

Jérôme Gurtner

## **La publicité des prononcés en droit pénal administratif**

---

Souvent associée à tort aux seuls domaines du droit pénal et du droit civil, la publicité de la justice s'applique également au droit pénal administratif. Ce dernier domaine est peut-être un peu moins connu, mais il n'en est pas moins important dans la pratique. Cette contribution, élaborée dans le cadre du CAS en magistrature pour les années 2023–2024, explore un sujet rarement abordé dans la doctrine : celui de la publicité des prononcés en droit pénal administratif.

---

Catégories d'articles : Science

Proposition de citation : Jérôme Gurtner, La publicité des prononcés en droit pénal administratif, in : «Justice - Justiz - Giustizia» 2025/1

## Table des matières

1. Introduction
  - 1.1. L'intérêt du sujet
  - 1.2. Le plan de la contribution
2. Une brève introduction au droit pénal administratif
  - 2.1. La définition
  - 2.2. La justification
  - 2.3. Le champ d'application
  - 2.4. Le déroulement de la procédure
3. La publicité de la justice
  - 3.1. Le principe
  - 3.2. Les deux dimensions et catégories
4. La publicité du prononcé
  - 4.1. La portée
  - 4.2. Les concrétisations légales
    - 4.2.1. En procédure civile
    - 4.2.2. En procédure pénale
5. La publicité en droit pénal administratif
  - 5.1. Selon la jurisprudence
    - 5.1.1. ATF 124 IV 234 (arrêt « OFAC »)
      - (i) En fait
      - (ii) En droit
    - 5.1.2. TPF 2021 201 (arrêt « OFEN »)
      - (i) En fait
      - (ii) En droit
    - 5.1.3. Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024 (arrêt « DFF »)
      - (i) En fait
      - (ii) En droit
  - 5.2. Selon la pratique de Swissmedic
  - 5.3. Selon la doctrine
  - 5.4. Quelques réflexions personnelles
6. La révision en cours du droit pénal administratif
  - 6.1. La motion « Pour un droit pénal administratif moderne »
  - 6.2. L'avant-projet de révision totale de la DPA
  - 6.3. Le rapport explicatif de révision totale de la DPA
  - 6.4. Quelques réflexions personnelles
7. Conclusion

## 1. Introduction

### 1.1. L'intérêt du sujet

[1] Le droit pénal administratif est un domaine qui est souvent peu abordé dans la doctrine et les cours à l'Université, alors qu'il s'agit d'un sujet important dans la pratique de nombreuses autorités administratives fédérales. Le principe de la publicité du prononcé n'est ainsi que rarement associé au droit pénal administratif, les auteurs se focalisant principalement sur le principe de la publicité de la justice en matière civile et pénale. À tort, cependant. En effet, dans un arrêt de 1998 publié, le Tribunal fédéral avait déjà relevé que le principe selon lequel le jugement doit être rendu publiquement vaut également pour le mandat de répression en droit pénal adminis-

tratif décerné selon la procédure simplifiée<sup>1</sup>. Il avait alors retenu qu'il suffit, pour respecter le principe de la publicité de la justice, que l'administration dépose, pendant un certain temps, au greffe, la décision pénale rendue dans le cadre de la procédure pénale administrative, pour que les personnes intéressées puissent la consulter ou qu'elle permette à un ayant droit de consulter une décision pénale sur demande spéciale. Enfin, en sachant que plusieurs dizaines de milliers de décisions sont rendues chaque année en droit pénal administratif<sup>2</sup>, il est d'autant plus justifié de traiter ce sujet sous l'angle du principe de la publicité de la justice.

## **1.2. Le plan de la contribution**

[2] Le plan de la présente contribution est le suivant. Après une brève introduction au droit pénal administratif (chapitre 2), nous rappellerons quelques éléments importants du principe de la publicité de la justice (chapitre 3). Nous nous focaliserons ensuite sur le principe de la publicité du prononcé, en examinant sa portée, ainsi que ses concrétisations légales dans les procédures civile et pénale (chapitre 4). Il sera ensuite temps de présenter un état des lieux de la publicité des prononcés en droit pénal administratif, sous l'angle de la jurisprudence de différentes autorités judiciaires, de la pratique de l'Institut suisse des produits thérapeutiques (Swissmedic), ainsi que de la doctrine (chapitre 5). Nous compléterons ce chapitre par quelques réflexions personnelles. La révision en cours du droit pénal administratif sera également abordée et discutée (chapitre 6). Nous terminerons par une conclusion (chapitre 7).

## **2. Une brève introduction au droit pénal administratif**

[3] Dans le présent chapitre, nous définirons le droit pénal administratif (ch. 2.1) et expliquerons sa raison d'être du point de vue du législateur fédéral (ch. 2.2). Nous nous focaliserons ensuite sur son champ d'application, en particulier sur sa relation avec les dispositions du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0) et du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP, RS 312.0) (ch. 2.3). Nous terminerons par une présentation du déroulement d'une procédure pénale administrative (ch. 2.4).

### **2.1. La définition**

[4] Selon le Message du Conseil fédéral du 21 avril 1971 à l'Assemblée fédérale concernant le projet de loi fédérale sur le droit pénal administratif, celui-ci est défini comme « une grande partie de ce qu'on appelle le droit pénal accessoire et plus particulièrement le droit pénal fiscal et le droit pénal économique »<sup>3</sup>. Au sens large, on entend par droit pénal administratif les dispositions pénales, en particulier les éléments constitutifs d'infractions, qui sont inscrites dans des lois ad-

---

<sup>1</sup> ATF 124 IV 234, JdT 2006 IV 165.

<sup>2</sup> DFJP, Révision totale de la loi sur le droit pénal administratif (DPA), Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation, Berne, le 31 janvier 2024, p. 71.

