

Miriam Mazou

Droit pénal administratif : le point de vue de la défense

L'auteure aborde quelques spécificités choisies de la procédure DPA au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme (ci-après CEDH) et en comparaison avec les règles contenues dans le Code de procédure pénale (ci-après CPP). Elle traite plus particulièrement la question de l'avocat de la première heure et des restrictions à la communication entre le détenu et son avocat. Elle évoque également quelques questions de délais, ainsi que, enfin, la problématique de la consultation du dossier.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Droit pénal administratif

Proposition de citation : Miriam Mazou, Droit pénal administratif : le point de vue de la défense, in : Jusletter 8 juillet 2019

Table des matières

1. Introduction
2. Droit à un procès équitable selon l'art. 6 CEDH
 - 2.1. Notion de procès pénal
 - 2.2. Garanties
 - 2.3. Mise en œuvre dans le Code de procédure pénale
3. Avocat de la première heure en DPA ?
4. Communication entre l'inculpé et son défenseur
5. Délais
6. Droit d'être entendu
7. Conclusion

1. Introduction

[Rz 1] Elaborer une loi « *permettant de protéger efficacement la liberté individuelle et accordant aux prévenus des garanties judiciaires sérieuses telles qu'on les connaît dans le cadre de la procédure pénale ordinaire* ». Telle était la vocation de la motion présentée le 18 juin 1954 par le Conseiller national Alfred Borel et 64 cosignataires, visant la modification de la loi sur les douanes, qui a finalement abouti à un avant-projet de loi fédérale sur la procédure pénale administrative, devenue en 1962 un avant-projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif, à l'origine de la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974 (ci-après DPA).¹

[Rz 2] C'est donc d'un souci de modernisation de la procédure et en raison de la volonté d'accorder aux prévenus des garanties judiciaires sérieuses que le droit pénal administratif est né. Cela semble aujourd'hui paradoxal tant il est vrai que, du point de vue de la défense, certaines règles procédurales contenues dans la DPA paraissent à l'heure actuelle très archaïques.

2. Droit à un procès équitable selon l'art. 6 CEDH

2.1. Notion de procès pénal

[Rz 3] Avant d'évoquer les questions procédurales choisies de droit pénal administratif, et en particulier les restrictions posées par la DPA s'agissant de l'assistance d'un avocat, il convient de rappeler que la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH), et en particulier les garanties d'un procès équitable posées à l'art. 6 de ladite convention s'appliquent pleinement au droit pénal administratif.

[Rz 4] Les garanties conventionnelles applicables spécifiquement au procès pénal figurent à l'art. 6 §2 et 3 CEDH. Selon ces dispositions, toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie (art. 6 §2 CEDH). De plus, tout accusé a droit notamment à : être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui (art. 6 §3 let. a CEDH); disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense (art. 6 §3 let. b CEDH); se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement

¹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif du 21 avril 1971, FF 1971 I 1017, pp. 1018 à 1020.

par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exige (art. 6 §3 let. c CEDH) ; interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge (art. 6 §3 let. d CEDH) ; se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience (art. 6 §3 let. e CEDH).

[Rz 5] Pour que l'art. 6 §2 et 3 CEDH soit jugé applicable, il suffit que l'infraction en question soit, par nature, considérée comme « pénale » du point de vue de la Convention ou que l'infraction rende la personne passible d'une sanction qui, par sa nature et son degré de sévérité, relève généralement de la sphère « pénale ».² La sévérité de la peine que la personne concernée risque d'encourir joue également un rôle déterminant, étant précisé que le fait qu'une infraction ne serait pas passible d'une peine de prison n'est pas déterminant en soi, car la faiblesse relative de l'enjeu ne saurait ôter à une infraction son caractère pénal intrinsèque.³ L'art. 6 CEDH, dans son volet pénal, a notamment été jugé applicable au droit douanier⁴, de même qu'à certaines autorités administratives en matière de droit économique et financier notamment.⁵ L'art. 6 CEDH a également été jugé applicable aux procédures fiscales de majoration d'impôt.⁶ Il ne fait ainsi pas de doute que cette disposition conventionnelle est pleinement applicable aux procédures relevant de la DPA dont le caractère pénal est indéniable.

