

LA CONDITION DES FEMMES AU TRAVAIL, UNE CAUSE À DÉFENDRE

Les développements contentieux du harcèlement sexuel au travail

Par Marilyn BALDECK, Déléguée générale de l'AVFT et Maude BECKERS, Avocate au Barreau de la Seine-Saint-Denis, spécialiste en droit du travail

PLAN

- I. Questions relatives à la définition du harcèlement sexuel
- II. Questions relatives à l'aménagement de la charge de la preuve
- III. Questions relatives à l'articulation des procédures

Observations liminaires

Notre intervention s'est déroulée sous forme de questions réponses avec le public et ce afin de faciliter l'échange et la compréhension des thèmes relatifs à la lutte contre le harcèlement sexuel dans le monde du travail et d'outiller, le plus concrètement possible, notre public.

La restitution écrite sera donc faite dans ce même esprit, en retranscrivant les questions qui ont été posées à la salle et les réponses que nous y avons apportées, de telle sorte que le lecteur, ou la lectrice, de cet article, atypique sur la forme, pourra également se prêter au jeu de la réflexion autour de ces problématiques.

Seront ainsi abordés trois types de questions, les premières relatives à la définition du harcèlement sexuel, les deuxièmes afférentes aux preuves, les troisièmes sur l'articulation des procédures ouvertes en la matière.

À titre liminaire, il est important de rappeler les textes mobilisables dans les affaires de harcèlement sexuel sur le lieu de travail, étant précisé que la problématique de la défense des victimes en matière pénale ne sera ici pas traitée.

La directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, est venue très précisément définir la notion de harcèlement sexuel en rappelant, tout d'abord, en son considérant 8, que le harcèlement sexuel est une forme de discrimination : « le harcèlement lié au sexe d'une personne et le harcèlement sexuel sont contraires au principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ».

Ainsi, le Parlement européen, rappelant que l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes constitue, d'une part, un droit universel et, d'autre part un principe fondamental en vertu des articles 2 et 3 du Traité CE et de la jurisprudence de la Cour de justice, a défini le harcèlement sexuel comme « La situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la

dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant... » (1).

La loi du 27 mai 2008 relative aux discriminations, en son article 1, alinéa 3, prévoit que : « La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

L'article L.1153-1 du Code du travail dispose, quant à lui, qu'« Aucun salarié ne doit subir des faits : 1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés, 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 ; 2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée 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 ».

À partir de ces définitions, le droit relatif au harcèlement sexuel s'est développé notamment grâce à l'action de l'Association contre les violences faites aux femmes (AVFT), qui intervient volontairement aux côtés des victimes de harcèlement sexuel, entre autres, devant les juridictions sociales.

(1) Art. 2 de la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002.

I. Questions relatives à la définition du harcèlement sexuel

Des conversations grivoises, graveleuses entre salariés, qui peuvent être entendues des autres, peuvent-elles être constitutives de harcèlement sexuel ?

La problématique ici abordée consiste à s'interroger sur le fait de savoir si une salariée qui ne fait pas directement l'objet de propos ou de comportement à connotation sexuelle peut être considérée comme victime de harcèlement sexuel sur son lieu de travail si elle évolue dans un environnement de cette nature. Cette question a été posée à l'occasion d'un litige opposant une journaliste et l'AVFT à la *Nouvelle République du Centre*.

La Cour d'appel d'Orléans le 7 février 2017 (2) est ainsi venue juger que le harcèlement sexuel était caractérisé et ce, même dans une situation où les propos et comportements à connotation sexuelle ou sexistes dégradants n'avaient pas pour objet de viser une salariée en particulier. Il est, en effet, rappelé que le harcèlement sexuel est « *constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés 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* ».

Or, des propos à connotation sexuelle répétés portés à l'encontre des femmes peuvent créer une situation hostile et offensante vis-à-vis d'une salariée, tout comme le seraient des propos racistes tenus en présence de personnes étrangères (ou pas, d'ailleurs !), et ce même si le salarié étranger n'est pas « *directement visé* ».

