

# Semaine sociale Lamy

www.wk-rh.fr

## Harcèlement sexuel – Preuve

# SORTIR DE LA CLANDESTINITÉ

Il résulte des normes françaises et européennes que les enregistrements clandestins dans les dossiers de harcèlement sexuel doivent être consacrés comme de véritables moyens de preuve, garants des droits de la défense et de l'égalité des armes dans le cadre du procès équitable. Ces enregistrements, jugés licites dans le cadre d'une procédure pénale, ne sauraient devenir illicites devant les juridictions sociales.

**Maude Beckers**, Avocate, Membre fondatrice de l'association Loysel-Tiennot Grumbach

### Sommaire

#### 2 Éditorial

Sous le couvert de simplification

#### 2 Actualités

- La fin du contrôle systématique d'aptitude
- Le *Jobs Act* à l'italienne

Entretien avec **Fausta Guarriello**, Professeure à l'Université de Chieti-Pescara

- Une nouvelle vague de simplification pour les entreprises

#### 9 Forum

La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel

**Maude Beckers**, Avocate, Membre fondatrice de l'association Loysel-Tiennot Grumbach

#### 13 Jurisprudence

- Grève : liberté de distribuer des tracts syndicaux en l'absence de blocage total de l'activité

#### 16 Indicateurs économiques

Supplément  
La mesure des  
flexibilités du droit  
du travail  
Sous la direction  
d'Emmanuelle Mazuyer

Il résulte des normes françaises et européennes que les enregistrements clandestins dans les dossiers de harcèlement sexuel doivent être consacrés comme de véritables moyens de preuve, garants des droits de la défense et de l'égalité des armes dans le cadre du procès équitable.

# La licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel

**Maude Beckers**, Avocate, Membre fondatrice de l'association Loysel-Tiennot Grumbach

**L**es femmes victimes de harcèlement sexuel qui portent plainte contre leur harceleur devant la juridiction pénale et mettent en cause la responsabilité de leur employeur devant la juridiction prud'homale s'engagent systématiquement dans un « *parcours de la combattante* ».

Parmi les obstacles qui jalonnent ce parcours, la preuve n'en constitue pas l'un des moindres.

Cette question est d'autant plus sensible, que les salariées victimes de violences sur leur lieu de travail, le sont toujours lorsqu'elles se retrouvent seules avec le harceleur ou l'agresseur, à l'abri du regard de témoins potentiels. Les enregistrements effectués à l'insu du harceleur sont alors souvent les seuls et uniques moyens de défense de ces femmes.

Pourtant, la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 23 mai 2007 (n° 06-43.209) a décidé que « *les enregistrements d'une conversation téléphonique privée, effectuée à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal, rendant irrecevable en justice la preuve obtenue* ».

La position de la chambre sociale, ne peut cependant rester figée en ce sens et ceux pour trois raisons principales :

- la chambre criminelle a effectué un revirement de jurisprudence en la matière en 2012 qui ne peut rester sans effet sur la chambre sociale, sauf à créer une schizophrénie juridique inextricable en la matière ;

- rien n'interdit en l'état actuel du droit positif la production de ces enregistrements ;

- en outre leur interdiction semble, elle, être totalement illégale.

## 1 LA PRESSION DE LA JURISPRUDENCE DE LA CHAMBRE CRIMINELLE

Le harcèlement sexuel interdit par l'article L. 1153-1 du Code du travail est également un délit pénal défini par l'article 222-33 du Code pénal dans ces termes :

« *Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.*

II. – *Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.* »

Les victimes sont donc fondées à déposer plainte sur ce fondement et doivent ainsi communiquer aux services de police les éléments leur permettant d'établir les faits dont elles ont été victimes. Or depuis un arrêt de la chambre criminelle du 31 janvier 2012 rendu dans l'affaire Bettencourt (n° 11-85.464) les enregistrements clandestins sont désormais autorisés. La Cour estime que les enregistrements obtenus à l'insu d'une personne, sont recevables en tant que preuve, et ce, sans que le droit au respect de la vie privée ni même la violation du secret professionnel ne puissent valablement constituer une limite.



### ► La communication au juge civil des procès-verbaux de l'instance pénale

Les procès-verbaux transcrivant les enregistrements dressés dans le cadre de la procédure pénale, ont alors bien évidemment vocation à être produits devant le juge pénal, mais peuvent également être communiqués devant le juge civil.