<sup>3</sup> FF 1971 I 1017.

ministratives de la Confédération ou des cantons<sup>4</sup>. En revanche, le droit pénal administratif au sens étroit désigne uniquement les dispositions pénales contenues dans les lois administratives fédérales, y compris celles de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0), dont l'exécution relève de la compétence d'une autorité administrative fédérale<sup>5</sup>. Il arrive aussi que le droit pénal administratif au sens étroit soit défini uniquement en référence à la DPA<sup>6</sup>.

## 2.2. La justification

[5] La compétence pour poursuivre les infractions de droit pénal administratif n'a pas été conférée aux organes de poursuite pénale cantonaux, mais aux autorités pénales administratives<sup>7</sup>. Le choix d'attribuer un pouvoir punitif aux autorités administratives est justifié dans le Message relatif à la DPA en raison « de la complexité des lois administratives ». Le Message ajoute que si on voulait charger les organes d'instruction cantonaux de ces enquêtes, ils seraient débordés, « car ils ne disposent ni du temps ni des connaissances nécessaires »<sup>8</sup>.

## 2.3. Le champ d'application

[6] La DPA s'applique lorsqu'une autorité administrative fédérale est chargée de poursuivre et de juger des infractions (art. 1 DPA). Les dispositions générales du CP sont applicables aux actes réprimés par la législation administrative fédérale, à moins que la DPA ou une loi administrative spéciale n'en dispose autrement (art. 2 DPA). Il n'existe en revanche pas de disposition, à l'instar de l'art. 2 DPA, qui renvoie subsidiairement aux règles du CPP. Selon la jurisprudence, les dispositions du CPP sont applicables à titre complémentaire ou par analogie dans la mesure où la DPA le prévoit expressément (art. 22, 30 al. 2-3, 31 al. 2, 41 al. 2, 43 al. 2, 58 al. 3, 60 al. 2, 80 al. 1, 82, 89 et 97 al. 1 DPA)<sup>9</sup>. Dans la mesure où la DPA ne règle pas certaines questions de manière exhaustive (« nicht abschliessend regelt »), les dispositions du CPP sont en principe applicables par analogie<sup>10</sup>.

[7] Les autorités pénales administratives chargées de poursuivre et de juger des infractions au sens de l'art. 1 DPA sont nombreuses. On peut citer, par exemple, l'Administration fédérale des contributions (AFC), l'Office fédéral de la douane et de la sécurité des frontières (OFDF), le Département fédéral des finances (DFF), Swissmedic, la Commission fédérale des maisons de jeu

---

<sup>4</sup> ANDREAS EICKER, in : Friedrich Frank/Andreas Eicker/Nora Markwalder/Jonas Achermann (édit.), *Verwaltungsstrafrecht*, Basler Kommentar, Bâle 2020, N. 1 ad art. 1 DPA.

<sup>5</sup> EICKER (note 4), N. 1 ad art. 1 DPA.

<sup>6</sup> NADJA CAPUS/ALLISON BERETTA, *Droit pénal administratif*, précis de droit suisse, Bâle 2021, N. 36.

<sup>7</sup> CAPUS/BERETTA (note 6), N. 10.

<sup>8</sup> FF 1971 I 1017, p. 1025; pour plus de détails, voir CAPUS/BERETTA (note 6), N. 11, 12 et 13.

<sup>9</sup> Arrêt du TF 1B\_437/2018 du 6 février 2019 consid. 1.1.

<sup>10</sup> ATF 139 IV 246 consid. 1.2, JdT 2014 IV 85; arrêt du TF 1B\_437/2018 du 6 février 2019 consid. 1.1. On relèvera que cette affirmation, tirée de la jurisprudence, semble contredire la précédente, tirée également de la jurisprudence, préconisant une application par analogie si la DPA le prévoit expressément.

(CFMJ), l'Office fédéral de l'énergie (OFEN), l'Institut Fédéral de la Propriété intellectuelle (IPI) et le Département fédéral de l'intérieur (DFI)<sup>11</sup>.

## **2.4. Le déroulement de la procédure**

[8] Dans la procédure pénale administrative, le fonctionnaire enquêteur dresse un procès-verbal final lorsqu'il considère que l'enquête est complète et qu'une infraction a été commise (art. 61 al. 1 DPA). Ce procès-verbal final énonce l'identité de l'inculpé et décrit les éléments constitutifs de l'infraction (art. 61 al. 1 DPA). Le fonctionnaire enquêteur notifie le procès-verbal final à l'inculpé et lui donne la possibilité de s'expliquer immédiatement à ce sujet, de consulter le dossier et de requérir un complément d'enquête (art. 61 al. 2 DPA). Ensuite, l'administration décerne un mandat de répression ou suspend l'enquête, sous réserve du renvoi de l'affaire au tribunal (art. 62 al. 1 DPA). Le mandat de répression est décerné par écrit et contient les éléments énumérés à l'art. 64 al. 1 DPA. En principe, il n'a pas à être motivé. Il n'en va autrement que si, au détriment de l'inculpé, le mandat de répression s'écarte de manière essentielle du procès-verbal final (art. 64 al. 2 DPA). Si aucune opposition n'est formée dans le délai légal, le mandat de répression est assimilé à un jugement passé en force (art. 67 al. 2 DPA).

[9] Si une opposition est formée, l'administration reconsidère le mandat contesté à l'égard de tous ceux qui sont touchés par celui-ci. Elle peut ordonner un débat oral et compléter l'enquête (art. 69 al. 1 DPA). Sur la base des résultats de son nouvel examen, l'administration suspend l'enquête ou rend un prononcé pénal (art. 70 al. 1 DPA). À la requête ou avec l'assentiment de l'opposant, l'administration peut traiter l'opposition comme demande de jugement par le tribunal (art. 71 DPA). Si le jugement par le tribunal n'est pas demandé dans le délai légal, le prononcé pénal est assimilé à un jugement passé en force (art. 72 al. 3 DPA).

## **3. La publicité de la justice**

[10] Nous présenterons le principe de la publicité de la justice (ch. 3.1), puis nous mettrons en évidence ses deux dimensions et catégories (ch. 3.2).

