



Rentrée solennelle de la Cour du Travail de Mons

2 septembre 2014

Discours prononcé par Monsieur le Procureur général

I. de la Serna

LE DROIT AU SILENCE

Le droit au silence.

Le droit au silence, sujet de la présente mercuriale, peut paraître surprenant et très éloigné des réalités juridiques auxquelles votre Cour est confrontée quotidiennement.

Et pourtant ! Ceux des membres de votre cour appelés à siéger à la 4ème chambre B de la cour d'appel qui connaît du droit pénal social pourraient être amenés à manier cette notion et à en tirer toutes les conséquences juridiques.

En effet, le droit au silence de l'employeur, de ses préposés et mandataires tels que le définit le droit pénal social soulève nombre de questions souvent liées à l'infraction d'obstacle à la surveillance prévue à l'article 209 du Code de droit pénal social.

De plus, la possibilité de recourir pour les infractions de droit pénal social à l'imposition de sanctions administratives, qui en sont en fait des sanctions pénales « de substitution » me semble également un contexte qui relève in fine de la pleine juridiction du tribunal du travail et de votre Cour en degré d'appel, - contexte dans lequel le droit au silence pourrait aussi être soulevé - .

Mais avant d'entamer l'examen de quelques conséquences du droit au silence sur notre droit pénal social, permettez-moi de définir ce droit au silence, d'en tracer brièvement l'historique ainsi que d'évoquer les trois arrêts fondateurs prononcés par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Le Petit Robert donne deux définitions du silence : premièrement le silence est l'absence de bruit, d'agitation, l'état d'un lieu où aucun son n'est perceptible. Deuxièmement, le silence est le fait de ne pas parler, de garder le silence. Dans cette hypothèse, le silence est opposé à la parole, au langage. C'est cette définition qui nous intéresse dans le sujet que nous développerons aujourd'hui.

Creuser la notion de silence compris comme le fait de se taire, permet de faire apparaître toute la complexité de celle-ci tant son contenu est varié. Il y a le silence avant toute parole, le silence de la réflexion, le silence support de l'écoute qui fait exister la parole de l'autre, le silence du non-dit, le silence de la désapprobation, le silence complice, le silence de l'embarras, de la gêne, de la timidité, de l'indifférence, le silence imposé, le silence de ceux qui sont sans voix, le silence pesant des secrets de famille, le silence du résistant torturé qui refuse de donner le nom de ses complices...

Il est difficile d'opposer parole et silence tant l'un est tissé de l'autre. Pascal disait : « Il y a une éloquence du silence qui pénètre plus que le langage ne saurait faire ». C'est un peu comme en musique. Notes de musique et silences font partie intégrante de la partition. Et Miles DAVIS donnait de la musique la définition suivante : « la véritable musique est le silence et toutes les notes ne font qu'encadrer le silence ».

Mais l'éloquence du silence a ses limites : c'est l'interprétation que l'on peut en faire. Le silence peut dire beaucoup, mais encore faut-il qu'il soit correctement compris.

La délicate définition du droit au silence

Quittons la sphère du sens commun pour voir ce qu'il en est du droit au silence dans notre procédure pénale. Quelle définition lui donner ?

La question n'est pas aussi aisée qu'il y paraît. Il suffit de se pencher sur la littérature pour voir que juge, législateur et auteurs emploient alternativement les expressions « droit de garder le silence », « droit de se taire », « droit au silence », « droit de ne pas témoigner contre soi-même », « droit de ne pas s'auto-incriminer » ou encore « droit de ne pas s'auto-accuser ». Et la situation est identique en droit anglo-saxon où ce sont les termes « right of silence », « right to silence » et « privilege against self-incrimination » qui sont utilisés¹.

Le Doyen CARBONNIER compare le silence à une « *liberté de pensée* » qui serait intérieure². Louis-Edmond PETTITI, ancien juge à la Cour européenne, prolonge cette idée, en soulignant que si la parole est au cœur de la personnalité, sa contre face est le silence, et le droit à garder celui-ci. Le silence permet d'être maître de sa communication avec autrui et constitue une arme majeure du discours, à l'instar de ses doubles notoires que sont les libertés de pensée et d'expression. On peut être « réduit » au silence, comme on peut vouloir « l'observer³ ». Il considère même le silence comme « une forme de respect de la dignité de la personne ».

La plupart du temps le droit au silence est défini comme suit : « *la prérogative qu'a une personne arrêtée par les policiers ou traduite devant un juge de rester silencieuse sans que ce silence puisse lui être reproché* »⁴.

Cette définition me paraît un peu réductrice. Dans notre système juridique, le droit au silence est conçu de manière plus large⁵ : c'est tout d'abord le droit pour le prévenu d'organiser sa défense comme il l'entend, par la parole ou par le silence, en acceptant ou non de répondre aux questions posées et ce, sans être sanctionné s'il persiste dans son silence ou si ses déclarations ne correspondent pas à la vérité. Mais c'est aussi le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sans que cela puisse donner lieu à aucune sanction. L'inculpé ne peut ainsi être contraint de collaborer à la production de preuves notamment à la production de documents.