2.2. Garanties

[Rz 6] Le droit à un procès équitable garanti par l'art. 6 §2 et 3 CEDH comporte le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat dès que les autorités internes ont des raisons de soupçonner que cet individu a participé à une infraction pénale, et ce indépendamment du moment où cette qualité lui est formellement attribuée.⁷

[Rz 7] Dans l'arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, la Cour a indiqué que pour que le droit à un procès équitable consacré par l'art. 6 §1 CEDH demeure suffisamment concret et effectif, il faut en règle générale « que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la Police, sauf à démontrer, à la lumière des circonstances particulières de l'espèce, qu'il existe des raisons impérieuses de restreindre ce droit ». ⁸ Et même lorsque des raisons impérieuses peuvent exceptionnellement justifier le refus de l'accès à un avocat, une telle restriction, quelle qu'en soit la justification, ne doit pas préjudicier indument au droit garanti à l'accusé par l'art. 6 CEDH.⁹ Pour la Cour : « Il est en principe porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense lorsque des déclarations incriminantes faites lors d'un interrogatoire de police subi sans assistance possible d'un

² Arrêts de la CourEDH *Engel et autres c. Pays-Bas* §82 – 83 ; *Lutz c. Allemagne* §52 et 55 ; *Öztürk c. Allemagne* §54.

³ Arrêts de la CourEDH *Nicoleta Gheorghe c. Roumanie* §26 ; *Öztürk c. Allemagne* §54.

⁴ Arrêt de la CourEDH *Salabiaku c. France*.

⁵ Arrêts de la CourEDH *Lilly c. France* (redressement et pénalités en lien avec une taxe sur les dépenses) ; *Dubus SA c. France* (blâme prononcé par une commission bancaire) ; *A. Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italie* (amende infligée en raison de pratiques anticoncurrentielles).

⁶ Arrêts de la CourEDH *Jussila c. Finlande* (Grande Chambre) §38 ; *Steiniger c. Autriche* §34 – 37 ; *Chap Ltd c. Arménie* §36.

⁷ Arrêt de la CourEDH *Truten c. Ukraine* §66.

⁸ Arrêt de la CourEDH *Salduz c. Turquie* §55.

⁹ MIRIAM MAZOU, Avocat de la première heure avant l'heure ?, *JdT* 2009 III 131, p. 146.

avocat sont utilisées pour fonder une condamnation ». ¹⁰ Les « *raisons impérieuses* » évoquées par la Cour doivent être des circonstances tout à fait exceptionnelles. De telles raisons impérieuses ont par exemple été jugées réalisées s'agissant d'un présumé terroriste entendu après l'attaque du métro de Londres, dans la mesure où il y avait urgence à parer à d'autres attentats. ¹¹

[Rz 8] L'arrêt *Salduz c. Turquie* a été confirmé par plusieurs arrêts ultérieurs. Nous citerons ici l'arrêt *Pishchalnikov c. Russie* du 24 septembre 2009 dans lequel la Cour a là encore estimé que le défaut d'assistance du requérant par un avocat au premier stade de son interrogatoire par la police avait irréversiblement porté atteinte au droit de la défense et amoindri les chances de l'accusé d'être jugé équitablement. ¹² Nous citerons également l'arrêt *Dayanan c. Turquie* du 13 octobre 2009. Là aussi, la Cour a reconnu une violation de l'art. 6 CEDH au motif que la restriction, systématique et fondée sur la base des dispositions pertinentes du droit turc, au droit d'un individu privé de liberté (en l'occurrence en garde à vue) à avoir accès à un avocat suffit à conclure à une violation de l'art. 6 CEDH. Et cela même si le requérant reste silencieux pendant la garde à vue incriminée. ¹³