### **3.1. Le principe**

[11] Garantie par les art. 30 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), 6 par. 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101) et 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (Pacte ONU II, RS 0.103.2), la publicité de la justice constitue un principe fondamental de l'État de droit<sup>12</sup>. Elle est instituée d'une part pour protéger les parties directement impliquées dans les procédures judiciaires, afin de leur garantir un traitement correct et un jugement conforme au droit. Elle permet d'autre part aux tiers non impliqués dans la procédure de comprendre comment les procédures judiciaires sont me-

---

<sup>11</sup> CAPUS/BERETTA (note 6), N. 64.

<sup>12</sup> ATF 147 IV 297 consid. 1.2.1.

nées, comment le droit est appliqué, et comment la justice est rendue; elle répond ainsi à un intérêt public<sup>13</sup>. Elle tend à assurer la transparence de la jurisprudence et à créer les bases de la confiance dans la justice. Le contrôle démocratique exercé par la communauté juridique doit permettre d'éviter les spéculations selon lesquelles la justice désavantagerait ou privilégierait indûment certaines parties au procès ou que les instructions seraient menées de manière partielle et douteuse, sous l'angle de l'État de droit<sup>14</sup>.

### 3.2. Les deux dimensions et catégories

[12] Il découle de la jurisprudence mentionnée plus haut que le principe de la publicité de la justice a deux dimensions : l'une individuelle, à savoir la publicité pour les parties à la procédure (« Parteiöffentlichkeit »), l'autre démocratique, c'est-à-dire la publicité pour le public en général (« Publikumsöffentlichkeit »)<sup>15</sup>. Ce principe se révèle par conséquent complexe : il peut favoriser l'équité de la procédure en protégeant les parties au procès, tout en portant atteinte à leurs droits de la personnalité<sup>16</sup>. Ces deux dimensions peuvent ainsi parfois être en conflit.

[13] Enfin, comme cela ressort du texte de l'art. 30 al. 3, première phrase, Cst., le principe de la publicité de la justice comporte deux catégories : la publicité de l'audience et la publicité du prononcé du jugement. La suite de cette contribution se concentrera sur cette seconde catégorie, à savoir la publicité du prononcé.

## 4. La publicité du prononcé

[14] Dans ce chapitre, nous examinerons la portée du principe de la publicité du prononcé (ch. 4.1), ainsi que ses concrétisations légales (ch. 4.2) dans les procédures civile (ch. 4.2.1) et pénale (ch. 4.2.2).

---

<sup>13</sup> ATF 147 I 407 consid. 6.1, JdT 2022 I 82.

<sup>14</sup> ATF 147 I 407 consid. 6.1, JdT 2022 I 82; 146 I 30 consid. 2.2; 143 I 194 consid. 3.1, voir le résumé en français de cet arrêt et la note de MÉLANIE MADER, in : RDAF 2018 I p. 274 ss; 139 I 129 consid. 3.3, JdT 2014 I 147; 133 I 106 consid. 8.1, JdT 2008 I 429.

<sup>15</sup> PASCAL MAHON, in : Jean-François Aubert/Pascal Mahon (édit.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : MAHON, Petit commentaire), N. 13 ad art. 30 Cst.; PASCAL MAHON, Droit constitutionnel, Droits fondamentaux, Volume II, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2015 (cité : MAHON, Droit constitutionnel), N. 184; JACQUES DUBÉY, Droits fondamentaux, Volume II : Libertés, garanties de l'État de droit, droits sociaux et politiques, Bâle 2018, N. 4289 et 4290; URS SAXER/MASCHA SANTSCHI KALLAY/SIMON THURNHEER, in : Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (édit.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2023, N. 6 et 7 ad art. 69 CPP.

<sup>16</sup> GEROLD STEINMANN/BENJAMIN SCHINDLER/DAMIAN WYSS, in : Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (édit.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2023, N. 65 ad art. 30 Cst.; GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER/MAYA HERTIG RANDALL/ALEXANDRE FLÜCKIGER, Droit constitutionnel suisse, Volume II : Les droits fondamentaux, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021, N. 1428.

#### 4.1. La portée

[15] Le prononcé public d'un jugement vise à faire connaître le résultat d'une procédure judiciaire<sup>17</sup>. Il signifie d'abord qu'à l'issue d'une procédure judiciaire, le jugement est prononcé en présence des parties, du public et des représentants des médias<sup>18</sup>. D'autres formes de publication assurent le respect du principe du prononcé public, comme la mise à disposition du public, la publication dans des recueils officiels, la publication sur Internet, ainsi que la consultation ultérieure sur demande<sup>19</sup>. Ces autres formes de communication des jugements ne sont pas subsidiaires par rapport au prononcé du jugement dans la salle d'audience, mais sont équivalentes au prononcé public, compte tenu de leur finalité<sup>20</sup>.

[16] Le principe du prononcé public du jugement déploie ainsi des effets après la clôture de la procédure. L'accès aux jugements (notification orale, consultation, remise) au sens de l'art. 30 al. 3 Cst. ne dépend pas d'un intérêt particulier ou même digne de protection<sup>21</sup>.

[17] Le principe de la publicité de la justice, consacré à l'art. 30 al. 3 Cst., garantit un droit fondamental à la consultation de tous les jugements après leur prononcé, même s'ils ont été rendus il y a quelque temps<sup>22</sup>.

[18] Les décisions des tribunaux, comprenant la composition du tribunal, l'exposé des faits, les considérants en droit et le dispositif, doivent en général être accessibles au public<sup>23</sup>. Il n'est pas admissible d'interdire à des requérants l'accès à la quasi-totalité des considérants d'une ordonnance de classement, autorisant essentiellement une consultation partielle, limitée à la subsomption juridique<sup>24</sup>. Dans l'ATF 124 IV 234, le Tribunal fédéral avait retenu que le mandat de répression en droit pénal administratif doit être mis à la disposition du public durant un certain temps à l'office. Il avait également considéré que la personne intéressée avait en principe le droit de prendre connaissance de la décision pénale complète, non abrégée et comprenant les noms<sup>25</sup> (pour une présentation de cet arrêt, cf. ch. 5.1.1 *infra*).

