

TIC. La Cour de cassation opère une distinction entre l'enregistrement des conversations téléphoniques orales, mode de preuve prohibé et l'utilisation des SMS, preuve au contraire recevable, car l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont automatiquement enregistrés.

Les paroles s'envolent, les SMS restent

Jean-Emmanuel Ray, Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

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 de messages écrits téléphoniquement adressés, dits SMS, dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur». Mis en ligne sur Internet avec un très bref communiqué, l'arrêt du 23 mai 2007 n'est donc pas un petit arrêt d'espèce.

Une salariée destinataire de nombreux SMS en avait fait constater le contenu par huissier, puis avait utilisé cette preuve à l'appui d'une demande de dommages-intérêts pour harcèlement sexuel contre l'auteur des messages: son employeur. Victoire: ces SMS («short message service») adressés à la salariée constituaient une preuve recevable, qui établissait l'existence d'un harcèlement.

Sans insister sur le premier moyen où l'on apprend que la victime, négociatrice immobilière d'une SCP notariale, «chargée de commercialiser un terrain, avait proposé au vendeur de l'acheter pour son propre compte en déclarant faussement vouloir y établir son habitation, puis avait tenté dans le même temps de le revendre à un tiers à un prix très supérieur», quelle analyse faire de cet arrêt?

Solution *a priori* classique: à l'instar d'une lettre missive, la chambre sociale estime que de tels messages écrits (les SMS) constituent une preuve admissible puisque leur destinataire en devient propriétaire. Ce qui les différencie évidemment d'éventuelles écoutes ou enregistrements téléphoniques, les deux issus pourtant du même appareil qui permet désormais de recevoir des courriels.

Il y a donc désormais téléphone-phone et téléphone-graphé.

ILLICÉITÉ DES ENREGISTREMENTS TÉLÉPHONIQUES

Très en pointe sur ce thème au nom de «la confiance qui doit présider aux relations de travail» depuis l'arrêt Néocel du 20 novembre 1991 (n° 88-43.120: «Si un employeur a le droit de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, tout enregistrement, quels qu'en soient les motifs, d'images ou de paroles à leur insu

constitue un mode de preuve illicite»), la chambre sociale s'est vue rejointe le 7 octobre 2004 par la seconde chambre civile s'agissant d'un salarié en procès aux prud'hommes ayant enregistré les propos de collègues qu'il avait appelés à leur domicile. Au visa de l'article 9 du nouveau Code de procédure civile et de l'article 6 de la CESDH, la Cour a énoncé que «l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectuée et conservée à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé de preuve déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue» (Cass. 2^e civ., 7 oct. 2004, n° 03-12.653).

Par vocation moins optimiste sur la nature humaine, la chambre criminelle fait chambre à part et n'écarte pas automatiquement ces preuves obtenues dans des conditions créatives: ainsi le 31 janvier 2007 dans une espèce très proche de la précédente. À l'occasion d'une procédure de divorce, un mari à qui sa femme reproche de graves violences conjugales produit l'enregistrement intégral d'une conversation téléphonique où son épouse reconnaît elle-même le caractère mensonger de son attestation. Pour la chambre criminelle: «L'enregistrement de la conversation téléphonique privée réalisée par l'époux était nécessaire pour rapporter la preuve des faits dont il était victime, et pour répondre, pour les besoins de sa défense, aux accusations portées contre lui» (Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 06-82.383). Ou encore le 13 octobre 2004, à propos de l'enregistrement clandestin d'une conversation privée effectué par un chef d'état-major des gendarmes à l'insu d'un préfet mis en examen: «La cassette ayant fait l'objet d'une expertise ayant authentifié les propos tenus, et soumise à la libre discussion des parties, le rejet de la demande de retrait de la procédure était justifié, dès lors que cet enregistrement ne constituait que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation souveraine des juges» (Cass. crim., 13 oct. 2004, n° 03-81.763, n° 01-83.944, n° 01-83.945, n° 01-83.943, n° 00-86.726 et n° 00-86.727).

Ce qui incite certaines entreprises à se placer sur le terrain pénal... si elles sont certaines de ne pas jouer à l'arroseur arrosé.