¹ Elsa MONCEAUX, « Quel droit au silence en procédure pénale ? », Paris II, master en droit pénal et sciences pénales dirigé par monsieur le professeur Yves MAYAUD, 2011, p. 2 ;

² J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », D. 1951, Chron, p. 119.

³ Elsa MONCEAUX, op. cit. p. 1 ;

⁴ Wikipédia

⁵ H.-D BOSLY, D. VANDERMEERSCHÉ et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, La Charte, 2010, 6^{ème} édition, p. 28

De cette large définition, deux notions doivent être mises en avant : droit au silence et droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

Les deux concepts, même s'ils sont fort proches et touchent chacun au respect des droits de la défense, doivent être distingués.

Il existe une controverse sur le point de savoir si ces deux concepts sont distincts ou si l'un englobe l'autre ou vice et versa. Il est vrai que la Cour européenne n'est pas des plus limpide sur ce point.

Dans l'arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* elle précise que « *le droit de se taire et – l'une de ses composantes – le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues* »⁶, ce qui signifie que le droit de ne pas s'auto-incriminer participe du droit au silence. En passant sous silence les informations, l'accusé ne fournit pas les éléments de nature à l'impliquer.

Cependant dans le paragraphe qui suit, la Cour énonce : « *Toutefois, le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence* »⁷ ce qui permettrait d'affirmer que le droit de ne pas s'auto-incriminer, protéiforme, s'incarnerait au premier chef dans le droit de se taire, mais comprendrait également le refus de produire des documents contre soi-même.

Même si la querelle est un peu théorique, j'en conviens, il me semble plus logique de considérer que le droit au silence est une composante du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, ce dernier principe étant plus large, plus vaste que l'autre. En effet, une des manières de ne pas s'auto-incriminer est d'exercer son droit au silence en se taisant, l'autre est de ne fournir aucun document auto-incriminant⁸, ce qui me fait dire que le titre de la mercuriale aurait dû être « le droit de ne pas « s'auto-incriminer » ».

Ce qu'il importe, c'est de garder à l'esprit que droit au silence et droit de ne pas s'auto-incriminer sont des principes étroitement liés qui garantissent les valeurs fondamentales que sont le procès équitable et la présomption d'innocence.

L'histoire du droit au silence⁹

Venons-en maintenant à l'histoire du droit au silence. C'est toujours intéressant de voir d'où l'on vient. Un proverbe africain dit d'ailleurs : « dis-moi d'où tu viens, je te dirai qui tu es ».

Dans la famille romano-germanique à laquelle notre législation appartient, le droit au silence a peiné à trouver sa place dans la procédure pénale. J'y vois deux raisons principales : la place de l'aveu dans le système probatoire et les caractéristiques de la procédure inquisitoire.

Le Moyen-Âge, avec son très faible niveau d'alphabetisation et l'illettrisme largement répandu, connaissait surtout les preuves orales. L'écrit n'avait pas non plus l'importance qu'il a aujourd'hui. Parmi les preuves orales qui étaient dominantes, les aveux du suspect ou de

⁶ §68

⁷ § 69

⁸ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS, A. MASSET, Manuel de procédure pénale, Larcier, 2012, p. 1135 ;

⁹ Sur ce sujet, voyez D. CHALUS, « La dialectique aveu – droit au silence dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé ».

l'accusé occupaient une place centrale. En effet, l'aveu donnait aux autres preuves dont principalement les témoignages, un caractère de certitude. Il était très pratique pour les acteurs judiciaires et assurait une forme de confort moral au juge. Il était aussi empreint d'une dimension spirituelle un peu comme une confession salutaire à l'âme.

Mais comme l'aveu ne venait pas facilement en raison de la gravité des peines (rappelons que du Moyen-âge au 18^{ème} siècle, le vol perpétré par un domestique était passible de mort), on a recouru à la torture pour obtenir des aveux. L'aveu est ainsi devenu le moyen de violer les droits des suspects pour obtenir la vérité. C'est ainsi que la torture fut régulièrement voire systématiquement pratiquée sous les Rois de France. Il suffisait de quelques soupçons pour que le suspect devienne le patient du bourreau.

Pour éviter de laisser les crimes impunis et pour respecter aussi la règle selon laquelle on ne condamne pas sans preuve, le système des preuves légales est devenu, à travers la primauté de fait accordé à l'aveu, un système profondément injuste fondé sur la torture et les aveux extorqués.

Dès le 16^{ème} siècle, en la personne de MONTAIGNE entre autres, des voix se sont élevées pour remettre en question la torture¹⁰. Mais c'est surtout au 18^{ème} siècle qu'elle fut de plus en plus critiquée et que les arguments à son encontre furent systématisés. A cette époque plusieurs auteurs, dont MONTESQUIEU, Cesare BECCARIA et VOLTAIRE expliquent combien la torture est en fin de compte inhumaine, insupportable et contre productive dans la mesure où l'aveu obtenu sous celle-ci correspond rarement à la véracité des faits, le torturé avouant le plus souvent pour échapper à la douleur. C'est ainsi qu'en France, sous Louis XVI, la torture fut abandonnée en deux temps, par ordonnance royale du 24 août 1780 (abolition de la question préparatoire) et en 1788 (abolition de la question préalable appelée aussi question définitive)¹¹.

