

Relisez bien vos SMS avant l'envoi!



Malvina Mairesse *Tribune* - Le système judiciaire s'adapte à l'utilisation des nouvelles technologies et des nouveaux modes de communication. Malvina Mairesse, avocate, fait le point sur le cas des SMS que certains tribunaux ont produits en justice comme éléments de preuve.

Le «Short Message Service», ou plus couramment appelé SMS, fait aujourd'hui partie de notre quotidien. Pas moins de 16 milliards de messages SMS ont ainsi été échangés en 2006 en France. Simple, rapide et peu coûteuse (1), cette nouvelle méthode de communication permet de transmettre et de recevoir des messages courts écrits de 160 caractères sur un téléphone portable ou sur certains autres appareils mobiles de télécommunications.

Si, à l'origine, les SMS étaient essentiellement destinés à transmettre des messages de service provenant d'opérateurs téléphoniques, leur utilisation a aujourd'hui dépassé le simple cadre de la vie privée ou commerciale pour investir la sphère publique: c'est ainsi par SMS que l'on peut être alerté par certaines collectivités territoriales des manifestations à venir ou encore que ses documents d'identité sont disponibles. Il a également été question que les SMS relayent les messages d'alerte en cas de catastrophe nationale (2).

Il n'est donc pas étonnant que les tribunaux aient eu à connaître d'affaires dans lesquelles des SMS étaient produits en justice.

Des SMS produits en justice

Tel a ainsi été le cas - fortement médiatisé - lorsque Dieudonné a notamment obtenu la condamnation de Marc-Olivier Fogiel, producteur et animateur de l'émission *On ne peut pas plaire à tout le monde*, et du président du groupe France Télévision de l'époque, Marc Tessier, pour injure à caractère racial contenue dans un SMS (3).

Plus récemment, la chambre sociale de la Cour de cassation a été saisie d'une affaire où une salariée avait produit en justice un SMS émis par son employeur, à l'occasion d'une procédure visant à contester son licenciement et à obtenir des dommages et intérêts de cet employeur pour harcèlement sexuel.

Dans son arrêt du 23 mai 2007 (4), les magistrats de la cassation ont admis que les SMS pouvaient constituer des éléments de preuve admissibles, dans la mesure où l'auteur d'un SMS ne peut ignorer que son message sera automatiquement enregistré dans le téléphone portable de son destinataire.

En effet, seul un enregistrement effectué à l'insu de son auteur doit être considéré comme déloyal et rend, en principe, irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue (5).

Le seul tempérament à ce principe, qui semble aujourd'hui retenu par la Cour de cassation, se limite aux conversations téléphoniques qui entrent «dans le cadre de la seule activité professionnelle» et qui ne touchent pas «à de la vie privée» de leurs auteurs (6).

Une nécessaire conciliation avec le droit au respect de la vie privée

Il ne faut donc pas manquer de concilier cette récente décision de la Cour de cassation du 23 mai 2007, dans laquelle les SMS adressés par l'employeur à son employée ont permis d'établir l'existence du harcèlement, avec le droit au respect de la vie privée.

Une preuve ne peut en effet être obtenue ou divulguée en justice en violation de ce droit, sauf si l'atteinte à la vie privée est justifiée par l'exigence de protection d'autres intérêts, comme celle des droits de la défense, et si cette atteinte reste proportionnée aux intérêts en jeu (7).

Dans une récente affaire dans laquelle des SMS étaient également produits en justice, la cour d'appel de Bordeaux a ainsi jugé que le fait qu'un téléphone portable appartienne à une société et soit mis à la disposition d'un salarié ne fait pas perdre aux SMS émis par ce dernier, grâce à ce téléphone, leur caractère privé (8). Le prévenu, qui a demandé à un huissier de dresser un procès verbal des messages découverts sur le téléphone professionnel de son frère, doit ainsi être condamné pour violation du secret des correspondances.

Une surveillance accrue des SMS échangés

Le caractère privé des SMS cède néanmoins devant les impératifs de l'instruction pénale. A cet égard, il faut rappeler - voire vous avertir -, que le ministère de la Justice va se doter d'un système d'interception des SMS. Grâce à ce système, les magistrats pourront obtenir directement des opérateurs de téléphonie mobile le contenu de certains messages. Cela réduira sans aucun doute les délais et frais de l'instruction.

Ce projet accompagne d'ailleurs une initiative similaire du ministère de l'Intérieur qui a mis en place le 2 mai dernier une plate-forme technique d'interception des données de connexion aux systèmes de communication permettant de tracer les appels sur téléphones mobiles, mais aussi les courriels et les SMS.

En conclusion, le système judiciaire tente aujourd'hui de s'adapter à l'utilisation des nouvelles technologies et des nouveaux modes de communication, tout en veillant à ne pas manifestement porter atteinte au droit à la vie privée.

De ce fait, si les SMS restent peu onéreux, ils peuvent quand même vous coûter cher...

** Malvina Mairesse est avocate au sein du Cabinet Derriennic Associés*

(1) Les SMS n'occupent pas la bande passante réservée au transport de la voix et leur taille est limitée.

(2) Décret n° 2005-1269 du 12 octobre 2005 relatif au code d'alerte national et aux obligations des services de radio et de télévision et des détenteurs de tout autre moyen de communication au public et pris en application de l'article 8 de la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile.

(3) Tribunal correctionnel de Montpellier, 29 septembre 2005.

(4) Cour de cassation, chambre sociale, 23 mai 2007, *SCP Laville-Aragon contre Mme Lydie Y...*, pourvoi n°06-43.209.

(5) Cour de cassation, 2e chambre civile, 7 octobre 2004, pourvoi n°03-12.653 relatif à l'enregistrement d'une conversation téléphonique.

(6) Cour de cassation, chambre criminelle, 14 février 2006, pourvoi n°05-84384.

(7) Cour de cassation, chambre commerciale, 15 mai 2007, pourvoi n°06-10106.

(8) Cour d'appel de Bordeaux, 3e chambre correctionnelle, 17 janvier 2007, n°jurisdata 2007-331751.

Par *Malvina Mairesse* *