1).

Texte intégral :

LA COUR : - Attendu, selon l'arrêt attaqué (Agen, 5 avril 2006), rendu sur renvoi après cassation (chambre sociale, 20 avril 2005, pourvoi n° Y 3 41-916), que Mme X..., négociatrice immobilière à la SCP Y..., Toussaint et Aragon devenue SCP Y..., Aragon, Fournié, titulaire d'un office notarial, a été licenciée pour faute grave le 23 août 2000 ; qu'elle a saisi le conseil de prud'hommes en contestant son licenciement et en faisant état d'un harcèlement sexuel ;

Sur le premier moyen : - Attendu que la SCP notariale fait grief à l'arrêt d'avoir décidé que le licenciement ne reposait pas sur une faute grave, alors, selon le moyen, que commet une faute grave le salarié d'un office notarial qui abuse de ses fonctions, à des fins personnelles, au préjudice des clients de l'étude ; qu'en l'espèce, ayant constaté que la salariée, négociatrice immobilière chargée de commercialiser un terrain, avait proposé au vendeur de l'acheter pour son propre compte en déclarant faussement vouloir y établir son habitation, avait tenté dans le même temps de le revendre à un tiers à un prix très supérieur et avait ainsi utilisé son poste pour tenter de réaliser une opération à son seul profit contrairement à l'éthique de sa profession, la cour d'appel devait en déduire que le licenciement de cette salariée était justifié par une faute grave ; qu'en décidant au contraire que seule une cause réelle et sérieuse devait être retenue, elle n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a ainsi violé les articles L. 122-6, L. 122-8 et L. 122-9 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel, qui a retenu que le fait reproché à la salariée n'avait suscité aucune remarque de la part de l'employeur, a pu en déduire que son comportement n'empêchait pas son maintien dans l'entreprise pendant la durée du préavis et ne constituait pas une faute grave ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen : - Attendu que la SCP notariale et M. Y... font grief à l'arrêt d'avoir déclaré établi le harcèlement sexuel de la salariée et de lui avoir alloué une somme à ce titre, alors selon le moyen : 1°) *que l'enregistrement et la reconstitution d'une conversation ainsi que la retranscription de messages, lorsqu'ils sont effectués à l'insu de leur auteur, constituent des procédés déloyaux rendant irrecevables en justice les preuves ainsi obtenues; que, dès lors, en se fondant sur des messages téléphoniques d'août 1998 reconstitués et retranscrits par un huissier à l'insu de leur auteur et sur l'enregistrement d'un entretien d'avril 2000 effectué par la salariée sur une microcassette à l'insu de son employeur, la cour d'appel a violé les articles 9 du nouveau code de procédure civile et 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; 2°) qu'en imposant à M. Y... de rapporter la preuve qu'il n'était pas l'auteur des messages envoyés à partir de son téléphone*

portable, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1315 du code civil ; 3°) que le juge ne peut statuer par voie de pure affirmation ; que, dès lors, en se fondant sur ce que les pressions de M. Y... s'étaient « traduites par un état dépressif de la salariée », « qu'à compter de la mi-juin elle a été informée qu'elle n'avait plus de bureau » et que le harcèlement avait eu des « conséquences sur les conditions de travail de la salariée et son état de santé », sans analyser ni même préciser les pièces dont elle déduisait ces affirmations, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu 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 S.M.S., dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur ;

Et attendu qu'abstraction faite du motif surabondant tiré de l'enregistrement d'une conversation téléphonique ultérieure, la cour d'appel a constaté, par une appréciation souveraine, que les messages écrits adressés téléphoniquement à la salariée le 24 août 1998 et les autres éléments de preuve soumis à son examen établissaient l'existence d'un harcèlement ; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs, rejette [...].