De cette évolution importante, on peut affirmer que l'interdiction de la torture et des mauvais traitements dans les affaires criminelles ont permis l'émergence d'un droit au silence, celui-ci n'étant plus bafoué par l'usage de la force et de la contrainte.

Il est à cet égard significatif de reprendre les motifs pour lesquels la Cour de Strasbourg estime que le droit au silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des droits fondamentaux au cœur de la notion de procès équitable: « la raison d'être de ces droits tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et l'obtention d'éléments de preuve sous la contrainte ou la pression, au mépris de la volonté de l'accusé, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts de l'article 6¹² ».

Mais pour quel autre motif, la reconnaissance du droit au silence s'est-elle faite plus lentement dans les droits occidentaux que dans le monde anglo-saxon ?

¹⁰ A. COMPAGNON, « Un été avec Montaigne », Editions les Equateurs, 2013, p. 36

¹¹ La question préparatoire : celle posée sous la torture à l'accusé pour lui arracher les aveux de son crime lorsque les preuves réunies contre lui n'étaient pas suffisantes pour le faire condamner à mort ; la question préalable, appelée aussi définitive, était celle posée sous la torture au condamné juste avant son exécution, pour lui faire avouer ses complices et comparses.

¹² Cour eur. D.H., *Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, Recueil 1996-I, p. 49, § 45 ; Cour eur. D.H., *Allan c. Royaume-Uni*, 5 novembre 2002, §§ 44 et 50 ;

Cela tient entre autres à la différence de la procédure. En effet, contrairement à la procédure accusatoire chère au modèle anglo-saxon¹³, la procédure inquisitoire est caractérisée par le fait qu'elle comporte d'abord une enquête préliminaire, partiellement secrète, où à chaque instant, depuis les investigations policières jusqu'au jugement, le suspect est enjoint de répondre aux questions des autorités judiciaires qui lui sont posées. Que ce soit durant les interrogatoires par la police, par le substitut du procureur du Roi ou par le juge d'instruction, le suspect est en permanence soumis au feu nourri des questions. Et cela se poursuit durant la phase de jugement. Pendant l'audience, un bon président de cour d'assises ou un bon juge, n'est-il pas celui qui confronte l'accusé ou le prévenu aux éléments du dossier, aux différents témoignages, souvent en vue d'emporter des aveux ? Et les aveux obtenus, qu'on le veuille ou non, n'ont-ils pas pour conséquence que le suspect ou l'accusé du présumé innocent qu'il était, devient un présumé coupable ? Cette manière de procéder instaurée par notre droit de la procédure pénale s'accommode assez mal d'un droit au silence pour le suspect ou l'accusé.

Vous l'aurez compris, intrinsèquement, la procédure inquisitoire est centrée sur l'obtention des aveux et ce, même si l'aveu n'a plus, sur le plan de la preuve, la place royale qu'il avait avant.

Ce serait cependant une erreur de penser qu'il faut attendre les arrêts de la Cour de Strasbourg pour voir émerger en droit belge un droit au silence ? Soyons un peu chauvin !

Dès 1830, la doctrine majoritaire en Belgique reconnaît à toute personne entendue un droit au silence¹⁴. Et dès 1882, la Cour de cassation enseigne qu'un « *témoin appelé devant le juge d'instruction a le droit de refuser de déposer, si sa déposition peut avoir pour effet de le compromettre ou de l'exposer à des poursuites* »¹⁵. Mais, le 10 juillet 1916, la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence antérieure et déclare qu'aucune « *loi ne permet aux témoins cités devant le juge d'instruction de se soustraire à l'obligation de satisfaire à la citation, c'est-à-dire de refuser de répondre à une question sous prétexte qu'ils pourraient exposer éventuellement eux-mêmes ou des tiers à des poursuites* »¹⁶.

Certains auteurs du milieu du 20^{ème} siècle consacreront le droit au silence comme principe de droit. Dès 1954, Raymond CHARLES, alors procureur du Roi près le tribunal de Bruxelles, estime que l'inculpé peut se taire et qu'il ne commet aucune infraction en agissant ainsi¹⁷. Vingt ans plus tard, Philippe QUARRE écrira que « plus limité que dans d'autres pays et non organisé *in terminis*, le droit au silence existe indiscutablement dans notre droit actuel »¹⁸. La même année, Raoul DECLERCQ précisera que « l'inculpé peut refuser purement et simplement de répondre »¹⁹.

¹³ La procédure accusatoire est un système de justice dont les règles de procédure sur les parties au litige.

Chacune des parties est maître de présenter sa version des faits et de convaincre le juge ou le jury du bien-fondé de ses prétentions. Le juge est davantage en retrait et son rôle se limite à celui d'un arbitre impartial.