[Rz 9] Certes, dans l'arrêt *Beuze c. Belgique* du 9 novembre 2018 la Cour s'est montrée moins péremptoire qu'elle ne l'était depuis l'arrêt *Salduz c. Turquie* s'agissant des conséquences de l'absence d'un avocat. Selon cet arrêt du 9 novembre 2018, il s'agirait finalement d'analyser de cas en cas si le procès, examiné dans son ensemble, est ou non équitable, examen dans le cadre duquel l'information du prévenu de ses droits (parmi lesquels son droit au silence) est notamment déterminante. Dans cet arrêt, la Cour a jugé qu'il y avait eu violation de l'art. 6 §1 et 3c CEDH au motif que M. Beuze a été interrogé durant sa garde à vue sans consultation préalable ni présence d'un avocat, et qu'il a ensuite été interrogé durant l'instruction hors la présence de son avocat, lequel n'a pas non plus participé aux autres actes d'instruction. Elle est toutefois arrivée à cette conclusion au terme d'un examen du procès dans son ensemble, retenant que les restrictions au droit d'accès à un avocat ont été particulièrement importantes et que la procédure pénale considérée dans son ensemble n'avait pas permis de remédier aux lacunes procédurales ayant affecté la phase préalable au procès. Dans l'arrêt *Beuze c. Belgique*, la Cour confirme néanmoins les deux exigences minimales suivantes : premièrement, le suspect doit pouvoir entrer en contact avec son avocat dès sa privation de liberté, ce qui implique que le suspect puisse consulter son avocat préalablement à un interrogatoire, voire en l'absence d'un interrogatoire, et que l'avocat doit pouvoir s'entretenir avec son client en privé et en recevoir des instructions confidentielles. Deuxièmement, le suspect doit bénéficier de la présence physique de son avocat durant les auditions initiales menées par la police et durant les interrogatoires ultérieurs menés au cours de la procédure antérieure à la phase de jugement. Cette présence doit permettre à l'avocat de fournir une assistance effective et concrète, et non seulement abstraite de par sa présence, et notamment de veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits de la défense du suspect interrogé. ¹⁴

¹⁰ Arrêt de la CourEDH *Salduz c. Turquie* §55.

¹¹ Arrêt de la CourEDH *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*.

¹² Arrêt de la CourEDH *Pishchalnikov c. Russie* §65 à 93.

¹³ Arrêt de la CourEDH *Dayanan c. Turquie* §33.

¹⁴ Arrêt de la CourEDH *Beuze c. Belgique* §133 – 134, voir également, pour une analyse de cet arrêt, Loïc PAREIN/FABIO BURGNER, *Affaire Beuze c. Belgique, La présence et le rôle de l'avocat au début de la procédure pénale*, PJA 2019 p. 538.

2.3. Mise en œuvre dans le Code de procédure pénale

[Rz 10] En Suisse, le Code de procédure pénale unifié entré en vigueur en 2011 consacre l'institution de l'avocat de la première heure, permettant ainsi aux avocats d'assister les prévenus à tous les interrogatoires précédant le jugement (à savoir aux interrogatoires de police, ainsi qu'aux interrogatoires menés par le Ministère public). C'est ainsi que l'art. 159 al. 1 CPP prévoit que « *lors d'une audition menée par la police, le prévenu a droit à ce que son défenseur soit présent et puisse poser des questions* ». L'art. 159 al. 2 CPP précise quant à lui que « *lorsque le prévenu fait l'objet d'une arrestation provisoire, il a le droit de communiquer librement avec son défenseur en cas d'audition menée par la police* ». Les dispositions précitées garantissent donc à tout prévenu le droit de bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'enquête et de sa présence dès le premier interrogatoire.¹⁵

3. Avocat de la première heure en DPA ?

[Rz 11] La loi fédérale sur le droit pénal administratif ne connaît pas l'avocat de la première heure, mais uniquement « *l'avocat de la deuxième heure* ». L'art. 39 al. 3 DPA prévoit en effet que « *s'il ne s'agit pas de son premier interrogatoire, l'inculpé peut demander que son défenseur y assiste* ».