Il est en effet rappelé qu'aucun texte n'interdit à une personne qui s'est constituée partie civile dans une instance pénale, de produire dans un procès civil ultérieur les procès-verbaux qui lui ont été délivrés (*Cass. soc.*, 21 janv. 1981, n° 79-15.686). À cet égard, la chambre sociale rappelle dans un arrêt du 6 juillet 1994 (n° 90-43.640) que la partie civile n'a pas besoin d'avoir l'autorisation du parquet pour pouvoir verser copie de la procédure pénale : « aucun texte n'interdisait à MY, qui s'était constitué partie civile dans l'instance pénale et qui n'était pas tenu au respect du secret de l'instruction, de produire dans un procès civil

*les procès-verbaux qui lui avaient été délivrés en sa qualité de partie civile et qui sont présumés avoir été obtenus régulièrement, la cour d'appel a violé, par fausse application les textes susvisés ».*

Les victimes ont ainsi la possibilité de produire ces procès-verbaux devant les juridictions sociales, notamment pour obtenir la condamnation de leur employeur sur le fondement de l'article L. 1153-1 du Code du travail relatif au harcèlement sexuel.

### ► Loyal ou déloyal ?

Les femmes victimes de harcèlement sexuel ont donc non seulement le droit d'enregistrer la personne qu'elle souhaite mettre en cause en perspective d'un procès pénal, mais elles ont encore le droit de produire ultérieurement la procédure pénale dans le cadre d'une procédure civile.

Dans ce contexte, qualifier de loyal le comportement ayant conduit à récolter ces preuves devant les juridictions pénales, pour le qualifier de déloyal devant les juridictions civiles aboutirait à une aberration juridique considérable.

En outre il serait difficilement imaginable de demander à des juges civils qui sont tenus par l'autorité de la chose jugée au pénal, d'entrer automatiquement en voie de condamnation vis-à-vis d'un employeur du fait du jugement pénal, alors même que les éléments de preuve devant la juridiction sociale ne pourraient être retenus, parce que jugés déloyaux...

On voit bien ici que la chambre sociale ne pourra rester sur cette position et qu'elle devra vite rejoind-

re celle de la chambre criminelle. En effet, les enregistrements clandestins, jugés licites dans le cadre d'une procédure pénale ne sauraient devenir illicites devant les juridictions sociales...

Le revirement de jurisprudence de la chambre sociale paraît d'autant plus inéluctable qu'aucun texte n'interdit en réalité la production de ces enregistrements dits « clandestins ».

## 2 L'ADMISSIBILITÉ DES ENREGISTREMENTS CLANDESTINS EN DROIT POSITIF

En matière de harcèlement sexuel, aucun texte ne prohibe la production d'enregistrement pris à l'insu de la personne enregistrée, et ce que cela soit dans le Code pénal, le Code du travail ou le Code civil...

### ► Les enregistrements pris dans un contexte de harcèlement sexuel ne peuvent être sanctionnés par l'article 226-1 du Code pénal

L'article 226-1, alinéa 1, du Code pénal dispose : « est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui. »

Le délit prévu à l'article 226-1 ne peut ainsi être constitué que si les propos enregistrés concernent l'intimité de la personne enregistrée, et uniquement si la volonté de la personne qui procède à l'enregistrement est de porter atteinte à la vie privée (*Cass. crim.*, 16 janv. 1990, n° 89-83.075, *Bull. crim.*, n° 25 ; 7 oct. 1997, n° 96-81.485, *Bull. crim.*, n° 324).

Or les enregistrements pris par les salariées victimes de harcèlement sexuel n'ont aucunement pour objet de violer l'intimité du harceleur, ni pour objectif de porter atteinte à sa vie privée.

Le harcèlement sexuel ne peut en effet être considéré comme relevant de l'intimité du harceleur. La chambre sociale de la Cour de cassation a en effet jugé « que les propos à caractère sexuel et les attitudes déplacées du salarié à l'égard de personnes avec lesquels l'intéressé était en contact en raison de son travail ne relevaient pas de sa vie personnelle » (*Cass. soc.*, 19 oct. 2011, n° 09-72.672).

Il serait en effet difficilement acceptable de considérer que les propos consistant à harceler sexuellement une femme, à troubler l'ordre public, puissent être considérés comme des actes relevant de l'intimité ou de la vie personnelle. L'enregistrement effectué par une salariée victime de harcèlement sexuel ne peut donc être considéré comme ayant pour objet de porter atteinte à « l'intimité de la vie privée d'autrui ».

En tout état de cause, les victimes n'enregistrent bien évidemment pas dans la perspective de violer la vie privée de l'auteur du harcèlement, mais bien dans le seul but d'obtenir la seule preuve qui leur

Les enregistrements clandestins, jugés licites dans le cadre d'une procédure pénale ne sauraient devenir illicites devant les juridictions sociales

est accessible. Le caractère intentionnel de l'infraction ne peut être retenu.

Les enregistrements d'une victime en matière de harcèlement sexuel ne sauraient finalement tomber sous le coup de l'article 226-1 du Code pénal.