¹⁴ J.M. LE GRAVEREND, *Traité de la législation criminelle en France*, 3^{ème} éd., Paris, G. THOREL Libraire-éditeur, 1830, T. I, p. 242 ; M. FAUSTIN HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, augmentée par J.S.P. NYPELS et L. HANSSSENS, Bruxelles, Bruylant, T. 2, 1865, n° 2612. Tous deux cités in C. DE VALKENEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 482.

¹⁵ Cass., 21 févr. 1882, *Pas.*, 1882, I, p. 71.

¹⁶ Cass., 10 juillet 1916, *Pas.*, 1916, I, p. 195.

¹⁷ R. CHARLES, *Le droit au silence de l'inculpé*, Ann. dr. sc. pol., 1954, p. 11.

¹⁸ *Le droit au silence*, J.T., 1974, p. 526.

¹⁹ *Le droit au silence*, Rapports belges au Xième congrès de l'académie internationale de droit comparé, Bruxelles, C.I.D.C., 1974, p. 623.

En 1986, notre Cour de cassation consacre le droit au silence de l'inculpé comme faisant partie des droits de la défense et, à ce titre, participant d'un principe général de droit²⁰.

Sur le plan international, c'est d'abord sous l'égide des Nations unies qu'un texte visant expressément le droit au silence verra le jour. Il s'agit du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New-York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies et rendu obligatoire en Belgique par une loi du 15 mai 1981. Il dispose en son article 14.3.g que « *Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes [...] à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable.* »

Quant à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, elle ne mentionne pas l'existence d'un droit au silence mais nous verrons que la jurisprudence de la cour strasbourgeoise reconnaît ce droit comme étant compris dans l'article 6 de la Convention qui vise le droit à un procès équitable (article 6.1.) et la présomption d'innocence (article 6.2.).

L'influence de la Cour européenne et ses trois arrêts fondateurs

C'est incontestablement sous l'influence de la Cour européenne de Strasbourg que le concept de droit au silence va prendre son envol et occuper une place de plus en plus importante dans notre droit de la procédure pénale et dans d'autres matières.

Il y a à mon sens trois arrêts que je qualifierais de fondateurs et qui donc méritent un examen approfondi.

L'arrêt Funke c. France, 25 février 1993 (première pierre de l'édifice)

Sur la base de renseignements transmis par les services fiscaux de la ville de Metz, les agents des douanes de Strasbourg se rendent au domicile de Monsieur Funke et lui demandent de fournir les relevés des différents comptes bancaires détenus à l'étranger. Celui-ci refuse et sur citation de l'administration des douanes, il est condamné à payer une amende avec injonction de présenter les relevés bancaires sous peine d'une astreinte.

Saisie par l'intéressé, la Cour « constate que les douanes provoquent la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises. La Cour a considéré que les particularités du droit douanier (...) ne sauraient justifier une telle atteinte au droit, pour tout "accusé" au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination²¹. Partant, la Cour a considéré qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme (procès équitable).

La portée de cet arrêt est essentielle : Le droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer s'étend au droit de ne pas produire des documents contre soi-même. Quant au champ d'application de ce droit, il apparaît comme relativement large puisqu'il s'applique

²⁰ Cass., 13 mai 1986, *Rev. dr. pén. crim.*, 1986, p. 905, concl. Avocat général DU JARDIN

²¹ C.eur.D.H,FUNKE c.France, 25 février 1993, considérant 50.

dès la phase douanière ou fiscale située en amont de la saisine de la juridiction pénale. Le non respect de ce droit constitue une violation du droit au procès équitable (article 6 §1 CEDH).

L'affaire John Murray c. Royaume Uni, 8 février 1996²² (la clef de voûte de l'édifice)

John Murray a été arrêté alors qu'il se trouvait dans une maison à Belfast où était séquestré un membre de l'IRA suspecté par ses pairs d'être un indicateur de la police britannique. Dès le début de sa garde à vue, John Murray se verra notifier ses droits dans les termes suivants : « *Vous n'êtes pas tenu de dire quoi que ce soit sauf si vous le souhaitez ; mais je dois vous avertir que si vous omettez de mentionner un fait quelconque que vous invoquerez pour votre défense devant le tribunal, cette omission de vous prévaloir de cette possibilité peut être retenue par le tribunal comme corroborant un élément de preuve à charge. Si vous souhaitez dire quelque chose, votre déclaration pourra être produite comme preuve* ». La procédure britannique applicable en Irlande du Nord, prévoit que le juge du fond peut tirer argument du silence de l'inculpé en considérant que ce silence vient corroborer les éléments de preuve à charge de ce dernier.

Tout au long de la procédure y compris lors du procès, John Murray observera le mutisme le plus complet même après qu'il ait pu s'entretenir avec son avocat et il sera finalement condamné à 8 ans d'emprisonnement du chef de complicité de séquestration. Dans la motivation de sa décision, le juge se fondera, entre autres, sur ce silence persistant.

Devant la cour européenne, John Murray conclut à la violation des articles 6 §1 et §2 de la CEDH au motif que les dispositions de l'ordonnance de 1988 sur les preuves en matière pénale en Irlande du Nord autorise à tirer des conclusions défavorables à l'accusé du fait que celui-ci n'a pas répondu aux questions de la police, du procureur ou du juge du fond.