[Rz 12] La règle de l'art. 39 al. 3 DPA est clairement incompatible avec les standards actuels en matière de droits de la défense.¹⁶ On rappelle que selon le principe exprimé par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Salduz c. Turquie* notamment, le défaut d'assistance par un avocat résultant de l'application sur une base systématique des dispositions légales pertinentes suffit déjà à conclure à un manquement aux exigences de l'art. 6 CEDH.¹⁷ Ainsi, le défaut d'assistance par un avocat lors du premier interrogatoire fondé sur l'art. 39 al. 3 DPA constitue une violation de l'art. 6 CEDH. Le tout récent arrêt *Beuze c. Belgique* rappelle quant à lui également que les suspects doivent bénéficier de la présence physique de leur avocat durant les auditions initiales menées par la police et durant les interrogatoires ultérieurs intervenant au cours de la procédure antérieure à la phase de jugement.¹⁸ Exclure la présence de l'avocat du premier interrogatoire constitue par conséquent une violation du droit à un procès équitable.¹⁹

[Rz 13] Cette situation n'a pas échappé à la doctrine, ni aux administrations. C'est ainsi que les auteurs préconisent aux autorités de permettre à l'inculpé d'être assisté d'un avocat même lors de son premier interrogatoire, contrairement à ce que prévoit la loi.²⁰ En pratique, les autorités administratives permettent généralement au défenseur d'être présent, même lors du premier

¹⁵ Sur les questions pratiques posées par ce droit, voir notamment MIRIAM MAZOU, *Avocat de la première heure : quo vadis ?*, in : Jusletter 13 février 2012.

¹⁶ FRIEDRICH FRANK, *Zur Verteidigung im Verwaltungsstrafverfahren*, AJP/PJA 2012, 1266, p. 1274.

¹⁷ Arrêt de la CourEDH *Salduz c. Turquie* §56.

¹⁸ Arrêt de la CourEDH *Beuze c. Belgique* § 134.

¹⁹ Dans le même sens, ANDREAS J. KELLER, *Grundrechtskonformität und Tauglichkeit des Verwaltungsstrafrechts als Prozessgesetz*, in Andreas Eiker, *Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren*, Stämpfli Verlag AG 2013, p. 180.

²⁰ MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, *Verwaltungsstrafrecht, Strafrecht und Strafprozessrecht – Grundprobleme*, in Andreas Eiker, *Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren*, Stämpfli Verlag AG 2013, pp. 60 – 61.

interrogatoire.²¹ La manière de procéder des administrations diffère ainsi nettement de ce que prévoit la DPA.

[Rz 14] Le fait que les administrations acceptent habituellement la présence de l'avocat dès le premier interrogatoire (*contra* art. 39 al. 3 DPA), doit naturellement être salué. Toutefois, la situation n'en demeure par moins très insatisfaisante en ce que l'existence même de l'art. 39 al. 3 DPA est source de grande insécurité juridique. En effet, à sa lecture, l'administré qui n'a aucune connaissance juridique particulière et qui ne connaît pas ses droits, tels qu'ils découlent de l'art. 6 CEDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, croit qu'il ne dispose pas du droit d'être assisté d'un avocat lors de sa première audition. Ainsi, l'inculpé non assisté ne saura pas nécessairement, à moins que le fonctionnaire enquêteur ou un tiers ne l'en informe, qu'il a le droit à un avocat de la première heure. Le fonctionnaire enquêteur le lui dira-t-il ? En a-t-il le devoir ? L'inculpé comprendra-t-il qu'il s'agit là véritablement de son droit, en dépit du texte de l'art. 39 al. 3 DPA ? Ou pensera-t-il au contraire qu'il s'agit là d'une « fleur » qui lui est faite par le fonctionnaire enquêteur ?

[Rz 15] Nous avons été confrontés à une situation dans laquelle l'inculpé a, lors d'une première audition, en même temps, été avisé de ses droits tels qu'ils découlent notamment de l'art. 39 al. 3 DPA, et du fait que ses avocats ont été invités à l'assister au cours de l'audition. La teneur du procès-verbal était la suivante :

*« vous êtes entendu ce jour à titre d'inculpé conformément à l'article 39 DPA [...] ;
à ce titre, nous vous rendons expressément attentif au fait que :*

- *vous avez le droit de faire appel à un défenseur ou de demander un défenseur d'office ;*
- *vous pouvez être assisté de votre défenseur dès la deuxième audition ;*
- *vous pouvez refuser de répondre (en général ou sur des questions particulières) et de collaborer sans en donner les raisons ;*
- *vos déclarations seront utilisées comme moyen de preuves.*

Une collaboration active à l'établissement des faits pourra, en cas d'infraction fiscale avérée, avoir une influence sur la mesure de la peine.