Demandeur : Laville-Aragon (Sté)

Décision attaquée : Cour d'appel d'Agen ch. soc. 5 avril 2006 (Rejet)

Texte(s) appliqué(s) :

Nouveau code de procédure civile - art. 9

Mots clés :

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

CONTRAT DE TRAVAIL * Rupture * Licenciement * Faute grave * Preuve * Harcèlement sexuel * Enregistrement connu * SMS * Recevabilité

(1) Les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) sont principalement appréhendées en droit du travail sous l'angle de la nécessaire mais redoutable conciliation du droit au respect de la vie privée du salarié avec le pouvoir de surveillance et de contrôle de l'employeur. Les NTIC y sont, en revanche, plus rarement envisagées comme des modes potentiels de preuve. Lorsqu'elle intervient, cette considération intervient au plus dans le sillage de la première. Ainsi, dans l'arrêt *Nikon*, l'irrecevabilité comme mode de preuve des messages électroniques émis et reçus par le salarié à l'aide de l'ordinateur mis à sa disposition pour son travail découle de la violation par l'employeur du droit au respect de l'intimité de la vie privée du salarié, notamment du droit au secret de ses correspondances (Soc. 2 oct. 2001, Bull. civ. V, n° 291 ; D. 2001. Jur. 3148, note Gautier ; D. 2002. Somm. 2296, obs. Caron ; RTD civ. 2002. 72, obs. Hauser ; Dr. soc. 2001. 915, note Ray ; Sem. soc. Lamy 2001, n°1045, p. 6, concl. S. Kehrig). En ce qu'il se prononce sans détour sur la question de l'admissibilité d'une NTIC comme mode de preuve, l'arrêt que la Cour de cassation a rendu le 23 mai 2007 mérite donc qu'on lui prête attention.

En l'espèce, une salariée a contesté le licenciement pour faute grave dont elle a fait l'objet car il trouverait sa cause véritable, selon elle, dans son refus de céder aux avances sexuelles de l'un des associés de la société. Pour juger que le harcèlement sexuel était établi, la cour d'appel s'est fondée sur la teneur de certains SMS adressés à la salariée. Devant la Cour de cassation, l'admissibilité de ce mode de preuve a été critiquée par le pourvoi. Ce dernier a

notamment soutenu que la retranscription de messages, lorsqu'elle est effectuée à l'insu de son auteur, constitue un procédé déloyal rendant irrecevables en justice les preuves ainsi obtenues. Si ce moyen s'inspire, dans sa rédaction, d'un arrêt de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation (Civ. 2e, 7 oct. 2004, Bull. civ. II, n° 447 ; D. 2005. Jur. 122, note Bonfils ; JCP 2005. I. 10025, note Léger), il prend en réalité racine dans la jurisprudence de la Chambre sociale qui reconnaît à l'employeur le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps du travail à condition de ne pas le faire à l'aide de procédés mis en place à leur insu (Soc. 20 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 519 ; D. 1992. Jur. 73, concl. Chauvy ; Soc. 22 mai 1995, Bull. civ. V, n° 164 ; RJS 8-9/95, p. 489, concl. Chauvy ; Soc. 14 mars 2000, Bull. civ. V, n° 101). Comme l'y invite le pourvoi, la Cour de cassation fait application de cette jurisprudence au cas d'espèce. Mais c'est toutefois à une conclusion bien différente qu'elle aboutit. Selon elle, « 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 ».

A première vue, cette solution peut surprendre. Pourquoi l'enregistrement d'un SMS appellerait-il une solution différente de l'enregistrement d'une conversation téléphonique ? Pourtant, à bien y regarder, cette solution est une application parfaite de la règle posée par la Cour de cassation en matière de preuve. En effet, c'est le fait d'avoir été obtenue à l'insu de celui à qui elle est opposée qui rend une preuve irrecevable. Or, comme le relève justement la Cour de cassation, l'auteur d'un SMS sait très bien qu'il sera automatiquement conservé dans l'appareil de son destinataire ; comment peut-il prétendre alors que son SMS a été enregistré à son insu, seul moyen de contester sa recevabilité comme mode de preuve ? Le raisonnement tenu par la Cour de cassation rappelle, dans une certaine mesure, celui prescrit à l'article L. 226-1 du code pénal. Cet article condamne à un an d'emprisonnement et 45000 € d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, de porter volontairement atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui, en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel. Il prévoit toutefois que lorsque ces actes ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, leur consentement est présumé. En estimant que l'auteur d'un SMS ne peut ignorer que ces derniers sont nécessairement enregistrés dans l'appareil récepteur, la Cour de cassation ne s'inspire-t-elle pas d'une telle présomption ?

En tout état de cause, au-delà de la solution adoptée, on retiendra surtout de l'arrêt du 23 mai 2007 que les Hauts magistrats ont adapté le plus finement possible leur jurisprudence sur l'admissibilité des modes de preuves aux caractéristiques techniques du SMS.

A. Fabre