En somme, c'est la question suivante qui est posée à la cour européenne : le silence de l'accusé peut-il motiver la décision de culpabilité ?

L'hypothèse est différente de l'arrêt Funke où l'intéressé s'est vu infliger une amende parce qu'il observait le silence. Dans la jurisprudence de l'arrêt Murray, celui-ci a pu garder le silence sans être punissable. C'est l'interprétation et les conséquences que le juge peut donner au silence qui sont posées.

De cet arrêt longuement motivé, trois points me paraissent devoir être retenus :

- 1) Le droit de se taire lors d'un interrogatoire de police et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable.
- 2) On ne peut condamner une personne au vu de son seul silence. En d'autres termes, le silence persistant de l'accusé ne saurait en soi passer pour un indice de culpabilité.
- 3) Cependant, ce droit au silence n'est pas absolu. En effet, il n'interdit pas de prendre en compte le silence de l'accusé, dans des situations qui, en raison des indices de culpabilité, appellent assurément une explication de sa part, notamment pour apprécier la force de persuasion des éléments à charge.

²² C.eur.D.H, MURRAY c.Royaume-Uni, 8 février 1996, considérant 45.

On peut donc conclure qu'avec l'arrêt MURRAY, le droit au silence est consacré mais n'est pas absolu, des limitations pouvant lui être apportées à la condition qu'elles soient strictement déterminées.

L'affaire Saunders c. Royaume Uni, 17 décembre 1996²³ (contrefort de l'édifice)

Sir Saunders était président-directeur général de Guinness PLC et se voit reprocher un délit de corruption à l'occasion d'une offre d'achat des titres de la société Distiller Company PLC exploitant notamment la marque de Whisky Johnnie Walker. Lors de l'enquête administrative ordonnée par le ministre du commerce et de l'industrie, Saunders fut interrogé à sept reprises. Il faut savoir que la procédure administrative prévoit l'obligation de répondre aux questions posées sous peine d'être sanctionné pour avoir commis un outrage (contempt of court). Saunders répondit donc aux questions posées mais sans reconnaître avoir commis une infraction pénale.

L'enquête administrative évolua vers une enquête pénale et en fin de compte Saunders fut condamné à 5 ans d'emprisonnement en première instance, ramené à deux ans et demi en degré d'appel.

Au cours de son procès, Saunders demanda que soient écartés les procès-verbaux rédigés durant la phase administrative, ses déclarations ayant changé durant la procédure pénale.

La cour n'examine pas si en elle-même la procédure administrative implique une violation du droit au silence et donc à un procès équitable puisqu'elle comporte une obligation de répondre aux questions posées par les inspecteurs du Ministère.

Elle va se limiter à vérifier l'usage fait des auditions obtenues en phase administrative dans le cadre du procès pénal.

La cour rappelle la raison d'être du droit au silence et du droit à ne pas contribuer à sa propre incrimination : « *Leur raison d'être tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts de l'article 6 (arrêts John Murray précité, p. 49, § 45, et Funke précité, p. 22, § 44). En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. En ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence consacré à l'article 6 § 2 de la Convention* »²⁴.

Ensuite la juridiction strasbourgeoise précise que le droit de ne pas s'incriminer ne s'étend pas à l'usage dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple des documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse ADN²⁵.

Enfin la cour aborde la question de l'utilisation des déclarations de Saunders, contraint de témoigner durant la phase administrative sous peine de sanction, dans le cadre du procès

²³ C.eur.D.H, SAUNDERS c. c.Royaume-Uni, 17 décembre 1996.

²⁴ § 68

²⁵ § 69

pénal. Y a-t-il atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ? La question est d'autant plus délicate que les déclarations faites par Saunders en phase administrative n'étaient pas auto-incriminantes puisqu'il n'avait pas avoué sa participation aux infractions qui lui étaient reprochées.

La Cour constatera in fine que même si les auditions ne comportaient pas des aveux, elles avaient tout de même un caractère incriminant en ce sens que Saunders reconnaissait avoir eu connaissance de données qui tendaient à l'accuser : « *En tout état de cause, compte tenu de la notion d'équité consacrée par l'article 6, le droit pour l'accusé de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne saurait raisonnablement se limiter aux aveux de méfaits ou aux remarques le mettant directement en cause. Un témoignage obtenu sous la contrainte, qui semble de prime abord dépourvu de caractère incriminatoire — telles des remarques disculpant leur auteur ou de simples informations sur des questions de fait — peut par la suite être utilisé dans une procédure pénale à l'appui de la thèse de l'accusation, par exemple pour contredire ou jeter le doute sur d'autres déclarations de l'accusé ou ses dépositions au cours du procès, ou encore saper sa crédibilité. Dans le cas où celle-ci est soumise à l'appréciation d'un jury, le recours à semblables témoignages peut particulièrement nuire à leur auteur. Partant, c'est l'utilisation qui sera faite, au cours du procès pénal, des dépositions recueillies sous la contrainte qui importe dans ce contexte* »²⁶.