Vos mandataires [...] qui ont été invités à vous assister au cours de cette audition y ont renoncé ».

[Rz 16] Ainsi, on indiquait en même temps à la personne inculpée qu'elle ne pouvait avoir droit à un avocat que dès sa deuxième audition, mais que, malgré tout, ses mandataires avaient été informés de sa première audition et invités à y participer (mais qu'ils y avaient renoncé) ! Quant à son droit au silence, la personne inculpée en avait bien été informée, mais l'on attirait en même temps son attention sur le fait qu'une collaboration active à l'établissement des faits pourrait avoir une influence sur la mesure de la peine. Il s'agit là d'un bel exemple dans lequel, sans l'assistance d'un avocat, l'inculpé peut rapidement se retrouver désarmé quant à la portée réelle de ses droits et l'attitude à adopter.

²¹ FRIEDRICH FRANK (n. 16), 1266, p. 1274.

[Rz 17] A notre sens, l'inculpé visé par une procédure relevant de la DPA doit être clairement informé de son droit (« *contra legem* ») à un avocat de la première heure avant d'être entendu respectivement au début de son audition. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme estime inhérent au droit à une assistance juridique que tout « *accusé* » au sens de l'art. 6 CEDH a le droit d'en être informé.²² L'application, en pratique, de l'avocat de la première heure en matière de droit pénal administratif pose en outre la question de savoir, si l'on admet que ce droit doit être signifié à l'inculpé au début de son audition, quelles sont les conséquences de l'omission d'une telle information.

[Rz 18] La loi fédérale sur le droit pénal administratif ne contient pas de disposition légale semblable à l'art. 158 al. 2 CPP, au terme duquel les auditions effectuées sans que les informations à donner lors de la première audition (selon l'art. 158 al. 1 CPP) aient été signifiées ne sont pas exploitables. Peut-on néanmoins déduire de ce silence que les auditions effectuées sans que le fonctionnaire enquêteur n'ait informé l'inculpé de son droit à un avocat de la première heure ne sont pas exploitables? L'inculpé doit-il déposer une plainte dans le très court délai de trois jours sur lequel on reviendra? Quid si l'inculpé a été informé de ses droits selon l'art. 39 al. 3 DPA et qu'on lui a donc indiqué qu'il pouvait demander que son défenseur assiste à son interrogatoire que s'il ne s'agit pas de son premier interrogatoire? Pourra-t-il obtenir l'inexploitabilité de son audition, respectivement voir admise la plainte qu'il déposerait en faisant valoir ce grief (à savoir qu'il a été informé de ses droits conformément à la lettre de l'art. 39 al. 3 DPA, mais, par voie de conséquence, en violation de l'art. 6 CEDH)?

[Rz 19] Certains préconisent d'appliquer aux procédures relevant de la DPA l'art. 158 CPP par analogie.²³ Les auteurs ne sont cependant pas unanimes sur la question de savoir si des déclarations faites alors que les droits n'ont pas été indiqués à l'inculpé conformément à l'art. 158 al. 1 let. c CPP (par analogie) sont néanmoins valables. EICKER/FRANK/ACHERMANN²⁴ estiment qu'il s'agit d'un cas d'inexploitabilité au sens de l'art. 158 al. 2 CPP. KELLER est quant à lui d'avis qu'en l'absence d'une telle règle d'inexploitabilité dans la DPA, il convient d'examiner de cas en cas les conséquences de ce défaut d'information, en appliquant les principes découlant de la Constitution (Cst.) et de la CEDH, une balance des intérêts en présence devant ainsi être effectuée au cas par cas.²⁵ Là encore, la situation n'est pas claire et constitue une source de grande insécurité juridique.