Sauf métiers tout à fait spécifiques (traders pour des raisons probatoires, téléacteurs pour contrôler ponctuellement leur

travail: mais alors déclaration à la Cnil de cette collecte de données personnelles), l'employeur ne peut donc ni écouter ni enregistrer les conversations téléphoniques de ses salariés et *a fortiori* utiliser ces enregistrements par la suite, même s'il garde le droit d'en limiter la durée s'il s'agit de propos privés, ou le coût fonction de la localisation des appels. À vrai dire sur ces deux terrains, la question a beaucoup évolué avec la mode des portables détenus par 52 millions de Français: les forfaits incitent certains collaborateurs à beaucoup téléphoner du bureau, sans que l'employeur ne puisse invoquer sa propre facture téléphonique mais seulement un vol de temps.

La grande différence est que les paroles s'envolent, et les SMS restent, texto: «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. Par une appréciation souveraine, la cour d'appel a constaté 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».

DEUX CONSÉQUENCES

► Portée juridique du SMS ou des courriels

Qu'il s'agisse de courriels et *a fortiori* de SMS (15 milliards par an en France), cet arrêt rappelle d'abord employeurs et salariés français à un minimum de prudence pour protéger les intérêts de leur entreprise: l'expression et le style très oral sinon familier de ces écrits qui demeurent ensuite sur plusieurs supports (parfois bien loin de la lointaine patrie) peut poser de nombreux problèmes à leur auteur qui ne pensait pas à mal: problèmes d'intelligence économique (tous les messages émis ou reçus par un Blackberry transitent par un serveur américain). Mais aussi questions juridiques:

• **Engagement unilatéral à l'insu du plein gré patronal:** «Interprétant souveraine-

Extrait de l'arrêt

ment le sens et la portée du courrier électronique adressé par la direction des relations humaines du groupe Carrefour à l'attention exclusive des seuls directeurs de magasins, pour préconiser les nouvelles rémunérations à prendre en compte lors de l'embauche, les juges du fond ont estimé, hors toute dénaturation, qu'un tel courrier ne constituait pas un engagement unilatéral de l'employeur» (Cass. soc., 14 févr. 2007, n° 04-48.338).

• **Application de la règle non bis in idem :** « Ayant constaté que dans son courriel l'employeur avait adressé des reproches à la salariée pour des faits qu'il estimait fautifs, la cour d'appel a pu en déduire que les mises en garde contenues constituaient des sanctions et que les mêmes faits ne pouvaient être une seconde fois sanctionnés » (Cass. soc., 6 mars 2007, n° 05-43.968).

Distinction enregistrement téléphonique/SMS

L'opposition ainsi créée par la Cour entre conversation téléphonique orale et conversation écrite par SMS, ce « message écrit téléphoniquement adressé », mérite d'être rapidement diffusée dans les entreprises : car style télégraphique aidant, l'expéditeur n'a pas toujours le sentiment que ce qu'il va envoyer de son téléphone (ici professionnel ou personnel) pourra demain lui être opposé en justice par le récipiendaire qui n'a même pas à effectuer une lourde opération technique pour en garder la teneur : « l'auteur d'un SMS ne peut ignorer qu'il est enregistré par l'appareil récepteur. Cette connaissance est en effet incompatible avec tout raisonnement relatif à une utilisation à l'insu de l'auteur, fondement de la déloyauté affectant les enregistrements de conversations » indique le communiqué de 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 M^{me} Y., négociatrice immobilière [...], 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 second moyen : Attendu que la SCP notariale et M. X 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. X 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. X 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 SMS, 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 le pourvoi.
► Cass. soc., 23 mai 2007, n° 06-43.209
P + B + R + R + I

L'agenda

du 00 au 00 xxxx 200X

RENDEZ-VOUS

17-Agenda-Date
17-Agenda-Titre_2

17-Agenda-Txt



17-Agenda-Lieu

17-Agenda-Date
17-Agenda-Titre

17-Agenda-Txt



17-Agenda-Lieu

17-Agenda-Date
17-Agenda-Titre

17-Agenda-Txt



17-Agenda-Lieu

17-Agenda-Date
17-Agenda-Titre

17-Agenda-Txt



17-Agenda-Lieu

17-Agenda-Date
17-Agenda-Titre

17-Agenda-Txt



17-Agenda-Lieu

FORMATION

17-Agenda-Date

17-Agenda-Titre

17-Agenda-Txt



17-Agenda-Lieu

17-Agenda-Date
17-Agenda-Titre

17-Agenda-Txt



17-Agenda-Lieu

17-Agenda-Date
17-Agenda-Titre

17-Agenda-Txt



17-Agenda-Lieu

17-Agenda-Date
17-Agenda-Titre

17-Agenda-Txt



17-Agenda-Lieu

17-Agenda-Date
17-Agenda-Titre

17-Agenda-Txt



17-Agenda-Lieu