[19] L'art. 30 al. 3 Cst. ne comprend en revanche pas un droit constitutionnel à une information générale du public par les tribunaux<sup>26</sup>. Par exemple, un requérant ne peut pas se fonder sur cette disposition pour demander à un tribunal de lui indiquer si une procédure dans une affaire particulière est en cours. Il ne permet pas non plus à un média de demander l'accès à un dossier d'une procédure pénale terminée<sup>27</sup>.

[20] Le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas admissible de limiter la publicité du prononcé aux arrêts entrés en force<sup>28</sup>. Dans un autre arrêt, il a jugé que la pratique du Tribunal

---

<sup>17</sup> STEINMANN/SCHINDLER/WYSS (note 16), N. 80 ad art. 30 Cst.

<sup>18</sup> ATF 147 I 407 consid. 6.2, JdT 2022 I 82.

<sup>19</sup> STEINMANN/SCHINDLER/WYSS (note 16), N. 84 ad art. 30 Cst.

<sup>20</sup> ATF 147 I 407 consid. 6.2, JdT 2022 I 82.

<sup>21</sup> STEINMANN/SCHINDLER/WYSS (note 16), N. 81 ad art. 30 Cst.; voir aussi ATF 147 I 407 consid. 6.3 et les réf. à la doctrine citée, JdT 2022 I 82.

<sup>22</sup> ATF 147 I 407 consid. 6.2, JdT 2022 I 82.

<sup>23</sup> Arrêt du TF 1C\_616/2018 du 11 septembre 2019 consid. 2.1.

<sup>24</sup> Arrêt du TF 1C\_584/2021 du 20 octobre 2022 consid. 3.3.3.

<sup>25</sup> ATF 124 IV 234 consid. 3d et 3e, JdT 2006 IV 165.

<sup>26</sup> Arrêt du TF 1C\_290/2015 du 15 octobre 2015 consid. 3.2.3 et la réf. cit.

<sup>27</sup> ATF 147 I 463 consid. 3.1.3, JdT 2022 I 71.

<sup>28</sup> Arrêt du TF 1C\_616/2018 du 11 septembre 2019 consid. 2.1 et la réf. cit.

cantonal des Grisons consistant à refuser l'accès aux jugements non encore entrés en force et annulés sapait la fonction de contrôle des médias. Il a ajouté que dans le cadre de procédures écrites sans prononcé oral du jugement, un compte-rendu judiciaire en temps réel est ainsi exclu. Dans le cas de jugements annulés par l'instance de recours, il est même totalement impossible pour les médias d'en prendre connaissance, bien que la critique de la justice puisse également porter sur des jugements annulés<sup>29</sup>.

[21] En 2008, le Tribunal fédéral a retenu que le principe de la publicité s'appliquait également aux ordonnances de classement et de non-entrée en matière. Il a alors expliqué que le public pouvait tout à fait avoir un intérêt à clarifier la question de savoir pourquoi des décisions de fond et de procédure aboutissaient à des règlements de procédure non judiciaires sans conséquences pénales. Exclure d'emblée toute information de ce domaine de l'activité judiciaire reviendrait à ouvrir des réserves inadmissibles du point de vue de l'État de droit à un éventuel arbitraire des autorités ou à une « justice secrète » non transparente<sup>30</sup>. Cette jurisprudence a par la suite été confirmée en ce qui concerne les ordonnances de classement selon l'art. 53 CP<sup>31</sup>.

## **4.2. Les concrétisations légales**

### **4.2.1. En procédure civile**

[22] Le principe de publicité est expressément réglementé dans le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC, RS 272). Selon l'art. 54 al. 1 CPC, les débats et une éventuelle communication orale du jugement sont publics (première phrase), et les décisions doivent être accessibles au public (deuxième phrase). Si l'audience et le prononcé du jugement sont publics, selon l'art. 30 al. 3, première phrase, Cst., la seconde phrase de la même disposition ajoute que la loi peut prévoir des exceptions. Il est ainsi prévu dans le CPC que les procédures relevant du droit de la famille ne sont pas publiques (art. 54 al. 4 CPC). Le Tribunal fédéral a récemment retenu que cette exclusion ne porte pas sur la publicité du jugement au sens de l'art. 54 al. 1, deuxième phrase, CPC<sup>32</sup>. Ainsi, contrairement à ce que soutenait la Cour suprême du canton de Zoug, il n'est pas admissible de refuser l'accès à des jugements en droit de la famille en s'appuyant sur l'art. 54 al. 4 CPC.

### **4.2.2. En procédure pénale**

[23] Dans le CPP, le principe de la publicité de la justice au sens de l'art. 30 al. 3 Cst. est concrétisé aux art. 69 à 72 CPP. Nous présenterons brièvement ci-dessous les principes qui découlent de l'art. 69 CPP et comment ils sont appliqués dans la pratique par les autorités pénales.

[24] L'art. 69 al. 1 CPP prévoit que les débats devant le tribunal de première instance et la juridiction d'appel de même que la notification orale des jugements et des décisions de ces tribunaux

---

<sup>29</sup> Arrêt du TF 1C\_123/2016 du 21 juin 2016 consid. 3.8 et 3.9.

<sup>30</sup> ATF 134 I 286 consid. 6.3, résumé en français par DAVID KRAEHNBUHL, in : RDAF 2009 I p. 407 ss; confirmé par l'ATF 136 I 80 consid. 2.2, JdT 2011 IV 67.

<sup>31</sup> ATF 137 I 16 consid. 5 et 6, voir le résumé en français de cet arrêt et la note d'ELOI JEANNERAT, in : RDAF 2012 I p. 389 ss.

