



BUCHINGER & RUBIN  
— AVOCATS —

JURISPRUDENCE  
**PREUVE DES VIOLENCES SEXUELLES AU TRAVAIL :  
NOUVEAU POINT SUR LA RECEVABILITE DES ENREGISTREMENTS  
CLANDESTINS**



Recevabilité ou irrecevabilité des enregistrements clandestins selon la nature de la procédure “Recevables ou pas recevables ?” : c’est une question qui revient sempiternellement dans la bouche des victimes, des syndicalistes, de nos stagiaires en formation, au sujet des enregistrements clandestins.

Il était donc temps de refaire un point !

### Harcèlement sexuel : une preuve par faisceau d’indices

En matière de harcèlement sexuel ou d’autres formes de violences sexuelles au travail, ce serait (presque) toujours la “parole de l’un contre la parole de l’autre“. Voilà une idée reçue que l’AVFT s’emploie à battre en brèche depuis de très, très nombreuses années, en transférant son expérience d’un raisonnement sur la preuve en terme de “faisceau d’indices” et, bien sûr, en partageant les splendeurs de “l’aménagement de la charge de la preuve” dans les procédures civiles.

Le fait que l’on puisse “croire même si on n’a pas vu”, que l’ombre portée des violences est suffisamment pertinente pour en établir la preuve, détermine la capacité d’action des

Cabinet d’Avocats BUCHINGER & RUBIN

66 Avenue Victor Hugo - Immeuble Léonard de Vinci - 75116 PARIS

Tél : 01.45.00.90.97 | Port : 06.21.50.70.79 | [avocats@buchinger-rubin.com](mailto:avocats@buchinger-rubin.com) & [judith@buchinger-rubin.com](mailto:judith@buchinger-rubin.com)

[www.buchinger-rubin.com](http://www.buchinger-rubin.com)



BUCHINGER & RUBIN  
— AVOCATS —

professionnel.les ayant un rôle à jouer dans la lutte contre les violences sexistes et sexuelles au travail. Sinon à quoi bon se mobiliser si les mis en cause auront toujours le dernier mot, protégés par une supposée impossibilité de prouver les violences commises ?

Il en va également de la possibilité pour les victimes de dévoiler les violences. Sinon à quoi bon prendre le risque d'être renvoyée dans ses buts à coup de "de toute façon tu ne pourras pas le prouver" ?

Enfin, la connaissance populaire de ces techniques peut avoir pour effet de limiter la destruction des éléments de preuve par les victimes elles-mêmes, qui n'imaginent pas que tel échange Whatsapp avec leur meilleure amie ou les traces d'une recherche d'un autre emploi pourraient valablement être produits dans le cadre d'une procédure judiciaire (voire d'une procédure disciplinaire).

En parallèle d'un travail de pédagogie sur la preuve, l'AVFT s'est aussi mobilisée pour obtenir, et a obtenu, une amélioration du régime de preuve du harcèlement sexuel en droit du travail, qui optimise la logique du "faisceau d'indices".

L'action de l'association n'a pas seulement été législative, mais a aussi été jurisprudentielle. La Cour de cassation, saisie du pourvoi d'une salariée et de l'AVFT, a en effet admis qu'un seul élément de fait pouvait suffire à faire présumer l'existence du harcèlement sexuel.

Ainsi le harcèlement sexuel, devant un conseil de prud'hommes, peut-il être établi par un ensemble d'éléments indirects.

### **Enregistrements clandestins : pénal et droit du travail**

Mais il est un élément que l'on retrouve de plus en plus souvent dans les dossiers de harcèlement sexuel, qui tranche avec les caractéristiques du faisceau d'indices puisqu'il s'agit d'une preuve directe : des enregistrements clandestins. Plus qu'un mode de preuve, posséder un enregistrement peut être la condition de l'accusation de l'agresseur par les victimes ("j'ai subi pendant des mois sans rien dire, j'ai enfin pu parler quand j'ai réussi à l'enregistrer" – Mme T., "J'ai porté plainte dès que j'ai pu l'enregistrer... on ne pouvait plus ne pas me croire" – Mme B.).