Le défenseur des droits, dans une décision du 29 juillet 2016 (3), est ainsi très clairement venu le rappeler dans cette affaire : « *La rédaction X. précise ensuite, dans sa réponse du 14 juin 2016, que Madame G. n'a pas personnellement subi des agissements de harcèlement sexuel puisqu'elle n'en aurait été que témoin et qu'ils ne lui étaient pas personnellement destinés. Elle indique qu'il en est de même du « mur des horreurs » qui contenait des photos qui ne la concernaient pas directement ou indirectement. Toutefois, Madame G., contrairement à ce que soutient la rédaction X., a bien subi ces agissements à connotation sexuelle en étant confrontée au quotidien à*

une ambiance de travail qu'elle réprouvait, ouvertement sexiste, caractérisée par des propos insultants à l'égard des femmes, souvent réduites à des objets sexuels et contrainte de visionner des images représentant ses collègues dans des positions déplacées. Le fait pour un salarié d'être contraint de supporter un environnement de travail hostile, humiliant et stigmatisant pour une catégorie de personnes, notamment les femmes, entre bien dans la définition du harcèlement sexuel, tel que défini par l'article L. 1153-1 du Code du travail issu de la loi n°2012-954 du 6 août 2012 et de l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008. Les éléments du dossier démontrent la méconnaissance par les salariés et la direction de la rédaction de la définition même du harcèlement sexuel en ce qu'il ne doit pas forcément s'entendre comme un agissement sexuel direct sur la victime, comme par exemple une main aux fesses, mais s'étend à toute contrainte par un salarié d'un environnement professionnel dans lequel se répètent des comportements déplacés à connotation sexuelle, dégradant les conditions de travail du salarié qui ne souhaite pas ou plus les subir ».

C'est la raison pour laquelle la Cour d'appel d'Orléans a rappelé l'évidence, à savoir que des propos à connotations sexuelles tenus à l'encontre des femmes sont de nature à dégrader l'environnement et l'ambiance de travail du fait de leur caractère humiliant ou offensant. La Cour jugeait ainsi (4) : « *Ce que certains individus trouvent humoristique et ne portant pas atteinte à la dignité peut être blessant et humiliant pour d'autres, et notamment en ce qui concerne les plaisanteries à connotation sexuelle dirigées à l'encontre des collègues de sexe féminin* »... *le harcèlement sexuel peut consister en un harcèlement environnemental ou d'ambiance, où, sans être directement visée, la victime subit les provocations et blagues obscènes ou vulgaires qui lui deviennent insupportables* ».

Un supérieur hiérarchique dit une fois à sa stagiaire : « Quand tu passes devant mon bureau, je fantasme toute la journée sur tes seins ? » ce propos peut-il constituer un harcèlement sexuel ?

La question conduit ici à s'interroger sur le caractère nécessaire ou non de la répétition des propos à connotation sexuelle pour qualifier le harcèlement sexuel (lorsque ce dernier ne constitue pas une

(2) CA Orléans, 7 février 2017, n° 15/02.566.

(3) Défenseur des droits, 29 juillet 2016, décision MLD-2016-212.

(4) CA Orléans, 7 février 2017, n° 15/02.566, préc.

pression grave visée à l'alinéa 2 de l'article L. 1153-1 du Code du travail).

La circulaire d'interprétation de la loi du 6 août 2012 (5), à l'origine de l'article L. 1153-1 du Code du travail, impose cette répétition : « *La condition de répétition des actes, inhérente à la notion même de harcèlement ? exige simplement que les faits aient été commis au moins à deux reprises. Elle n'impose pas qu'un délai minimum sépare les actes commis, ces actes pouvant être commis dans un très court laps de temps* ». L'exigence d'une répétition est cependant critiquable au regard de la définition du harcèlement sexuel édictée dans le cadre des directives européennes et de la loi de transposition du 27 mai 2008, suscitées, qui, elles, ne prévoient pas la nécessité d'une répétition.