<sup>32</sup> ATF 147 I 407 consid. 7.2 et 7.3, JdT 2022 I 82.

sont publics, à l'exception des délibérations. Quant à l'art. 69 al. 2 CPP, il précise que lorsque, dans ces cas, les parties ont renoncé à un prononcé en audience publique ou qu'une ordonnance pénale a été rendue, les personnes intéressées peuvent consulter les jugements et les ordonnances pénales. Enfin, selon l'art. 69 al. 3 CPP, les procédures suivantes ne sont pas publiques : (let. a) la procédure préliminaire, les communications des autorités pénales au public étant réservées ; (let. b) la procédure devant le tribunal des mesures de contrainte ; (let. c) la procédure devant l'autorité de recours et, en tant qu'elle est menée par écrit, devant la juridiction d'appel ; (let. d) la procédure de l'ordonnance pénale.

[25] PASCAL MAHON et ELOI JEANNERAT soulignent que, contrairement à ce que pourrait laisser penser l'art. 69 al. 2 CPP, « les personnes intéressées » par les jugements qui ne se seraient pas rendus en audience publique, parce que les parties auraient renoncé à un prononcé public, jouissent du droit de consulter ceux-ci sans devoir justifier d'un intérêt légitime, ajoutant qu'un tel droit existe « dès le prononcé du jugement »<sup>33</sup>. La consultation de l'intégralité du jugement, en principe sans anonymisation et sans justifier d'un intérêt particulier, a lieu pendant le délai de recours<sup>34</sup>.

[26] Dans la pratique, selon les Recommandations de la Conférence suisse des Ministères publics concernant la consultation des ordonnances pénales, des ordonnances de non-entrée en matière et de classement (ci-après : Recommandations CMP ; état au 23.11.2023), la consultation des ordonnances pénales, ainsi que des ordonnances de non-entrée en matière et de classement obéit à un régime différent de celui des jugements<sup>35</sup>.

[27] En ce qui concerne la consultation des ordonnances pénales, les Recommandations CMP, qui se réfèrent à l'art. 69 al. 2 CPP, prévoient que les personnes intéressées ont en principe le droit de consulter les ordonnances pénales complètes, intégrales et non anonymisées<sup>36</sup>. Elles précisent en outre que si des intérêts légitimes s'opposent à une telle consultation, il faut examiner si l'ordonnance pénale peut être consultée dans une version caviardée et/ou anonymisée. En revanche, si une telle manière de procéder (caviardage, anonymisation) ne permet pas de protéger les intérêts supérieurs d'une partie, le droit de consulter la décision peut exceptionnellement être complètement refusé. S'agissant des délais, les Recommandations CMP indiquent que la consultation des ordonnances pénales est possible pendant 10 jours au moins, étant précisé que le droit de les consulter expire au plus tard 30 jours après leur entrée en force<sup>37</sup>. Elles prévoient encore qu'une fois que le délai durant lequel la consultation est possible est échu, l'accès aux ordonnances pénales est soumis aux mêmes règles que celles applicables aux ordonnances de non-entrée en matière et de classement.

[28] On remarque ainsi une différence notable ; si, comme on l'a vu plus haut, le jugement pénal est librement consultable pendant un certain délai *dès son prononcé*, les Recommandations CMP préconisent que les ordonnances pénales ne soient consultables *qu'après leur entrée en force*.

---

<sup>33</sup> PASCAL MAHON/JEANNERAT ELOI, in : Yvan Jeanneret/André Kuhn/Camille Perrier Depeursinge (édit.), Commentaire romand, Code de procédure pénale, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2019, N. 20a ad art. 69 CPP et les réf. cit.

<sup>34</sup> MAHON/JEANNERAT (note 33), N. 20a ad art. 69 CPP ; DANIEL JOSITSCH/NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 4<sup>e</sup> éd., Zurich/St. Gall 2023, N. 5 et 5a ad art. 69 CPP.

<sup>35</sup> Voir cependant, MAHON/JEANNERAT (note 33), N. 20b ad art. 69 CPP, qui relèvent que la consultation des ordonnances pénales se situe sur un pied d'égalité avec celles des jugements aux termes de l'art. 69 al. 2 CPP et qu'elle devrait ainsi, en toute logique, « respecter le même régime juridique ».

<sup>36</sup> Conférence suisse des Ministères publics (CMP), Recommandations, Consultation des ordonnances pénales, des ordonnances de non-entrée en matière et de classement, version adoptée le 23 novembre 2023, ch. 3.1.

<sup>37</sup> Recommandations CMP (note 36), ch. 3.2.

[29] Dans une contribution de 2020, MONIKA SIMMLER a mis en évidence les différences entre les cantons en ce qui concerne le moment déterminant pour consulter les ordonnances pénales. Dans une majorité de cantons, qui suit les Recommandations CMP mentionnées plus haut, la consultation des ordonnances pénales n'est en principe pas autorisée *avant leur entrée en force*<sup>38</sup>. Cette auteure relève que, dans ces cantons, le délai de dépôt public pendant lequel les intéressés peuvent consulter les décisions, après leur entrée en force, n'est pas toujours identique. En outre, d'autres cantons ont une approche différente : ils n'attendent pas l'entrée en force des ordonnances pénales et autorisent déjà leur consultation *pendant le délai d'opposition*, sur la base de l'art. 69 al. 2 CPP<sup>39</sup>.

