

> LES SMS, UN NOUVEAU MODE DE PREUVE ADMISSIBLE

Actuellement 80,6% de la population française dispose d'un téléphone mobile. Si les mobiles ont pour vocation première la téléphonie, les français sont aussi accros des SMS. Ces messages souvent écrits dans un français très particulier sont devenus en quelques très années le nouveau moyen de transmission puisque chaque détenteur d'un téléphone portable envoie en moyenne 26,9 SMS par mois. Au-delà des factures qui s'alourdissent considérablement, le SMS peut avoir, dans certains cas, des suites judiciaires.

L'article 226-15 du code pénal incrimine le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions.

Ainsi, l'écoute ou l'enregistrement de paroles prononcées par une personne, sans le consentement de celle-ci, constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée.

Pour échapper à sa responsabilité pénale, l'employeur doit obtenir au préalable le consentement du salarié.

C'est ainsi que la **Cour de cassation** avait considéré comme un mode de preuve illicite l'enregistrement d'images ou de paroles à l'insu des salariés (Cass. soc., 20 novembre 1991, n°88-43120).

En revanche, elle a admis le licenciement pour faute grave d'un salarié prenant des paris sur l'élection présidentielle et sur des matchs de football pendant le temps de travail et sur le lieu de travail, à la suite d'écoutes téléphoniques opérées par l'employeur, après en avoir avisé les salariés (Cass. soc., 14 mars 2000, n°98-42090).

Poursuivant sa construction jurisprudentielle, elle a refusé d'admettre comme preuve des documents fournis par l'employeur et issus de l'ordinateur professionnel du salarié, documents intitulés «fichiers personnels» (Cass. soc., 2 octobre 2001, n°99-42942).

Rappelons que la mise en place d'un dispositif d'écoute ou d'enregistrement des conversations téléphoniques doit faire l'objet d'une déclaration préalable à la CNIL.

Peut-on assimiler les **SMS** à des écoutes téléphoniques?

La Cour de cassation vient de répondre par la négative dans un arrêt du 23 mai 2007 (pourvoi n°06-43209).

Dans cette affaire, une salariée est licenciée pour faute grave. Elle conteste son licenciement et prétend avoir été victime de harcèlement sexuel.

Les modes de preuve à l'appui d'une telle demande sont toujours très difficiles à rapporter.

En l'espèce, la salariée utilise trois procédés:

- des messages téléphoniques reconstitués et retranscrits par un huissier de justice;
- l'enregistrement d'un entretien effectué à l'insu de son employeur;
- des SMS envoyés par l'employeur sur le téléphone portable de la salariée.

Conformément à sa position antérieure, la Cour de cassation élimine les deux premiers modes de preuve car, du fait que les enregistrements ont été effectués à l'insu de l'employeur ils constituent «un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue», et ce, même si l'intervention d'un huissier de justice ne remet pas

en cause la véracité de la preuve.

Tel n'est pas le cas du «message écrit téléphoniquement», ou sms (short message service), puisque l'auteur ne peut ignorer qu'il est enregistré par l'appareil récepteur. Elle renvoie à l'appréciation souveraine des juges du fond les conséquences de cette preuve, les juges du fond ayant admis l'existence d'un harcèlement.

Si cette décision est rendue dans un cadre particulier où le régime de la charge de la preuve est aménagé –?le harcèlement sexuel?–, elle n'est pas pour autant limitée à cette «matière» dans la mesure où l'arrêt n'est pas rendu au regard de l'article L.122-52 du Code du travail, mais de l'article 1315 du code civil sur la charge de la preuve.

Le SMS pourra donc être utilisé dans tout procès prud'homal.

COUR DE CASSATION

C'est la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire français. Elle est précédée par le Tribunal de cassation, mis en place par l'Assemblée constituante de 1790. La Cour de cassation a pour mission de réviser, à la demande des parties, les décisions émanant des tribunaux et cours d'appel, au pénal comme au civil.

SMS

Les mini-messages de texte ou Short Message Service (SMS) sont envoyés depuis un portable à destination d'un autre portable. Il existe également le MMS (Multimedia Messaging Service), qui est l'équivalent du SMS mais qui comporte en plus des images, de la vidéo et du son.