Dans ce contexte relativement incohérent, la Cour de cassation a jugé qu'un fait unique pouvait bien donner lieu à la qualification de harcèlement sexuel (6), même si l'auteur des faits n'avait pas recherché un acte de nature sexuelle : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'un fait unique peut suffire à caractériser le harcèlement sexuel et qu'elle avait constaté que le président de l'association avait « conseillé » à la salariée, qui se plaignait de coups de soleil, de « dormir avec lui dans sa chambre, ce qui lui permettrait de lui faire du bien, ce dont il résultait que la salariée établissait un fait qui permettait de présumer l'existence d'un harcèlement sexuel, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Il convient ainsi de ne pas s'interdire de plaider l'existence d'un harcèlement sexuel au motif qu'il n'y eu qu'un propos et d'évaluer en fonction de chaque cas d'espèce si la situation s'y prête. Ainsi, dans le cadre de la question posée, même si le supérieur hiérarchique ne prononce qu'une fois les propos à connotation sexuelle, ce propos va créer chez la salariée un sentiment d'insécurité important qu'elle ressentira à chaque fois qu'elle croisera son supérieur. L'ampleur de la dégradation de travail engendrée par une telle réflexion justifie, à elle seule, que le harcèlement sexuel soit invoqué.

Rappelons qu'en tout état de cause, le Code du travail interdit tout agissement sexiste « *défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* » (7).

Continuer à envoyer des mails ou des SMS à caractère sexuel à une collègue qui ne répond pas ou répond à côté, est-ce du harcèlement sexuel ?

La question permet de mettre en exergue une problématique récurrente dans les dossiers de harcèlement sexuel, qui est celle de la réaction de la victime. Dans de nombreux dossiers, la réaction de la victime est, en effet, de se taire, ce qui sera ensuite utilisé par la partie adverse selon l'argument « *qui ne dit mot consent* ».

À ce sujet la circulaire pénale du 7 août 2012 peut être invoquée : « *Le non-consentement de la victime est un des éléments constitutifs du délit, qui suppose des actes imposés par leur auteur, et, donc subis et non désirés par la victime. La loi n'exige toutefois pas que la victime ait fait connaître de façon expresse et explicite à l'auteur des faits qu'elle n'était pas consentante, le juge pouvant, par exemple, retenir un silence permanent face aux agissements ou une demande d'intervention adressée à des collègues ou un supérieur hiérarchique* ».

Le raisonnement peut même être poussé plus loin dans le cas où les victimes utilisent le rire ou la dérision comme stratégie de défense face à l'humiliation, comme on le voit dans un certain nombre de dossiers.

Le jugement du 30 novembre 2015, du Tribunal correctionnel d'Aix-en-Provence peut alors utilement être cité (8) : « *Le fait que cette dernière n'ait, dans un premier temps, rien osé dire ou se soit contentée de dire « arrête, tu es lourd ! » en faisant peut-être mine de rire avec ses collègues, est sans incidence sur la caractérisation de l'infraction, dès lors qu'il n'est pas contesté qu'elle en a effectivement souffert. Il apparaît d'ailleurs typique du harcèlement (qu'il soit ou non sexuel) de vouloir « mettre les rieurs de son côté », ce qui a parfois pour effet de donner à la victime le sentiment que, si elle s'offusque trop ouvertement de ces moqueries, celles-ci risquent de doubler, tandis qu'en feignant de rire elle aussi, elle espère « sauver la face » devant les personnes présentes* ».

La réaction de la victime, si elle ne vient pas établir un consentement, doit ainsi être sans incidence sur la caractérisation du harcèlement.

(5) Circulaire CRIM 2012-15/E 8 du 6 août 2012.

(6) Cass. Soc. 17 mai 2017, n° 15-19.300.

(7) Art. L. 1142-2-1, C. trav.

(8) TC Aix-en-Provence, 30 novembre 2015, n° 15/34.66.

II. Questions relatives à l'aménagement de la charge de la preuve

Une salariée a été victime de harcèlement sexuel.

Elle verse aux débats :

- des correspondances de dénonciations des faits auprès de son employeur ;
- les justificatifs des démarches faites auprès de l'inspection du travail ;
- des éléments médicaux relatifs à la dégradation de son état de santé ;
- des témoignages indirects de ses ami.es et de sa famille attestant des confidences relatives aux faits subis.