Le gouvernement britannique soutiendra également que l'intérêt public essentiel à la poursuite de ces fraudes et à la sanction des responsables, justifient qu'on s'écarte un peu d'un des principes fondamentaux d'une procédure équitable. Cet argument ne fut pas retenu par la cour.

Quatre enseignements peuvent être tirés de cet arrêt :

- 1) Le droit au silence repose désormais sur un double fondement. Il est étroitement lié à la présomption d'innocence et pas seulement au procès équitable²⁷. Cette assise nouvelle nous paraît logique et heureuse.
- 2) Utiliser, dans le cadre du procès pénal, des déclarations d'un individu faites en phase administrative et sous la contrainte en raison d'une sanction pénale, constitue manifestement une atteinte au droit de ne pas être contraint de contribuer à sa propre incrimination. Cela ne peut en aucune manière être justifié par des préoccupations d'intérêt public²⁸.
- 3) L'auto-incrimination ne se limite pas à l'aveu d'une infraction. Il faut à chaque fois examiner, concrètement, si l'usage qui est fait de la déclaration litigieuse devant le juge pénal implique ou favorise une incrimination. Le fait que l'accusation puisse utiliser un témoignage du prévenu obtenu sous la contrainte pour contredire, jeter le doute ou saper sa crédibilité doit être considéré comme auto-incriminant.
- 4) le droit de ne pas s'incriminer ne s'étend pas à l'usage dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais

²⁶ § 71

²⁷ Ibidem, considérant 68.

²⁸ D'un arrêt ultérieur Heaney et McGuinness c. Royaume-Uni du 19 septembre 2000, il peut être déduit que le droit au silence ne souffre aucune exception en raison de la gravité de l'infraction sur laquelle porte l'enquête (atteintes à la Sûreté de l'Etat ou terrorisme par exemple) ;

qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple des documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse ADN.

Bon nombre d'arrêts de la Cour européenne sont intervenus depuis venant affiner, préciser ou développer les fondements de la jurisprudence développée dans ces trois arrêts. Il serait certes intéressant de s'y arrêter pour apprécier toute la subtilité et la finesse de cette jurisprudence mais le temps nous manque. Nous nous y référerons seulement dans la mesure où cela apparaît indispensable pour l'examen des conséquences du droit au silence sur la matière du droit pénal social.

Après vous avoir donné connaissance des trois arrêts fondateurs, voyons d'un peu plus près ce qu'il en est en droit pénal social.

Le droit au silence de l'employeur, de ses préposés et mandataires tels qu'ils sont définis par le droit pénal social, pose fréquemment bon nombre de questions la plupart du temps liées à l'infraction d'obstacle à la surveillance telle que prévue par l'article 209 du Code pénal social.

Mais avant d'entrer dans le vif du sujet, voyons ce en quoi consiste précisément l'infraction d'obstacle à la surveillance.

I. L'obstacle à la surveillance : principe

L'article 209 du Code du code pénal social dispose qu'« est punie d'une sanction de niveau 4, toute personne qui met obstacle à la surveillance organisée en vertu du présent Code et de ses arrêtés d'exécution.

En l'absence de définition légale, l'obstacle peut être défini comme l'entrave à la surveillance, opposée volontairement par une des personnes désignées par la loi, à une autorité agissant dans le cadre de ses fonctions. Cette entrave se manifestera par un refus de laisser l'inspecteur pénétrer dans l'entreprise ou par le refus de lui remettre les documents sociaux. Elle pourra également se traduire par des absences répétées ou systématiques à chaque visite annoncée.

II. Le refus de laisser accéder les inspecteurs aux locaux de l'entreprise

La question qui se pose est la suivante : l'employeur, ses préposés et mandataires peuvent-ils se réfugier derrière le droit au silence pour refuser tout accès des inspecteurs aux locaux de l'entreprise ? En d'autres termes, le droit au silence débute-t-il devant ou derrière la porte de l'entreprise ? Faut-il d'abord laisser rentrer les inspecteurs sociaux avant de leur dire que l'on ne leur dira rien ?

Une certaine doctrine estime que « les absences, même répétées, lors de visite annoncées par l'inspecteur social constitue l'expression du droit au silence ». Cette doctrine invoque à l'appui de son argumentation un jugement du tribunal correctionnel de Bruxelles ayant acquitté du délit d'obstacle à la surveillance une personne qui, à deux reprises, était absente aux jours de visite fixés par l'inspection . En fin de compte, cette personne n'aurait fait que usage du droit au silence qui lui est reconnu et ne peut dès lors être condamnée pour cela.

Je ne partage pas ce point de vue.

Tout d'abord, cette jurisprudence plutôt isolée, est loin de faire l'unanimité. En effet, il a été jugé par de nombreuses autres juridictions que constituait un obstacle au contrôle le fait de ne pas ouvrir les portes de l'entreprise , le fait de les fermer au nez de l'autorité , le refus de donner accès au lieu de travail indépendamment du fait que le contrôle ait été annoncé à l'avance , le fait de rendre volontairement des locaux ou des appareils peu accessibles , le fait pour un employeur, averti du passage futur d'un inspecteur, de ne pas être présent ou de ne pas faire le nécessaire pour donner accès au lieu de travail .