**► Les enregistrements dans ce contexte ne sont pas plus prohibés par le Code du travail**

L'article 6 du Code de procédure civile dispose qu'« à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder ».

Le Code du travail apporte cependant une limite à cette liberté dans l'établissement de la preuve. Pour répondre à la situation particulière née du lien de subordination, cette liberté est en effet réduite à l'égard de l'employeur, mais uniquement à l'encontre de ce dernier. L'article L.1222-4 du Code du travail dispose ainsi qu'« aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance ». L'article L. 2323-32 du Code du travail prévoit en outre que le comité d'entreprise doit être informé et consulté dans l'hypothèse de la mise en place de dispositifs de surveillance. Il n'est ainsi pas contestable que tout enregistrement clandestin de l'employeur à l'égard d'un salarié est illicite et devra être écarté des débats judiciaires.

C'est ainsi que la quasi-totalité des jurisprudences en matière sociale portent sur l'illégalité de la surveillance de l'employeur à l'égard de ses salariés.

Aucune disposition n'est cependant prévue relativement à l'établissement des moyens de preuve par le salarié, de telle sorte que contrairement à l'employeur, le salarié est tout à fait en droit, au regard des règles du droit du travail, de produire les enregistrements pris à l'insu du harceleur.

**► Les enregistrements ne sont pas plus attentatoires à la vie privée et ne constituent pas une violation de l'article 9 du Code civil**

L'article 9 du Code civil dispose que « chacun a droit au respect de sa vie privée ».

C'est sur le fondement de ce texte, et sur le respect du droit à la vie privée, que s'est développée la jurisprudence interdisant les enregistrements ou protégeant le secret des correspondances. C'est ainsi notamment que les juges de la chambre sociale prohibent la consultation par l'employeur sur le lieu de travail d'e-mail intitulés « personnels » (Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942), mais qu'ils autorisent la consultation des fichiers de l'ordinateur d'un salarié si ces fichiers ne sont pas estampillés de la mention « personnel », les fichiers créés par le salarié avec l'outil informatique mis à disposition par l'employeur étant présumés avoir un caractère professionnel (Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 07-44.264; 21 oct. 2009, n° 07-43.877).

Au visa de l'article 9, les juges recherchent ainsi systématiquement s'il est question de violation de la vie privée, ou non.

Or, comme rappelé ci-dessus, en matière de harcèlement sexuel, les juges refusent de voir dans les propos tenus par le harceleur une composante de l'intimité et de la vie privée (Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672).

La chambre sociale refuse de considérer que les faits de harcèlement sexuel relève de l'intimité, et ce, même si ces faits se déroulent en dehors du temps et du lieu de travail : « Mais attendu que le fait pour un salarié d'abuser de son pouvoir hiérarchique dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles constituent un harcèlement sexuel même si ces agissements ont lieu en dehors du temps et du lieu de travail » (Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-12.930).

Le harcèlement sexuel n'étant pas un comportement qui relève de l'intimité et de la vie privée, on voit ainsi mal comment ces enregistrements pourraient être considérés comme illicites au regard de l'article 9 du Code civil...

La production des enregistrements ne semble donc pas du tout prohibée par les textes en vigueur. Mieux elle est indispensable au regard des règles relatives au droit de la défense et au procès équitable.

### 3 LA NÉCESSITÉ DES ENREGISTREMENTS CLANDESTINS

**► Le rejet des enregistrements constituerait une atteinte au droit de la défense**

À supposer même, que certains puissent voir en ces enregistrements une atteinte à la vie privée, ils finiront de se laisser convaincre du caractère licite de ces preuves au regard du principe des droits de la défense.

Les juges acceptent que des pièces considérées habituellement comme attentatoires à la vie privée, au secret des correspondances, au secret professionnel, au secret médical... puissent être versées aux débats.

En est-il ainsi lorsque les pièces sont indispensables à l'exercice du droit à la défense et leur production proportionnée aux intérêts antinomiques en cause. Au visa de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation dans un arrêt du 5 avril 2012 a ainsi jugé « qu'une atteinte à la vie privée peut être justifiée par l'exigence de ●●●

À supposer même, que certains puissent voir en ces enregistrements une atteinte à la vie privée, ils finiront de se laisser convaincre du caractère licite de ces preuves au regard du principe des droits de la défense

●●● *la protection des droits de la défense, qui confère à la partie alléguant un fait, le droit d'en rapporter la preuve* » (n° 11-14.177).