Les juges peuvent-ils condamner sur le fondement de ces seuls éléments ?

En matière de harcèlement sexuel, il est courant d'entendre que les dossiers ne peuvent être portés devant les juridictions, les victimes n'ayant pas les preuves suffisantes pour espérer gagner leur procès, s'agissant de cas où il s'agirait « de paroles contre paroles ». Cette croyance explique notamment le faible taux de recours des victimes devant les juridictions, puisque seulement 5 % d'entre elles saisissent un tribunal (9).

Cette affirmation se révèle pourtant, de nombreuses fois, fautive, l'article L. 1154-1 du Code du travail relatif à la preuve du harcèlement sexuel et du harcèlement moral prévoyant un aménagement de la charge de la preuve : « Lorsque survient un litige relatif à l'application des articles L.1152-1 à L.1152-3 et L.1153-1 à L.1153-4, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments de fait laissant supposer le harcèlement sexuel. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ».

Selon la Cour de cassation, une démarche globalisante dans l'appréciation des éléments de faits présentés par la victime doit ainsi être opérée par les juges (10) : « lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant, selon lui, un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que

ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ».

Ainsi, la production de certificats médicaux attestant de l'état dépressif ou d'une souffrance sur le lieu de travail sont des éléments importants devant être retenus par les juges pour apprécier l'existence d'un harcèlement (11). Ainsi, dans un arrêt du 6 octobre 2017 (12), la Chambre sociale a-t-elle de nouveau confirmé « Qu'en statuant ainsi, sans prendre en considération les documents médicaux produits par le salarié afin d'apprécier si les faits matériellement établis, pris dans leur ensemble, permettaient de présumer l'existence d'un harcèlement moral, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Il en est de même des attestations produites par la victime, et ce même si celles-ci n'émanent que de personnes étrangères à l'activité professionnelle. Le juge doit ainsi les examiner au même titre que les autres éléments de preuve (13). C'est en ce sens que la Cour d'appel de Douai a statué, dans un arrêt du 29 mars 2013 (14), en retenant comme éléments laissant présumer le harcèlement des témoignages indirects, notamment de membres de la famille, ainsi que des éléments médicaux, en motivant : « Bien qu'indirects, ces témoignages corroborent de façon précise et circonstanciée les affirmations contenues dans le récit précité de Madame D., étant observé que des comportements tels que ceux décrits par l'intéressée 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 ».

Des faits dénoncés de manière constante, corroborés par des témoignages même indirects et par une situation médicale dégradée peuvent ainsi laisser présumer des faits de harcèlement sexuel : « Les faits dénoncés par Madame V. l'ont été de manière constante et sont corroborés par des constatations médicales et des constatations de proches qui ont pu observer une dégradation de son état psychique. Ces éléments permettent de présumer l'existence d'un harcèlement et il incombe à la société Transplume de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement » (15).

(9) Enquête du Défenseur des droits, mars 2014.

(10) Cass. Soc. 25 janvier 2011, n° 09-42.766.

(11) Cass. Soc. 24 septembre 2008, n° 06-46.517, Bull. civ. V, n° 177 ; Cass. Soc. 12 mai 2010, n° 08-70.382 ; Cass. Soc. 3 novembre 2010, n° 09-42.360 ; Cass. Soc. 15 novembre 2011, n° 10-10.687 ; Cass. Soc. 13 février 2013, n° 11-26.603.

(12) Cass. Soc. 6 octobre 2017, n° 16-12.743, Publié au bulletin.

(13) Cass. Soc. 10 mai 2012, n° 10-28.346.

(14) CA Douai, 29 mars 2013, RG n° 12/01.187.

(15) CA Limoges, 13 octobre 2015, RG 14/01.164.

De la même manière la Chambre sociale a jugé que le fait qu'une salariée dépose plainte auprès de la gendarmerie pour des agressions ou des pressions subies dans le cadre du travail constitue un indice de l'existence d'un harcèlement de nature sexuelle (16).

C'est donc ce raisonnement du faisceau d'indices que doivent retenir les juges et ils ne peuvent donc pas débouter du fait de l'absence de preuve directe.

