



## Actualités

### Les SMS : les nouvelles formes de preuve

#### I. L'admissibilité de nouveaux modes de preuve par le recours aux nouvelles technologies

La Chambre sociale de la Cour de cassation vient de reconnaître dans un arrêt du 23 mai 2007, la licéité à titre de preuve du SMS (« Short Message Service »). En l'espèce, une salariée s'était fondée sur des enregistrements de conversations téléphoniques et des SMS afin d'établir le harcèlement sexuel dont elle se prétendait victime.

La Cour a considéré que les enregistrements des conversations téléphoniques étaient déloyaux, dès lors qu'ils avaient été effectués à l'insu de l'auteur des propos invoqués. Mais il n'en a pas été de même de l'utilisation du SMS envoyé par cette même personne, celle-ci ne pouvant ignorer que ses messages étaient enregistrés par l'appareil récepteur. Ainsi la Cour a admis la production des SMS comme mode de preuve loyal.

Si la preuve est libre en matière prud'homale à condition qu'elle reste loyale, tous les modes de preuves sont en principe admis en matière pénale. Naturellement, les juridictions pénales s'étaient déjà prononcées sur la valeur probante du SMS.

Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a considéré dans un arrêt du 7 février 2007 que la preuve de menaces de morts réitérées et d'appels téléphoniques malveillants était valablement rapportée par la production de SMS alors même que le prévenu prétendait que le SMS ne permettait pas d'identifier de manière fiable son auteur dans la mesure où ces messages pouvaient être envoyés par un quelconque utilisateur du téléphone portable émetteur.

Si le SMS est considéré comme un moyen de preuve loyal, pour autant il ne devrait pas être toujours admis comme mode de preuve de manière autonome. D'une part, comme tout échange susceptible de relever du domaine privé, sa production peut se voir opposer les règles protectrices de l'intimité de la vie privée. D'autre part, dès lors que le SMS ne permet pas d'identifier son auteur avec certitude (le propriétaire du téléphone et l'émetteur du SMS peuvent être deux personnes distinctes), il ne devrait pas répondre aux critères de la preuve littérale.

### Experts en droit des nouvelles technologies

#### BENJAMIN JACOB

*Avocat au barreau de Paris*

#### JULIE JACOB

*Avocat au barreau de Paris*

#### SOMMAIRE

- I. L'ADMISSIBILITÉ DE NOUVEAUX MODES DE PREUVE PAR LE RECOURS AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES
- II. LE RESPECT DE LA PROTECTION DE L'INTIMITÉ DE LA VIE PRIVÉE
- III. L'ADAPTATION DU DROIT DE LA PREUVE AUX NOUVELLES TECHNOLOGIES
- IV. LA RECEVABILITÉ DES CONSTATS INTERNET COMME MODE DE PREUVE

## II. Le respect de la protection de l'intimité de la vie privée

Les nouvelles technologies permettent très souvent aux usagers de communiquer et d'échanger toutes sortes d'informations, en tout temps et en tout lieu, amenant ainsi une certaine confusion entre la sphère privée et la sphère professionnelle. Ainsi, la Chambre sociale de la Cour de Cassation a, dans son fameux arrêt Nikon, en date du 2 octobre 2001, consacré le droit du salarié à l'intimité de sa vie privée "*même au lieu et au temps de travail*" ce qui implique que les messages identifiés comme personnels (de par leur titre, leur objet ou le nom du répertoire dans lequel ils sont classés), émis et reçus par le salarié avec l'outil informatique mis à sa disposition pour son travail, constituent des preuves illicites et dès lors irrecevables.