Les juges s'attachent ainsi à vérifier que l'atteinte à la vie privée est justifiée par l'intérêt du droit à la défense et proportionnée à l'intérêt que le demandeur souhaite sauvegarder (*Cass. civ. 1<sup>re</sup>*, 16 oct. 2008, n° 07-15.778.) C'est ainsi que la filature d'un détective privé organisée par un employeur à l'encontre d'un de ses salariés a été jugée disproportionnée aux intérêts légitimes de l'employeur (*Cass. soc.*, 26 nov. 2002, n° 00-42.401). À l'inverse, des documents couverts par le secret professionnel ont pu être retenus, ces derniers étant nécessaires à l'exercice des droits de la défense (*Cass. soc.*, 18 nov. 2009, n° 08-42.498). Dans la même logique les juges sont allés jusqu'à reconnaître que la soustraction de documents appartenant à l'entreprise, qui longtemps a été qualifiée de vol, puisse être autorisée, si le salarié a eu connaissance de ces documents à l'occasion de l'exercice de ses fonctions et si la soustraction de ces derniers était strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense (*Cass. soc.*, 30 juin 2004, n° 02-41.720 et 02-41.771).

En matière de harcèlement sexuel les faits sont toujours commis dans des situations où la victime est isolée, à l'abri du regard de témoins potentiels. Comme est venue le rappeler la Cour d'appel de Douai dans un très bel arrêt du 29 mars 2013 (RG 12/01187) « *des comportements tels que ceux décrits par l'intéressé se manifestent rarement de façon ostensible et en présence de tiers, mais s'expriment au contraire plus volontiers à la faveur de situation d'isolement qui en sont le terreau et le fruit* ». L'enregistrement est alors souvent le seul dispositif en la possession de ces femmes pour pouvoir établir les faits dont elles sont victimes, pour pouvoir exercer leur droit à la défense...

Le principe fondamental des droits de la défense exige donc que ces enregistrements soient retenus par les juges, et ce d'autant plus, que l'atteinte à la vie privée du harceleur, à supposer qu'elle existerait, est loin d'être à la hauteur de l'atteinte à l'intégrité morale et physique subie par les salariées victimes de harcèlement.

**► Le rejet des enregistrements constituerait une atteinte aux règles sur le procès équitable et violerait l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme**

Il est fondamental de relever dans un premier temps que La Convention européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme ne prohibe absolument pas les enregistrements comme mode de preuve. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle au contraire l'indépendance des pays dans la législation sur l'admissibilité des modes de preuves

internes : « *Si la Convention garantit en son article 6-1 le droit à un procès équitable, elle ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne.* » (CEDH, 12 juill. 1988, n° 10862/84, *Schenk c. Suisse*).

Par contre la CEDH juge « *que dans les litiges opposant des intérêts privés, l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* » (CEDH, 27 oct. 1993, n° 14488/88, *Dombo Bebeer B.V. c. Pays Bas*).

Le Professeur Cyril Wolmark, dans un article publié à *Droit ouvrier*, en déduit très légitimement qu'« *une preuve obtenue de manière déloyale devrait alors être admise dans les cas où les actes commis contre le salarié sont essentiellement clandestins-harcèlement, discrimination – et ne peuvent être prouvés selon les modes habituels de preuve* » (*Dr. ouvr.* 2014, p. 284).

La Cour de Cassation a d'ailleurs indiqué que « *constitue une atteinte au principe d'égalité des armes... le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions...* » et que la cour d'appel, qui a rejeté une preuve au motif de la violation de la vie privée « *sans s'interroger sur la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte* », a violé l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (*Cass. soc.*, 15 mai 2007, n° 06-10.606).

Il est ainsi incontestable que ce n'est pas la production, mais au contraire le rejet des enregistrements qui constituerait une violation de la convention européenne des droits de l'homme.

En outre, en application du principe de l'effet utile du droit de l'Union, les règles de droit nationales doivent être interprétées de telle sorte que « *les objectifs de l'instrument communautaire ne soient pas compromis* » (*J. Porta, La réalisation du droit communautaire, tome II, p. 853 et s.*).

Or comme le rappelle le trentième considérant de la directive 2006/54 relatif à la discrimination entre hommes et femmes en matière d'emploi « *l'adoption de règles relatives à la charge de la preuve joue un rôle important en ce qui concerne la possibilité de mettre effectivement en œuvre le principe de l'égalité de traitement* ».

L'interdiction des enregistrements serait ainsi contraire à l'objectif et à l'effectivité de la lutte contre le harcèlement sexuel, défini dans le droit européen comme une discrimination (*Dir. 2002/73/CE, 23 sept. 2002*).

Il résulte ainsi des normes françaises et européennes que les enregistrements clandestins dans les dossiers de harcèlement sexuel, ne doivent pas simplement être tolérés, mais consacrés comme de véritables moyens de preuve, garants des droits de la défense et de l'égalité des armes dans le cadre du procès équitable. ■