Une salariée décide d'enregistrer son employeur en train de la harceler avec son téléphone portable, sans qu'il s'en aperçoive. Pourra-t-elle produire ces enregistrements en justice ?

Au pénal, de façon certaine. La Chambre criminelle estime, en effet, que les enregistrements audios obtenus à l'insu d'une personne sont recevables en tant que preuve afin de porter plainte au titre d'infractions pénales dont elle se serait rendue coupable et ce, sans que le droit au respect de la vie privée, ni même la violation du secret professionnel, puissent valablement constituer une limite (17).

Au civil, la Chambre sociale de la Cour de Cassation refuse cependant ces enregistrements « clandestins » : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, la cour d'appel a violé les textes susvisés* (18). *Mais attendu que, si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur, 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* » (19).

Cette jurisprudence doit cependant être combattue !

Tout d'abord, ces enregistrements ne peuvent, selon nous, tomber sous la qualification du délit pénal visé à l'article 226-1, alinéa 1 et 2 du Code pénal, qui 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 : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement*

de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ». En effet, le délit ne peut 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 (20).

« *La captation des conversations a eu lieu dans le bureau des employeurs, lieu privé où l'on ne pouvait pénétrer sans leur autorisation et que l'élément intentionnel résultait de ce que le prévenu entendait enregistrer des propos ou arguments ne figurant pas dans les motifs de licenciement et dont il espérait tirer profit lors de la procédure devant le conseil des prud'hommes ; Mais attendu que, de ces énonciations, il résulte que l'objet des entretiens portait sur le licenciement du prévenu par ses employeurs ; que, dès lors, les propos tenus par ceux-ci entrant dans le cadre de leur seule activité professionnelle n'étaient pas de nature à porter atteinte à l'intimité de leur vie privée* » (21).

Ces enregistrements ne violent pas, en outre, l'article 9 du Code civil qui dispose que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Il est en effet rappelé qu'en matière de harcèlement sexuel, il ne peut être soutenu que les propos tenus par le harceleur relèvent de son intimité et de sa vie privée (22). Cette jurisprudence est d'ailleurs applicable, même si le harcèlement sexuel est imposé en dehors du temps 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* » (23).

En tout état de cause, il est rappelé que les juges peuvent accepter, dans certaines situations, 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.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 5 avril 2012 (24) a ainsi jugé : « *alors qu'une atteinte à la vie privée peut être justifiée par l'exigence de la protection des droits de la défense qui confère à la partie alléguant un fait le droit d'en rapporter la preuve ; qu'en se bornant à relever, pour écarter des débats la lettre du 9 mai 1965..., que le droit au secret des lettres faisaient*

(16) Cass. Soc. 21 mai 2014, n° 13-12.395 ; Cass. Soc. 12 février 2014, n° 12-26.652.

(17) Cass. Crim. 31 janvier 2012, Bettencourt, n° 11-85.464.

(18) Cass. Civ. 2^{ème}, 7 octobre 2004, n° 03-12.653.

(19) Cass. Soc. 23 mai 2007, n° 06-43.209.

(20) Cass. Crim. 16 janvier 1990, n° 89- 83.075, Bull. crim n° 25 ; Cass.

Crim. 7 octobre 1997 n° 96- 81.485, Bull. crim n° 3 24.

(21) Cass. Crim. 16 janvier 1990, n° 89-83.075, Bull. crim. n° 25.

(22) Cass. Soc. 19 octobre 2011, n° 09-72.672.

(23) Cass. Soc. 11 janvier 2012, n° 10-12.930.

(24) Cass. Civ. 5 avril 2012, n° 11-14.177.

obstacle à sa production en justice, et sans rechercher si sa production n'était pas justifiée par le droit de Monsieur P. de faire offre de preuve, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 6 et 9 du Code de procédure civile, ensemble de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ». Les juges doivent ainsi s'attacher 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 (25.)

Le rejet de ces enregistrements semble, en outre, contraire à l'article 6-1 de la CEDH, qui garantit le droit à un procès équitable. La CEDH juge que « Si la convention garantit, en son article 6-1, le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui, dès lors, relève au premier chef du droit interne » (26).