Ensuite, comment un employeur peut-il invoquer le droit au silence, en refusant l'accès à ses locaux professionnels aux inspecteurs, alors qu'il ignore le motif exact de leur visite ainsi que l'objet des questions et les éventuelles demandes de renseignements ? N'est-ce pas aller un peu vite en besogne ?

C'est précisément dans ce sens que le procureur général Jacques VELU a écrit dans une mercuriale de 1993 : « il n'est pas exclu que les questions ou certaines des questions auxquelles elle aurait à répondre s'appliquent à des faits en raison desquels elle n'est pas ou ne risque pas d'être l'objet de poursuites pénales ». Le discours du procureur Jacques VELU portait sur la problématique des auditions en commission d'enquête parlementaire et les conséquences en matière pénale. Il nous paraît que, par analogie, le même raisonnement peut être tenu dans la problématique qui nous intéresse.

Pour pouvoir invoquer le droit au silence, l'employeur doit être considéré comme « accusé » au sens de l'article 6 de la CEDH, c'est-à-dire qu'il doit faire l'objet de poursuites en matière pénale ou à tout le moins qu'une procédure pénale soit envisagée à son encontre .

J'estime donc que l'employeur ne peut invoquer le droit au silence pour refuser l'accès aux locaux de l'entreprise alors qu'il ne peut pas savoir, à ce moment précis, si, à tout le moins, des poursuites sont envisagées à son encontre.

Comme le souligne la Cour européenne dans l'affaire Shannon, « il n'a pas été dit dans l'affaire Saunders que la procédure au travers de laquelle le requérant avait été invité à répondre à des questions concernant sa société et ses affaires financières, avec à la clé la possibilité d'une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement, soulevait en soi une question au regard de l'article 6 § 1er ().

A notre estime, le droit au silence débute à partir du moment où l'employeur se voit être sous la menace d'une sanction pénale . Or, une telle accusation ne peut exister si l'inspecteur n'a pas la possibilité de s'entretenir avec l'employeur ou de constater, de visu, des infractions. Le droit au silence débute donc derrière la porte de l'entreprise.

III. Le refus de donner des documents sociaux

L'employeur peut-il invoquer son droit au silence pour refuser de produire les documents sociaux aux services d'inspection du travail ?

Deux points de vue sont possibles : l'un estimant que le droit au silence ne peut être invoqué dans cette hypothèse, l'autre considérant que le droit au silence peut s'appliquer.

Pour répondre à la question posée, il me paraît utile, en premier lieu, de rappeler l'arrêt Saunders. A cette occasion, la Cour a énuméré une série de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple des documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse ADN .

Peut-on considérer que les documents sociaux existent en dehors de la volonté du suspect, un peu comme ce que dit l'arrêt Saunders en matière d'ADN ? La tenue de ces documents, rendue obligatoire par la loi, permet-elle d'affirmer que ces documents existent indépendamment de la volonté de l'employeur et qu'ils échappent, de ce fait au droit au silence ?

Je répondrais par l'affirmative. En effet, la Cour de cassation enseigne que l'obligation de montrer des documents imposés en vertu d'une disposition légale ne viole pas les droits de la défense et n'oblige pas l'intéressé à démontrer son innocence . Dans le cadre d'une action disciplinaire à l'encontre d'un architecte, la Cour a également dit pour droit que « les autorités disciplinaires qui, dans le cadre d'une instruction disciplinaire, demandent à une personne de communiquer des documents que celle-ci est légalement obligée d'établir, ne violent ni les droits de la défense ni l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » .

En outre, le Code de droit pénal social autorise les inspections sociales à rechercher certains documents. La recherche en tant que telle ne nous paraît pas contraire aux arrêts de la Cour européenne dans la mesure où les inspections ne posent aucun acte coercitif. En conséquence, l'inculpé conserve le droit de se taire mais doit laisser les inspections rechercher les documents sociaux qui mettront en lumière d'éventuelles infractions.

On peut souligner également que dans toute une série d'hypothèses, les juridictions de fond ont reconnu comme délit d'entrave au contrôle :

- le refus de fournir les documents demandés et le refus de délivrer des documents dont la tenue est imposée par la loi ;
- le refus de présenter sa carte de contrôle ;
- le refus de produire les plans de l'établissement et les documents qui en règlent l'exploitation ;
- le refus de remettre aux inspecteurs les documents concernant les rémunérations payées aux travailleurs ;
- le refus de présentation par une entreprise de transport des reçus de paie des chauffeurs et de feuilles de route ;
- le refus de produire les fiches de pointage des travailleurs ;
- le refus de donner sa carte de chômage ;
- le fait de ne pas avoir conservé les disques d'enregistrement tachygraphe ;

Il n'est pas inutile de préciser que les arrêts rendus par la Cour européenne, notamment dans l'affaire Funke concernaient des documents que l'accusé n'était pas obligé légalement de tenir. Il s'agissait en l'espèce d'extraits de compte bancaire, documents on ne peut plus privés.