[30] Toujours en ce qui concerne les ordonnances pénales, cette auteure considère que leur mise à disposition devrait avoir lieu pendant le délai d'opposition<sup>40</sup>. Sa position peut être résumée comme suit. Elle se réfère à l'art. 99 al. 1 CPP qui prévoit qu'après la clôture de la procédure, le traitement des données, la procédure et les voies de droit sont régis par les dispositions fédérales et cantonales sur la protection des données. D'autre part, elle souligne que la loi fédérale sur la protection des données et les lois cantonales sur la protection des données excluent de leur champ d'application les procédures pénales en cours. Or elle relève que la clôture de la procédure, au sens de l'art. 99 al. 1 CPP, correspond à l'entrée en force (formelle) de la décision. Elle estime ainsi que le délai de 10 jours durant lequel l'ordonnance pénale peut être contestée fait lui-même partie de la procédure pendante et que la législation sur la protection des données ne s'applique pas. Toujours selon elle, l'accès au sens de l'art. 69 al. 2 CPP doit donc être accordé pendant le délai d'opposition ; une mise à disposition du public après la clôture définitive de la procédure et sans aucune pesée des intérêts dans le cas particulier ne serait pas conforme à la législation sur la protection des données. En résumé, l'art. 69 al. 2 CPP ne constitue une base légale suffisante pour une consultation sans condition préalable que dans le cadre d'une procédure en cours. L'auteure se demande également sur quelle base légale se fondent les Recommandations CMP, qui prévoient un délai de mise à disposition général après l'entrée en force des ordonnances pénales. Elle estime que l'hypothèse d'une portée de l'art. 69 CPP jusqu'à 30 jours après l'entrée en force des ordonnances semble arbitraire.

[31] Par ailleurs, comme exposé plus haut (cf. ch. 4.1), le Tribunal fédéral a étendu le principe de la publicité aux ordonnances de classement et de non-entrée en matière. En ce qui concerne leur consultation, les Recommandations CMP indiquent que les personnes intéressées, qui peuvent rendre vraisemblable un intérêt digne de protection, ont le droit de les consulter, pour autant qu'aucun intérêt public ou privé supérieur ne s'y oppose. Si un tel intérêt s'oppose, il faut examiner si la décision peut être consultée dans une version caviardée ou anonymisée. Enfin, si une telle manière de procéder (caviardage, anonymisation) ne permet pas de protéger les intérêts supérieurs d'une partie, le droit de consulter la décision peut exceptionnellement être complètement refusé<sup>41</sup>. On précisera que, contrairement à ce qui est prévu pour la consultation des ordonnances

---

<sup>38</sup> MONIKA SIMMLER, *Einsicht der Medien in Strafbefehle – Zur Reichweite des Art. 69 Abs. 2 StPO*, in : ZStrR 138/2020 p. 211–224, p. 214, qui mentionne p. ex. les cantons d'Argovie, Berne, Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Fribourg, Glaris, Lucerne, Schaffhouse et Vaud.

<sup>39</sup> SIMMLER (note 38), p. 214, qui cite p. ex. les cantons de Genève, des Grisons, du Jura et de Saint-Gall.

<sup>40</sup> SIMMLER (note 38), p. 219–222.

<sup>41</sup> Recommandations CMP (note 36), ch. 4.1.

pénales, aucun délai n'est mentionné concernant la consultation des ordonnances de non-entrée en matière et de classement.

[32] On constate donc que si la consultation des jugements et des ordonnances pénales n'exige de justifier aucun intérêt, tel n'est pas le cas de la consultation des ordonnances de non-entrée en matière et de classement, qui exige un intérêt digne de protection. Cette exigence découle de la jurisprudence<sup>42</sup>, même s'il est également admis que l'intérêt digne de protection exigé découle de la fonction de contrôle des médias<sup>43</sup>.

[33] On relèvera enfin que, dans un arrêt de 2022, le Tribunal fédéral s'est penché pour la première fois sur le droit de consulter une ordonnance de non-entrée en matière non encore entrée en force. Il a considéré que le principe de la publicité de la justice s'applique également à ces ordonnances et que le requérant avait ainsi en principe le droit de la consulter *avant son entrée en force formelle*<sup>44</sup>.

## 5. La publicité en droit pénal administratif

[34] Dans ce chapitre, nous examinerons comment le principe de la publicité de la justice est appréhendé en droit pénal administratif dans la jurisprudence (ch. 5.1), dans la pratique de Swiss-medice (ch. 5.2), ainsi que dans la doctrine (ch. 5.3). Nous terminerons par quelques réflexions personnelles (ch. 5.4).

### 5.1. Selon la jurisprudence

[35] Nous nous concentrerons ci-dessous sur trois arrêts rendus par trois autorités judiciaires différentes.

[36] Dans le premier arrêt de 1998 (arrêt « OFAC »), le Tribunal fédéral s'est prononcé sur la publicité d'un mandat de répression au sens de l'art. 64 DPA (ch. 5.1.1).

[37] Dans le second arrêt de 2021 (arrêt « OFEN »), le Tribunal pénal fédéral (ci-après : TPF) a examiné, dans le cadre d'une procédure pénale pour violation du secret de fonction au sens de l'art. 320 CP, si les mandats de répression et, dans certaines circonstances, les procès-verbaux finaux sur lesquels ils se fondent doivent, dans le cadre du prononcé public du jugement, être publiés ou tenus à disposition pour information. En cas de réponse positive du TPF, ces documents ne peuvent pas faire l'objet d'une violation du secret de fonction (ch. 5.1.2).

[38] Dans le dernier arrêt de 2022 (arrêt « DFF »), le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF) a été saisi d'un recours contre une décision du DFF qui donnait droit à la requête de deux journalistes tendant à la consultation, dans les locaux de l'autorité, de la version non anonymisée d'un prononcé pénal au sens de l'art. 70 DPA. La personne visée par le prononcé pénal en cause, qui craignait que son identité soit révélée dans les médias en cas de consultation du prononcé pé-

---

<sup>42</sup> ATF 137 I 16 consid. 2.4, voir le résumé en français de cet arrêt et la note d'ÉLOI JEANNERAT, in : RDAF 2012 I p. 389 ss; 134 I 286 consid. 6.3, résumé en français par DAVID KRAEHENBUEHL, in : RDAF 2009 I p. 407 ss; STEINMANN/SCHINDLER/WYSS (note 16), N. 81 ad art. 30 Cst.; SAXER/SANTSCHI KALLAY/THURNHEER (note 15), N. 46 ad art. 69 CPP.

<sup>43</sup> ATF 137 I 16 consid. 2.4.

<sup>44</sup> Arrêt du TF 1B\_103/2021 du 4 mars 2022 consid. 3.3.

nal non anonymisé, invoquait dans son recours, entre autres, l'absence de base légale et l'illicéité de la pratique du DFF (ch. 5.1.3).