Ces enregistrements – qu'ils soient audio ou vidéo – réalisés à l'insu de la personne enregistrée, constituent des preuves recevables dans une procédure pénale, règle qu'il faut marteler tant elle est méconnue du commun des mortels et, plus fâcheux, parfois même des professionnel.les du droit.

Le mois dernier, une victime nous faisait part de ce que son avocat avait exigé qu'elle lui signe une décharge pour qu'il transmette au parquet les enregistrements clandestins qu'elle avait réalisés !

Cabinet d'Avocats BUCHINGER & RUBIN

66 Avenue Victor Hugo - Immeuble Léonard de Vinci - 75116 PARIS

Tél : 01.45.00.90.97 | Port : 06.21.50.70.79 | [avocats@buchinger-rubin.com](mailto:avocats@buchinger-rubin.com) & [judith@buchinger-rubin.com](mailto:judith@buchinger-rubin.com)

[www.buchinger-rubin.com](http://www.buchinger-rubin.com)



BUCHINGER & RUBIN  
— AVOCATS —

À plusieurs reprises, des victimes nous ont confié qu'elles avaient détruit les enregistrements qu'elles avaient réalisés sur la demande voire sous la pression de la police (“détruisez ça sinon c'est vous qui allez avoir des ennuis”).

Les policiers faisaient probablement référence à l'article 226-1 du Code pénal, qui punit “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 ;

2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé”.

Mais la réalisation de ces enregistrements clandestins a non seulement pour seule finalité l'établissement de la preuve des violences sexuelles (et non la violation de la vie privée), mais en plus, la commission de violences sexuelles ne peut en aucun cas être considérée comme relevant de “l'intimité de la vie privée”.

De fait, nous n'avons connaissance d'aucune décision de justice condamnant une plaignante ayant réalisé un tel enregistrement, et jamais une victime que nous avons soutenue n'a été poursuivie au visa de l'article précité, en dépit des menaces agitées par la défense.

Toujours est-il que dans certains dossiers, des victimes ont parfois été privées, par la police, du seul moyen de prouver les violences commises à leur encontre. Mais nous n'avons pas eu de telles remontées depuis longtemps : indice que la bonne information a fini par circuler ?

Depuis plusieurs années, l'AVFT plaide pour que, comme en matière pénale, ces enregistrements soient recevables en droit du travail, pour établir la preuve de violences sexuelles, et à condition qu'ils aient été effectués par les salariées et non par les employeurs.

Au travers d'un dossier, l'AVFT a saisi le Défenseur Des Droits de cette question, qui s'est positionné en faveur de la recevabilité des enregistrements clandestins dans cette procédure, puis en a fait une revendication générale en janvier 2018 dans un avis présenté devant la Délégation aux droits des femmes du Sénat.

La procédure précitée s'était achevée par un décevant arrêt de la chambre sociale de la Cour d'appel de Paris, qui rejetait un enregistrement parfaitement éloquent, et déboutait donc la salariée de ses prétentions au titre du harcèlement sexuel.

Me Maude Beckers, avocate de la salariée, spécialisée en droit du travail et disposant d'une très solide expérience de défense des femmes victimes de harcèlement sexuel, avait publié un

Cabinet d'Avocats BUCHINGER & RUBIN

66 Avenue Victor Hugo - Immeuble Léonard de Vinci - 75116 PARIS

Tél : 01.45.00.90.97 | Port : 06.21.50.70.79 | [avocats@buchinger-rubin.com](mailto:avocats@buchinger-rubin.com) & [judith@buchinger-rubin.com](mailto:judith@buchinger-rubin.com)

[www.buchinger-rubin.com](http://www.buchinger-rubin.com)



BUCHINGER & RUBIN  
— AVOCATS —

article en forme de mode d'emploi juridique en faveur de la licéité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel. Elle y défendait l'idée selon laquelle la production de ces enregistrements clandestins non seulement ne contrarie aucune règle en droit du travail, mais en plus, que c'est leur rejet qui constitue en réalité une violation des droits des salariées victimes de harcèlement sexuel, au regard du principe du droit à un procès équitable garanti par l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

La jurisprudence recèle quelques arrêts reconnaissant la recevabilité de tels enregistrements dans des procédures sociales. Ainsi, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 29 novembre 2018, considère-t-elle que les "deux enregistrements obtenus à l'insu de l'employeur (...) constituent un procédé déloyal d'obtention d'une preuve (...) La production de ces deux enregistrements est cependant strictement nécessaire à la défense des intérêts de M. X dans le cadre de la présente instance et n'est pas disproportionnée dans la mesure où si de l'aveu même des parties ils ne sont pas datés, ils prouvent que c'est sur ordre de l'employeur et non de son propre gré que le salarié a été conduit à rédiger une lettre de démission, non datée, que l'employeur a ensuite conservée pour éventuellement en faire usage à l'avenir, tous éléments que l'employeur conteste."