V. Les déclarations aux services d'inspection.

La Cour européenne n'a jamais déclaré illégale toute forme de contrainte utilisée par l'administration aussi longtemps que les éléments recueillis ne sont pas utilisés dans le cadre d'une procédure pénale.

Ainsi dans une décision en cause de Allen c. Royaume-Uni du 10 septembre 1992, la Cour de Strasbourg a décidé que « l'obligation faite au requérant de fournir une déclaration de ses avoirs à l'administration fiscale ne soulève aucun problème sous l'angle de l'article 6 §1, même si une sanction était attachée au défaut de cette déclaration ».

En revanche dans un arrêt Chambaz c. Suisse du 5 avril 2012, la Cour européenne a décidé qu'en infligeant des amendes au requérant alors qu'une enquête pénale pour soustraction d'impôt était pendante et portait sur des faits connexes à ceux pour lesquels le requérant se prévalait de son droit au silence, les juridictions suisses avaient obligés le requérant à procéder à sa propre incrimination.

Même si ces deux arrêts ont rendus en matière fiscale, un raisonnement par analogie peut être tenu en matière sociale.

Il ne fait plus de doute que lorsque les inspecteurs suspectent l'employeur d'avoir commis une infraction sociale, ils doivent obligatoirement, lors de son audition, l'informer de son droit à ne pas s'incriminer lui-même et de son droit à garder le silence. Cela signifie que durant l'interrogatoire, l'employeur pourra faire usage de son droit au silence. Comme l'a précisé le tribunal du travail de Tongres, un prévenu ne peut alors être condamné pour obstacle à la surveillance lorsqu'il est uniquement accusé de s'être tu lors d'un contrôle social .

En revanche qu'en est-il lors d'un contrôle social et d'une audition, lorsque les inspecteurs n'ont pas encore connaissance des indices d'infractions qui existent à charge de l'employeur ?

La question est délicate car tout dépendra du cas d'espèce. L'inspecteur effectue-t-il le contrôle pour acquérir la preuve d'une infraction à la législation sociale ou encore l'inspecteur est-il déjà en possession d'indices d'une infraction commise en droit pénal social ? Dans ces situations, l'employeur doit être considéré comme un accusé au sens de l'article 6 de la CEDH et se voir reconnaître le droit au silence.

Par contre, si l'inspecteur, sans être en possession du moindre indice d'infraction, procède à l'audition pour s'assurer du simple respect de la législation sociale, l'employeur ne pourrait à mon sens refuser de répondre sous peine de commettre un délit d'obstacle à la surveillance au sens de l'article 209 du Code droit pénal social.

Conclusion

Voici venu le temps de conclure.

Le droit au silence, vous l'aurez compris, dépasse largement la sphère pénale et s'étend à d'autres branches du droit, comme le droit pénal social entre autres.

Dans la matière pénale, qu'elle ait une coloration sociale ou fiscale, la gravité des faits commis (je pense à certains dossiers de négriers) et la nécessité d'une juste répression ne doivent jamais faire oublier le respect des garanties procédurales prévues à l'article 6 de la CEDH. Il aura certes fallu attendre quelques arrêts de la Cour européenne pour que le droit au silence prenne son véritable envol dans notre droit. De l'analyse de cette jurisprudence, il apparaît que le respect du droit au silence et du droit de ne pas procéder à sa propre incrimination permet de garantir un équilibre procédural et met la personne poursuivie à l'abri de contraintes abusives qui pourraient être exercées dans le cadre de la recherche de la preuve.

Toutefois, ce droit au silence aussi fondamental soit-il, n'est pas absolu nous dit l'arrêt Murray.

Il ne peut à mon sens autoriser l'employeur à refuser l'accès aux locaux de l'entreprise aux inspecteurs sociaux. Il ne peut non plus empêcher lesdits inspecteurs d'avoir accès aux documents sociaux dont la loi oblige la tenue.

La question la plus délicate est celle de l'existence du droit au silence à l'occasion d'une audition par les inspecteurs sociaux lors d'une opération de contrôle de nature

administrative. Et là, il convient d'être extrêmement prudent. Dès qu'apparaît le moindre indice d'infraction à la législation sociale ou le plus petit soupçon de fraude sociale, l'employeur doit, à mon sens, se voir reconnaître le droit au silence.

Les inspecteurs sociaux devront donc faire preuve à l'avenir d'une grande prudence. La frontière entre les sphères pénale et administrative est loin d'être étanche et un employeur entendu administrativement lors d'un contrôle a vite fait de devenir un accusé au sens de l'article 6 de la CEDH.

Beaucoup ont peur du droit au silence affirmant que les enquêtes n'aboutiront plus. Je ne partage pas ce point de vue. En matière sociale peut être plus particulièrement que dans d'autres il existe de multiples moyens de mettre en exergue une fraude sociale autrement que par des aveux.

Il ne faut pas craindre le droit au silence. Il permet à la justice d'être plutôt plus juste que plus forte. N'est-ce pas là en fin de compte sa mission première ?