#### **5.1.1. ATF 124 IV 234 (arrêt « OFAC »)**

##### **(i) En fait**

[39] Un intéressé a déposé plainte pénale auprès de l'Office fédéral de l'aviation civile (OFAC) contre le pilote d'un avion au motif que celui-ci aurait survolé plusieurs fois un village à une hauteur de moins de 100 mètres. Un mandat de répression a alors été décerné en procédure simplifiée à l'encontre du pilote dénoncé, mandat qui était entré en force. L'intéressé (ci-après : le recourant), qui s'était vu refuser la consultation du prononcé pénal rendu, a alors saisi le Tribunal fédéral, en faisant valoir que la décision de l'OFAC violait le principe de la publicité des jugements découlant de l'art. 6 par. 1 CEDH.

##### **(ii) En droit**

[40] La Haute Cour a d'abord rappelé qu'il y a lieu de distinguer, d'une part, la notification du jugement, à laquelle le recourant n'a pas droit, faute d'avoir la qualité de partie, et, d'autre part, sa publication<sup>45</sup>. Il a ensuite retenu que l'OFAC, par son mandat de répression, a pris une décision relative à une accusation en matière pénale au sens des art. 6 CEDH et 14 Pacte ONU II<sup>46</sup>. Il a également souligné que si l'art. 6 par. 1 CEDH exige que les accusations pénales soient jugées par un tribunal indépendant et impartial, cette disposition n'exclut toutefois pas que la procédure pénale soit précédée d'une ordonnance pénale ou d'une procédure similaire menée par une autorité administrative, pour autant que l'intéressé puisse saisir, pour chaque décision rendue, un tribunal qui satisfait aux exigences de l'art. 6 CEDH. Il a ajouté que cela permet non seulement de décharger les tribunaux, mais également d'éviter à l'inculpé les désagréments d'une procédure publique<sup>47</sup>. Il a aussi précisé que le fait, pour l'inculpé, de renoncer à former opposition, implique qu'il renonce également aux droits découlant de l'art. 6 CEDH, car les garanties de procédure de cette disposition ne sont en principe pas applicables à la procédure de l'ordonnance pénale. Il a toutefois souligné que ce qui précède ne vaut pas pour le principe de la publicité du jugement, l'inculpé ne pouvant y renoncer, ni l'exclure, étant donné qu'il n'est pas seul à y avoir droit, mais qu'il s'agit également d'un droit du public<sup>48</sup>. Il a ainsi relevé que le principe de publicité des jugements vaut donc également lorsque la procédure pénale qui a précédé le jugement ne s'est pas déroulée de manière publique. Il a en conséquence conclu que pour respecter les exigences des art. 6 CEDH et 14 Pacte ONU II, il suffit de mettre à disposition les jugements dans un office accessible au public où tout un chacun justifiant d'un intérêt légitime peut consulter le texte intégral de l'arrêt, ou s'en procurer une copie. Il a également précisé que lorsqu'il n'existe pas d'intérêt digne de protection à ce que le jugement soit tenu secret, cas dans lequel le public pourrait exceptionnellement être exclu des débats, la personne justifiant d'un intérêt légitime a le droit de prendre connaissance du jugement intégral, non abrégé et comprenant les

---

<sup>45</sup> ATF 124 IV 234 consid. 2c), JdT 2006 IV 165.

<sup>46</sup> ATF 124 IV 234 consid. 3c), JdT 2006 IV 165.

<sup>47</sup> ATF 124 IV 234 consid. 3c) et les réf. cit., JdT 2006 IV 165.

<sup>48</sup> ATF 124 IV 234 consid. 3c), JdT 2006 IV 165.

noms<sup>49</sup>. En résumé, il a retenu, à la lumière des art. 6 CEDH et 14 Pacte ONU II, qu'il suffit que l'administration mette, pendant un certain laps de temps, le mandat de répression décerné dans la procédure pénale administrative à disposition dans l'office ou, comme en l'espèce, accorde à une personne justifiant d'un intérêt légitime, et qui en fait la demande, le droit de consulter la décision<sup>50</sup>. Le Tribunal fédéral a par conséquent annulé la décision attaquée et invité l'OFAC à accorder au recourant le droit de consulter le mandat de répression décerné contre le pilote qu'il avait dénoncé.

### 5.1.2. TPF 2021 201 (arrêt « OFEN »)

#### (i) En fait

[41] Fin 2019, A. a saisi le Ministère public de la Confédération (ci-après : MPC) d'une plainte pénale dirigée contre le directeur de l'Office fédéral de l'énergie (ci-après : OFEN) pour violation du secret de fonction au sens de l'art. 320 CP, au motif qu'un mandat de répression et un procès-verbal final, anonymisés, avaient été rendus accessibles à des tiers qui n'étaient pas parties à la procédure pénale administrative. En 2020, le MPC a ordonné le classement de la procédure sur la base de l'art. 319 al. 1 let. b et c CPP. A. a saisi la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral d'un recours contre l'ordonnance de classement précitée.

#### (ii) En droit

[42] En ce qui concerne la consultation des mandats de répression, le TPF a souligné que la doctrine défend le point de vue selon lequel le public n'a pas le droit de les consulter tant qu'ils ne sont pas entrés en force<sup>51</sup>. Il a expliqué que cette position semble être soutenue selon la doctrine par deux arguments. Premièrement, l'accès au mandat de répression contre lequel une opposition a été valablement formulée comporterait le risque que l'autorité menant la procédure pénale administrative ne puisse plus procéder sans pression aux investigations complémentaires auxquelles elle est tenue<sup>52</sup>. Deuxièmement, dans la procédure d'opposition de droit pénal administratif, il est possible non seulement de procéder à une nouvelle administration des preuves, mais également de fixer des débats oraux (art. 69 al. 1 DPA). Ainsi, toujours selon ces auteurs, le droit de consultation fondé sur l'art. 30 al. 3 Cst. doit certes être étendu aux prononcés pénaux non entrés en force, qui sont bien plus comparables à un jugement d'un tribunal que les ordonnances pénales, mais pas aux mandats de répression qui les précèdent dans le temps, tant que ceux-ci ne sont pas encore entrés en force en vertu de l'art. 67 al. 2 DPA<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> ATF 124 IV 234 consid. 3c) et les réf. cit., JdT 2006 IV 165.