Mais ces arrêts n'ont pas été confirmés par la chambre sociale de la Cour de cassation qui, aux dernières nouvelles, ne l'entend toujours pas, ou pas encore, de cette oreille.

Pas encore, car de notre point de vue, sa position est intenable et devrait finir par être abandonnée. La chambre sociale a d'ailleurs récemment prouvé qu'elle pouvait se défaire d'une jurisprudence, (critiquée de longue date par l'AVFT) jusqu'alors considérée comme inébranlable.

La route a par ailleurs été tracée par le Conseil d'État.

### **Des enregistrements clandestins recevables en droit du travail... public**

On oublie trop souvent que le droit du travail n'est pas seulement celui des salarié.es du secteur privé, mais que les fonctionnaires ont aussi un droit du travail. Là où les litiges sont tranchés par les conseils de prud'hommes pour les salarié.es du privé, puis, in fine, par la Cour de cassation, ce sont les tribunaux administratifs qui les arbitrent pour les fonctionnaires et, en bout de course, le Conseil d'État.

On a également trop tendance à oublier que le Conseil d'État, qui souffre, à torts ou à raison (mais trop souvent à raison!), d'une image conservatrice, a plusieurs fois été à l'avant-garde en matière de harcèlement sexuel.

Cabinet d'Avocats BUCHINGER & RUBIN

66 Avenue Victor Hugo - Immeuble Léonard de Vinci - 75116 PARIS

Tél : 01.45.00.90.97 | Port : 06.21.50.70.79 | [avocats@buchinger-rubin.com](mailto:avocats@buchinger-rubin.com) & [judith@buchinger-rubin.com](mailto:judith@buchinger-rubin.com)

[www.buchinger-rubin.com](http://www.buchinger-rubin.com)



BUCHINGER & RUBIN  
— AVOCATS —

Il a, cinq ans avant la modification des règles de preuve du harcèlement dans le Code du travail évoquée plus haut, adopté un aménagement de la charge de la preuve plus favorable qu'en droit du travail privé.

Il s'est, trois ans avant la Cour de cassation, affranchi de la définition légale du harcèlement sexuel en admettant qu'un acte unique, d'un certain niveau de gravité, pouvait suffire à le caractériser.\*

Et il a encore franchi la ligne d'arrivée avant la Cour de cassation pour ce qui est de la recevabilité des enregistrements clandestins en matière de harcèlement sexuel.

Nous avons déjà évoqué la procédure qui allait déboucher sur l'arrêt du Conseil d'État du 21 juin 2019, en commentant la décision du CNESER disciplinaire – juridiction statuant en appel dans les litiges opposant les universités à des enseignants-chercheurs – qui avait considéré recevable une série d'enregistrements clandestins réalisés par une doctorante pour prouver les agissements de son directeur de thèse.

Saisie d'un pourvoi du directeur de thèse, la plus haute juridiction administrative a confirmé la position du CNESER de la manière suivante :

« 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 ».

La Cour de cassation n'a plus qu'à lui emboîter le pas.

Marilyn Baldeck, Déléguée générale

*Article modifié le 17 septembre 2020*

Cabinet d'Avocats BUCHINGER & RUBIN

66 Avenue Victor Hugo - Immeuble Léonard de Vinci - 75116 PARIS

Tél : 01.45.00.90.97 | Port : 06.21.50.70.79 | [avocats@buchinger-rubin.com](mailto:avocats@buchinger-rubin.com) & [judith@buchinger-rubin.com](mailto:judith@buchinger-rubin.com)

[www.buchinger-rubin.com](http://www.buchinger-rubin.com)