[Rz 20] On rappelle que l'avocat de la première heure doit pouvoir fournir une assistance effective et concrète (et non seulement abstraite de par sa présence) et notamment veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits de la défense du suspect interrogé.²⁶ Concrètement, de quelle manière ce droit sera-t-il mis en pratique? Le fonctionnaire enquêteur attendra-t-il l'arrivée de l'avocat pour débiter l'audition? Ou pourrait-il se fonder malgré tout sur la disposition légale en vigueur de l'art. 39 al. 3 DPA pour débiter l'interrogatoire hors la présence de l'avocat? Doit-on au contraire appliquer les règles du CPP? Le fonctionnaire enquêteur doit-il permettre à l'inculpé

²² Arrêts de la CourEDH Ibrahim et autres c. Royaume-Uni § 272; Simeonovi c. Bulgarie § 119.

²³ Pour un résumé des positions doctrinales : ANDREAS J. KELLER, Grundrechtskonformität und Tauglichkeit des Verwaltungsstrafrechts als Prozessgesetz, in Andreas Eicker, Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren, Stämpfli Verlag AG 2013, pp. 174 – 176.

²⁴ ANDREAS EICKER/FRIEDRICH FRANK/JONAS ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Stämpfli Bern 2012, p. 179.

²⁵ KELLER (n. 23), pp. 174 – 176.

²⁶ Arrêt de la CourEDH Beuze c. Belgique § 134 et jurisprudence citée.

de s'entretenir avec son avocat à l'occasion d'une suspension, respectivement de demander une suspension à cet effet ? Les principes découlant du CPP et de la jurisprudence rendue à cet égard sont-ils applicables en dépit de ce que la matière est réglée (certes *contra* CEDH) par la DPA ?²⁷

[Rz 21] Toutes ces questions sont fondamentales et l'existence de l'art. 39 al. 3 DPA (quand bien même cette disposition n'est pas ou peu appliquée) rend les réponses à celles-ci incertaines.

4. Communication entre l'inculpé et son défenseur

[Rz 22] En matière de restriction de la communication entre l'inculpé, respectivement le prévenu, et son défenseur, la loi fédérale sur le droit pénal administratif offre une plus grande marge de manœuvre au fonctionnaire enquêteur que le CPP au Ministère public.

[Rz 23] L'art. 58 al. 2 DPA permet en effet au seul fonctionnaire enquêteur de restreindre ou supprimer la communication entre le détenu et son défenseur pour une durée de 3 jours. Aux termes de cette disposition, le détenu ne peut communiquer oralement ou par écrit avec son défenseur que s'il y est autorisé par le fonctionnaire enquêteur. Celui-ci peut limiter ou faire cesser ces communications « *si l'intérêt de l'enquête l'exige* » (art. 58 al. 2 DPA). Une limitation ou suppression pour plus de trois jours exige l'approbation de l'autorité qui a décerné le mandat d'arrêt, qui ne peut être accordée chaque fois que pour dix jours au plus (art. 58 al. 2 DPA).

[Rz 24] La règle de l'art. 58 al. 2 DPA est à notre sens elle aussi contraire aux garanties découlant de l'art. 6 CEDH en ce qu'elle permet au fonctionnaire enquêteur de décider seul une restriction ou suppression de la communication entre le détenu et son défenseur, au seul et vague motif que l'intérêt de l'enquête l'exige. En effet, dès qu'il existe une accusation en matière pénale et, en particulier, dès l'arrestation d'un suspect, le droit à l'assistance d'un avocat existe.²⁸ Le suspect doit ainsi pouvoir entrer en contact avec son avocat dès sa privation de liberté, et s'entretenir avec lui en privé, et lui donner des instructions confidentielles.²⁹

[Rz 25] A titre de comparaison, l'art. 223 al. 2 CPP dispose que tout prévenu peut communiquer en tout temps et sans surveillance avec son défenseur, que ce soit oralement ou par écrit, pendant la procédure de détention devant le ministère public et les tribunaux. L'art. 235 al. 4 CPP quant à lui érige en règle le fait que le prévenu en détention peut communiquer librement avec son défenseur sans que le contenu de leurs échanges soit contrôlé. S'il existe un risque fondé d'abus, la direction de la procédure peut, mais uniquement avec l'accord du tribunal des mesures de contrainte (art. 235 al. 4 CPP), limiter temporairement les relations du prévenu avec son défenseur.