Le SMS devrait être soumis au même régime que le courrier électronique dans la mesure où il constitue une correspondance susceptible de revêtir un caractère privé, dont la violation peut être sanctionnée pénalement. La production de SMS à titre de preuve reste donc encadrée et limitée aux cas où elle n'emporterait pas d'atteinte à la vie privée. Reste qu'il sera délicat de distinguer les SMS à caractère privé et ceux à caractère professionnel, sans en consulter le contenu, dès lors que d'une part, contrairement au courriel, le SMS ne porte ni titre ni objet, et d'autre part, contrairement aux clients de courriers électroniques sur ordinateurs, les téléphones mobiles ne permettent que rarement d'opérer un classement des messages selon qu'ils sont professionnels ou privés.

## III. L'adaptation du droit de la preuve aux nouvelles technologies

Depuis la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 (LCEN), les écrits exigés pour la validité d'un acte juridique peuvent être établis et conservés sous forme électronique, adaptant ainsi le droit français aux exigences du commerce électronique. Déjà le législateur français avait cherché à favoriser les échanges dématérialisés avec la loi du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, qui a admis l'écrit électronique comme preuve au même titre que l'écrit sur support papier.

Toutefois, l'écrit électronique ne peut être reçu en tant que preuve que si son auteur peut "*être dûment identifié*" et que l'écrit est "*établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité*", ce qui est le cas d'un courrier électronique portant une signature électronique. La question se pose pour le SMS dont l'émetteur n'est pas forcément le titulaire du téléphone dont le numéro s'affiche, de sorte que sa recevabilité comme preuve littérale pose difficultés.

En toute hypothèse, il est fortement conseillé, afin de se prévaloir efficacement de ces messages en justice, de les faire constater par huissier. Notons toutefois, que la recevabilité de tels constats au regard des nouvelles technologies fait également l'objet d'un contentieux abondant.

## IV. La recevabilité des constats Internet comme mode de preuve

Le 7 février 2007, le Tribunal de Grande Instance de Mulhouse est venu alimenter une jurisprudence déjà fournie en matière de constats de contenus diffusés sur Internet. Dans cette affaire, les juges ont dénié toute force probante aux constatations de l'huissier dans la mesure où il n'avait pas vérifié que la mémoire cache de l'ordinateur avait été vidée et que l'ordinateur avait été déconnecté de tout serveur proxy. D'autres pré requis techniques doivent être respectés pour assurer la fiabilité des preuves récoltées en ligne. Ainsi le Tribunal de Paris les a répertoriés dans un jugement en date du 4 mars 2003 en contrôlant également que l'adresse IP de l'ordinateur servant aux constatations figurait sur le constat, que l'ensemble des systèmes de cache (tels que l'historique des saisies et le fichier cookies) avait bien été vidé et enfin en s'assurant que des impressions d'écrans avaient été réalisées pendant le déroulement des opérations.

A défaut d'avoir pris toutes ces précautions, la fiabilité de la preuve du contenu en ligne n'est pas assurée, de sorte que les constatations ainsi effectuées se retrouvent déniées de toute force probante.

Là encore, la protection de la vie privée limite les possibilités de recours à la constatation de contenus diffusés sur Internet. Tout constat effectué dans un lieu privé doit en effet être

préalablement autorisé par un juge. La jurisprudence considère ainsi que les pages d'un forum de discussion non ouvertes à tous constituaient un lieu privé ouvert au public, de sorte que leur constat ne peut être effectué sans l'autorisation de l'autorité judiciaire (TGI Melun 8 novembre 2005). Il devrait en être ainsi également pour les constatations sur des espaces de sites web uniquement accessibles à partir d'une inscription avec un nom d'utilisateur et un mot de passe. En matière de preuve des infractions aux droits de la propriété intellectuelle, le recours aux constats sur Internet est fréquent, d'où la nécessité d'être vigilant.

S'agissant des SMS, reste qu'il est recommandé que leur transcription s'effectue par voie d'huissier aux fins d'identifier avec précision l'émetteur, la date et l'heure d'envoi ainsi que le contenu du message

**Benjamin Jacob,**  
**Julie Jacob,**  
Juillet 2007