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 » (27).

La Cour de Cassation a d'ailleurs indiqué que (28) « 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, 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. Il est ainsi incontestable que le rejet des enregistrements constitue une violation de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ».

Le Défenseur des droits recommande ainsi la recevabilité de ces enregistrements (Recommandations du Défenseur des droits auditionné le 25 janvier 2018 par la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes du Sénat sur le harcèlement sexuel (29) : « Les juridictions civiles, de manière constante, considèrent que les enregistrements clandestins sont un mode de preuve déloyal et ne sauraient ainsi être déclarés comme recevables. Ces

enregistrements constituent néanmoins un élément faisant partie intégrante du faisceau d'indices constituant la présomption du harcèlement sexuel qu'il appartient à l'employeur de renverser. Les agissements de harcèlement sexuel ont souvent lieu en huis clos, sans témoin, et il est très difficile pour les victimes de solliciter des témoignages de collègues qui seraient toujours en poste.

14^{ème} recommandation : le Défenseur des droits recommande donc de mener un travail sur cette question de la recevabilité des enregistrements clandestins, qui reste parfois la seule manière pour les victimes de pouvoir démontrer la réalité de ce qu'elles allèguent ».

Quelques décisions récentes ont d'ailleurs accepté la recevabilité de l'enregistrement clandestin. Ainsi la Cour d'appel de Toulouse, le 10 mai 2019, dans un arrêt (30) est venue juger : « L'enregistrement audio de l'entretien que Mme M. a eu avec M. O., le 5 avril 2014, dont la production est recevable dès lors qu'elle est indispensable à l'exercice du droit à la preuve et que l'atteinte à la vie privée de M.O est proportionnée au but poursuivi... ».

Le Conseil, d'État a également admis la recevabilité de ces enregistrements devant le Conseil disciplinaire du conseil académique d'une Université : « Il résulte de ce qui précède que, s'il ressort des pièces du dossier soumis au CNESER que, pour prononcer la sanction infligée à M. A., la section disciplinaire s'est fondée sur la transcription de trois conversations téléphoniques enregistrées, à l'insu de l'enseignant, par l'une de ses étudiantes, les conditions de cet enregistrement, qui ne sont, en tout état de cause, pas imputables à l'université, ne pouvaient faire obstacle à ce que son contenu soit soumis au débat contradictoire. Dès lors, le CNESER, statuant en matière disciplinaire, n'a pas commis d'erreur de droit, ni dénaturé les pièces du dossier en jugeant que n'étaient pas sérieux et de nature à justifier l'annulation ou la réformation de la décision attaquée les moyens tirés, d'une part, de ce que l'université avait méconnu son obligation de loyauté à l'égard de son enseignant et, d'autre part, de ce que l'origine des enregistrements entachait d'irrégularité la procédure disciplinaire » (31).

Dès lors, rien ne justifie que les salariées du privé ne puissent pas produire d'enregistrements clandestins,

(25) Cass. Civ. 16 octobre 2008, n° 07-15.778.

(26) CEDH 12 juillet 1988, Aff. 108.62/84, *Chenck c/ Suisse*.

(27) CEDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B. V. c/ Pays-Bas*.

(28) Cass. Soc. 15 mai 2007, n° 06-10.606.

(29) Avis n° 18-03. Recommandations du Défenseur des droits, auditionné le 25 janvier 2018 par la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes du Sénat sur le harcèlement sexuel.

(30) CA Toulouse, 10 mai 2019, RG n° 2019/315.

(31) CE 21 juin 2019, n° 42.593.

à l'instar des fonctionnaires victimes de harcèlement sexuel, d'autant que ces dernières bénéficient du même aménagement de la charge de la preuve devant les juridictions administratives. Il convient donc de développer les arguments pour faire évoluer la jurisprudence afin que les enregistrements dits clandestins soient recevables devant les juridictions civiles.