[Rz 26] A cet égard, le seul point sur lequel la DPA se révèle plus respectueux des droits de la défense que le CPP est la limite de 10 jours posée par l'art. 58 al. 2 DPA. En effet, à titre

²⁷ Sur ces questions, voir notamment ANDREAS EICKER/JONAS ACHERMANN/JULIA LEHNER, Zur Zulässigkeit eines Rückgriffs auf Bestimmungen der Stopp im Verwaltungs-straftverfahren, Praxistest einer Auslegeordnung, PJA/AJP 2013, pp. 1450ss et ANDREW M. GARBARSKI/JONATHAN RUTSCHMANN, La réparation selon l'article 53 du Code pénal : Justice de cabinet ou dispositions providentielles ?, RPS 134/2016, 171, pp. 189 et 190, et ANDREW GARBARSKI/ALAIN MACALUSO, Procédure de levée de scellés - élargissement aux tiers non-détenteurs, touchés dans leurs intérêts juridiquement protégés, <http://verwaltungsstrafrecht.ch> ainsi que notamment les arrêts du Tribunal fédéral du 16 octobre 2013 1B_783/2012, c. 4 et du 8 mai 2013 1B_672/2012, c. 1, et de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 6 septembre 2017 BV.2017.26, TPF 2017 107 traduit in JdT 2018 IV 390.

²⁸ Arrêt de la CourEDH *Beuze c. Belgique* § 124 et jurisprudence citée.

²⁹ Arrêt de la CourEDH *Beuze c. Belgique* § 124 et 133 et jurisprudence citée.

de comparaison, une restriction de communication fondée sur l'art. 235 al. 4 CPP, validée par le Tribunal des mesures de contrainte, peut être prononcée pour plus de 10 jours. L'art. 235 al. 4 CPP se borne à préciser que cette restriction ne peut qu'être temporaire. Il ne mentionne cependant aucune durée maximale.

5. Délais

[Rz 27] L'art. 28 al. 3 DPA prescrit que la plainte visant un acte d'enquête ou une décision rendue sur plainte doit être déposée par écrit auprès de l'autorité compétente, avec des conclusions et un bref exposé des motifs, dans les trois jours à compter de celui où le plaignant a eu connaissance de l'acte de l'enquête ou reçu la notification de la décision.

[Rz 28] En d'autres termes, une plainte formée contre une décision reçue un vendredi doit être déposée (motivée) le lundi suivant.

[Rz 29] Ce délai est particulièrement bref. Le CPP ne contient pas de délai aussi court, sauf en matière de détention provisoire.

[Rz 30] On peut se poser la question de savoir si un tel délai est compatible avec les droits de la défense, respectivement s'il permet de garantir une défense efficace et effective au sens où l'entend la Cour européenne des droits de l'Homme. La question de la compatibilité du délai de trois jours de l'art. 28 al. 3 DPA avec les droits de la défense et la CEDH a d'ailleurs été concrètement posée au Tribunal fédéral qui a estimé qu'un délai n'était pas en soi contraire à l'art. 6 CEDH ni constitutif d'un déni de justice au sens de l'art. 29 al. 1 Cst.³⁰

[Rz 31] A l'inverse, le délai de l'art. 26 al. 3 DPA consenti au directeur ou chef de l'administration pour transmettre ses observations dans le cadre d'une procédure de plainte à l'occasion de mesures de contrainte est de 3 jours ouvrables. En d'autres termes, dans cette hypothèse, les samedis et dimanches ne comptent pas, ce qui confère à l'autorité de l'administration un confort que la DPA interdit à l'avocat qui entend déposer une plainte. Une telle différence de traitement ne semble pas justifiée et interpelle, notamment sous l'angle de l'égalité des armes.

[Rz 32] Par ailleurs, en matière de scellés, la jurisprudence a jugé jusqu'ici que l'administration n'est pas tenue par le délai de 20 jours de l'art. 248 al. 2 CPP. Dans un arrêt du 8 mai 2013, le Tribunal fédéral a ainsi jugé qu'une demande de levée de scellés intervenant un mois et demi après la mise sous scellés avait été formée à temps³¹. Plus récemment, dans une décision du 21 août 2018, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral a rappelé que le droit pénal administratif ne connaît pas de délai formel pour le dépôt d'une demande de levée de scellés par l'autorité administrative d'instruction, cette autorité ayant toutefois l'obligation de tenir compte de manière adéquate du principe de célérité régissant la procédure pénale.³² Selon le Tribunal pénal fédéral, le délai de 20 jours de l'art. 248 al. 2 CPP, même s'il ne s'applique pas par analogie, peut toutefois servir d'indicateur.³³

³⁰ YVES DONZALLAZ, Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire 2008, ad art. 56 LTF, note 1604; arrêt du Tribunal fédéral du 5 février 2003 8G.123/2002.

³¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 8 mai 2013 1B_641/2012, c. 3.3.

³² Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, décision du 21 août 2018, BE.2017.20, c. 1.2.1.

³³ *Idem*.

[Rz 33] Ces quelques exemples concrétisent des différences significatives d'avec la procédure prévue par le CPP.

6. Droit d'être entendu

[Rz 34] En matière de droit d'être entendu également, la DPA offre moins de droits à la défense que le CPP. L'art. 36 DPA renvoie aux art. 26 à 28 PA qui permettent de restreindre le droit de consultation des dossiers au motif de l'intérêt de l'enquête. En pratique, le défenseur est régulièrement frappé par l'absence de motivation des décisions refusant l'accès au dossier. Tout au plus l'administration se borne-t-elle parfois à invoquer l'art. 27 al. 1 let. c PA aux termes duquel l'autorité peut refuser la consultation des pièces si l'intérêt d'une enquête officielle non encore close l'exige. Pourtant, il ressort de la jurisprudence du Tribunal pénal fédéral que la consultation du dossier ne saurait être simplement systématiquement refusée jusqu'à la clôture de l'enquête.³⁴

[Rz 35] Certes l'art. 61 al. 2 DPA indique que l'ouverture du procès-verbal final donne la possibilité d'examiner les dossiers et de demander des compléments d'enquête. Toutefois, ce droit à la consultation du dossier n'est consenti que très tard à l'inculpé puisqu'il ne s'impose qu'à la fin de l'enquête, lorsque le fonctionnaire enquêteur considère que son investigation est complète et qu'il estime qu'une infraction a été commise. Le Tribunal fédéral a estimé qu'une telle limitation du droit d'être entendu de l'inculpé avant la clôture de l'enquête ne viole ni l'art. 29 al. 2 Cst., ni l'art. 6 CEDH.³⁵ Pourtant, comme le résume très bien KELLER : le droit de consulter le dossier de l'autorité devient une farce : le droit d'accéder au dossier naît lorsque l'autorité a déjà pris une décision sur le contenu de l'affaire !³⁶ D'autres auteurs préconisent l'application par analogie de l'art. 101 al. 1 CPP.³⁷ Selon cette disposition les parties peuvent, sauf restriction ordonnée en vertu de l'art. 108 CPP, consulter le dossier d'une procédure pénale pendante au plus tard après la première audition du prévenu et l'administration des preuves principales par le ministère public.

7. Conclusion

[Rz 36] Les dispositions de la DPA régissant la présence de l'avocat aux auditions, la communication entre inculpé et défenseur et la consultation du dossier paraissent bien obsolètes et sont même pour certaines clairement contraires aux garanties CEDH. Il en découle une insécurité juridique qui n'est pas souhaitable. Il semble donc urgent d'adapter la législation aux standards actuels.

³⁴ Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, décision du 17 septembre 2010, BV.2010.47-48 c. 3.2.

³⁵ ATF 120 IV 242, c. 2c/bb ; ATF 119 Ib 12, c. 6b.

³⁶ KELLER (n. 23), pp. 176 – 179.

³⁷ JUDITH NATTERER GARTMANN, Rechte und Pflichten des Beschuldigten im Verwaltungsstrafverfahren, in Andreas Eicker, Das Verwaltungsstrafrecht im Wandel, Herausforderung für Strafverfolgung und Strafverteidigung, Stämpfli Verlag AG 2017, p. 110.

MIRIAM MAZOU est avocate pénaliste, avocate spécialiste FSA droit pénal, chargée de cours à l'Université de Lausanne, auteure de nombreuses publications, conférences et formations en droit pénal et procédure pénale.