De façon pratique, si ces enregistrements sont produits dans le cadre d'une procédure pénale, il faut

les faire transcrire dès le dépôt de plainte et les faire annexer à la plainte, afin que ces derniers puissent être communiqués à la victime en application de l'article 15-3 du Code de procédure pénale. Si ces enregistrements sont transcrits dans le cadre de la procédure pénale de façon détachée de la plainte, il ne sera alors pas possible de les verser dans le cadre d'un procès civil, tant qu'ils seront soumis au secret de l'enquête ou de l'instruction.

III. Questions relatives à l'articulation des procédures

Une salariée victime de harcèlement sexuel saisit le conseil de prud'hommes. Elle a porté plainte contre son harceleur, mais la plainte a été classée sans suite. Ce classement sans suite a-t-il des conséquences sur l'action prud'homale ?

Il est malheureusement courant de constater que les conseillers prud'hommes sont influencés par le classement sans suite des procédures pénales.

Or, il est rappelé que, selon le rapport Crozon Geoffroy du 16 novembre 2016 (32), 93,8 % des plaintes pour harcèlement sexuel sont classées sans suite... Donner une importance au classement sans suite, dans un contexte où la lutte contre le harcèlement sexuel est, au regard de ces statistiques, loin d'être une priorité pénale, conduirait ainsi les victimes à être privées de toute chance de succès. En tout état de cause, il est rappelé que, selon la Cour de cassation : « *Le classement sans suite d'une plainte par le procureur de la République constitue un acte dépourvu de l'autorité de la chose jugée* » (33). Les juges du travail doivent donc raisonner en toute indépendance par rapport au classement sans suite de la procédure pénale.

Une salariée peut-elle être poursuivie pour diffamation pour avoir accusé le harceleur dans un mail envoyé à ses collègues ?

La salariée peut en effet être poursuivie, mais, si elle dispose d'une « base factuelle suffisante » (c'est-à-dire un faisceau de présomptions), si elle a fait preuve de « prudence » dans l'expression et si ses « intentions sont légitimes », le délit de diffamation ne doit pas être caractérisé.

Pour relaxer une salariée poursuivie pour diffamation, le Tribunal correctionnel de Paris, dans un jugement du 22 février 2017, a ainsi retenu que

« *l'objet du courrier, dont la diffusion a été limitée [aux collègues], son auteur souhaitant expliquer les raisons de son départ* » ne traduisait pas une forme d'animosité personnelle de la salariée envers l'auteur. Le tribunal a notamment relevé qu'il ne pouvait être retenu « *que le ton soit particulièrement excessif, pour une personne directement concernée par les faits décrits* ». Le harcèlement sexuel était rapporté sans « *outrance, ni agressivité* » et la salariée insistait surtout sur « *l'attitude ambivalente* » de l'auteur. La fin de son courriel où elle écrivait qu'elle n'avait pas pour objectif de convaincre les personnes, était jugée par le tribunal comme « *une certaine précaution par rapport aux éventuelles réactions des destinataires du message* » et donc une « *prudence dans l'expression* ». Enfin, le tribunal a retenu que la salariée avait toujours été constante dans son récit du harcèlement sexuel et que quatre personnes attestaient avoir reçu ses confidences avant la diffusion du mail, objet des poursuites. Le tribunal a ainsi caractérisé la bonne foi en tous ses éléments (34).

Une salariée peut-elle être poursuivie pour diffamation pour avoir dénoncé le harceleur auprès de sa hiérarchie ?

La Cour de cassation interdit les poursuites en diffamation à l'encontre des salarié.es ayant dénoncé des faits de harcèlement sexuel, tant auprès de leur employeur que des organes chargés de l'application des dispositions du Code du travail (35). L'arrêt est doublement motivé :

– Par la combinaison de l'article 122-4, alinéa 1^{er}, du Code pénal, qui dispose que « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* » et des articles L.1152-2 et L.1152-3

(32) Rapport d'information n° 4233 sur l'évaluation de la loi 2012-954 du 6 août 2012.

(33) Cass. Soc. 26 mai 1999 n° 98-40.016.

(34) TGI Paris, 17^{ème} ch. 22 février 2017.

(35) Cass, Civ. 1^{ère} 28 septembre 2016.

du Code du travail, qui autorisent les salarié.es à dénoncer du harcèlement moral (ou sexuel) et les protègent des représailles ;

– Par l'existence d'une présomption de mauvaise foi en matière de diffamation qui est « *de nature à faire obstacle à l'effectivité du droit* » prévue par le Code du travail.

Une salariée est placée en arrêt de travail consécutivement à des faits de harcèlement sexuel sur son lieu de travail, puis licenciée pour inaptitude. Doit-elle nécessairement faire reconnaître son accident du travail ?

La salariée n'est pas contrainte de faire reconnaître que l'évènement constitutif du harcèlement sexuel à l'origine de l'arrêt est un accident du travail pour obtenir la condamnation de son employeur devant le Conseil de prud'hommes pour harcèlement sexuel et non-respect de l'obligation de sécurité. En fonction de la nature du dossier, la reconnaissance de l'accident du travail peut cependant se révéler importante, notamment en termes d'indemnisation par la Sécurité sociale.

Il convient ainsi, en fonction des dossiers (ancienneté de la salariée, durée de l'arrêt de travail, prise en charge plus ou moins favorable des périodes d'accident du travail par les conventions collectives), d'analyser l'intérêt d'obtenir une condamnation au Conseil de prud'hommes ou devant la juridiction des affaires de Sécurité sociale, étant précisé que, si l'accident du travail est reconnu, il relèvera alors de la compétence du Conseil de prud'hommes d'indemniser la rupture du contrat de travail, mais de celle du TASS de chiffrer les dommages et intérêts relatif au harcèlement sexuel (36). Compte tenu de la faible indemnisation devant le Tribunal des affaires de Sécurité sociale en la matière, il peut donc quelquefois s'avérer judicieux de ne mener la bataille que devant le Conseil de prud'hommes...

Une femme de chambre est victime d'une agression dans un grand palace parisien. Son employeur est une petite société de nettoyage sous-traitante. La salariée peut-elle saisir le conseil de prud'hommes contre le donneur d'ordre qui n'est pas l'employeur ?

Il peut être judicieux de chercher la responsabilité du donneur d'ordre, qui est souvent une société plus importante que l'employeur sous-traitant, et ce notamment lorsque la salariée fait valoir que le donneur d'ordre a une responsabilité dans le harcè-

lement subi et dans la gestion de l'affaire. Il convient alors de s'appuyer sur l'article L.4121-5 du Code du travail, qui dispose que « *Lorsque, dans un même lieu de travail, les travailleurs de plusieurs entreprises sont présents, les employeurs coopèrent à la mise en œuvre des dispositions relatives à la santé et à la sécurité au travail.* »

C'est ainsi que le Conseil de prud'hommes de Paris a retenu la coresponsabilité de l'entreprise donneuse d'ordre et du sous-traitant dans le cas d'une agression sexuelle d'une femme de chambre au sein de l'Hôtel Park Hyatt Vendôme, commise par un membre de la délégation du Prince du Qatar (37). Le sous-traitant a été condamné à indemniser le licenciement illégal et une mesure discriminatoire (une mutation). Le sous-traitant et le donneur d'ordre ont été condamnés solidairement à indemniser le préjudice résultant du harcèlement et de la violation de l'obligation de sécurité. Enfin, le donneur d'ordre a été condamné seul sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle et de la faute commise dans la gestion de l'affaire.

Il résulte des questions réponses développées ci-dessus que les outils de la lutte contre le harcèlement sexuel sont indéniablement en train de se développer, grâce au travail de l'AVFT, du défenseur des droits, des avocat.es militant.es en la matière et des juges. Reste à poursuivre le combat pour que la législation évolue, notamment en matière d'indemnisation du licenciement nul dont le plancher, fixé à 6 mois, est bien trop bas pour inciter les entreprises à réellement développer la prévention et la lutte contre le harcèlement sexuel.

Marilyn Baldeck et Maude Beckers

(36) Cass. Soc. 3 mai 2018, n° 16-11.116 et n° 16-26. 850 ; Cass. Soc. 10 octobre 2018, n° 17-11.019.

(37) CPH Paris, 3 août 2016, RG n° 11/09.860.