<sup>50</sup> ATF 124 IV 234 consid. 3e), JdT 2006 IV 165.

<sup>51</sup> TPF 2021 201 consid. 6.8.1, qui cite BORIS KREIT, in : Friedrich Frank/Andreas Eicker/Nora Markwalder/Jonas Achermann (édit.), *Verwaltungsstrafrecht*, Basler Kommentar, Bâle 2020, N. 27 ad art. 67 DPA.

<sup>52</sup> TPF 2021 201 consid. 6.8.1, qui cite MICHAEL BURRI, *Swissmedic, Heilmittelgesetz und Strafverfahren : Gesetzeskonkurrenzen, Zuständigkeitskonflikte und Information der Öffentlichkeit / II. Information der Öffentlichkeit über Verwaltungsstrafverfahren der Swissmedic*, in : Andreas Eicker (édit.), *Verwaltungsstrafrecht im Wandel, Herausforderung für Strafverfolgung und Strafverteidigung*, Berne 2017, p. 143–220, p. 143 ss, p. 198 ss ; MICHAEL BURRI/RICHARD EHMANN, in : Friedrich Frank/Andreas Eicker/Nora Markwalder/Jonas Achermann (édit.), *Verwaltungsstrafrecht*, Basler Kommentar, Bâle 2020, N. 45 ad art. 70 DPA.

<sup>53</sup> TPF 2021 201 consid. 6.8.1, qui cite BURRI (note 52), p. 199 ss.

[43] Le TPF a considéré que les arguments précités ne sont pas convaincants. Il a relevé que dans l'ATF 124 IV 234, le Tribunal fédéral avait estimé que l'administration jugeait matériellement l'affaire pénale en décernant un mandat de répression en procédure simplifiée. Selon le TPF, l'administration avait décidé du bien-fondé d'une accusation en matière pénale au sens des art. 6 CEDH et 14 Pacte ONU II<sup>54</sup>. Le TPF a encore précisé que dans un arrêt plus récent, la Haute Cour avait confirmé qu'un mandat de répression devait être prononcé publiquement au sens des dispositions précitées<sup>55</sup>. Il a ajouté que s'agissant de la possibilité de consulter les mandats de répression, il s'agit de compenser l'absence de publicité lors de la notification orale, qui n'a pas lieu ou ne peut avoir lieu qu'après l'entrée en force de la décision<sup>56</sup>. En outre, la consultation des mandats de répression (« Strafbescheide ») non entrés en force permet le contrôle de la justice et facilite un examen critique des décisions ultérieures dans la même affaire<sup>57</sup>. Le TPF en conclut qu'on ne voit pas en quoi la consultation empêcherait l'administration de procéder à un examen indépendant du mandat de répression contre lequel une opposition a été valablement formée. Ainsi, en résumé, les mandats de répression, y compris ceux qui ne sont pas encore entrés en force et ceux qui ont été annulés à la suite d'une opposition valable, doivent en principe être publiés de manière générale ou tenus à disposition pour information.

[44] En ce qui concerne la publication des procès-verbaux finaux, le TPF a souligné qu'en notifiant un procès-verbal final, l'administration ne décide pas du bien-fondé d'une accusation en matière pénale au sens des art. 6 CEDH et 14 Pacte ONU II<sup>58</sup>. Il n'y a donc selon le Tribunal aucune raison de publier un procès-verbal final de manière générale ou de le tenir à disposition pour information. Le TPF a précisé cependant que le procès-verbal final constitue la base du mandat de répression. Ainsi, le mandat de répression ne doit être motivé que si, au détriment de l'inculpé, il s'écarte de manière essentielle du procès-verbal final (art. 64 al. 2 DPA). Le Tribunal considère par conséquent que lorsque le mandat de répression renvoie au procès-verbal final, la consultation de ce dernier peut être nécessaire pour que le mandat de répression soit compréhensible. Ainsi, en résumé, dans la mesure où la consultation du procès-verbal final est nécessaire à la compréhension du mandat de répression, ce procès-verbal doit en principe être publié d'une manière générale avec le mandat de répression ou être tenu à disposition pour consultation.

[45] En ce qui concerne la publication des ordonnances de classement, le TPF a rappelé que le Tribunal fédéral avait estimé dans l'ATF 134 I 286 que le fait de limiter la consultation aux jugements et de l'exclure de manière générale pour les ordonnances de classement et de non-entrée en matière semblait trop formaliste et ne tenait pas suffisamment compte du principe de publicité. Le TPF a estimé que le public peut avoir un intérêt légitime à obtenir des éclaircissements sur les raisons pour lesquelles des décisions formelle ou matérielle ont abouti à des règlements non judiciaires de procédures sans conséquences pénales. Selon lui, ces principes sont également valables pour une ordonnance de non-lieu au sens de la DPA<sup>59</sup>.

[46] En l'espèce, le TPF a considéré que l'ordonnance de non-lieu ou le mandat de répression, les deux anonymisés, n'entrent pas en ligne de compte en tant qu'objet d'une violation du secret de

---

<sup>54</sup> TPF 2021 201 consid. 6.8.2, qui se réfère à l'ATF 124 IV 234 consid. 3c.

<sup>55</sup> TPF 2021 201 consid. 6.8.2, qui cite l'arrêt du TF 1B\_68/2012 du 3 juillet 2012 consid. 3.4.

<sup>56</sup> TPF 2021 201 consid. 6.8.2 et la réf. cit.

<sup>57</sup> TPF 2021 201 consid. 6.8.2, qui mentionne l'arrêt du TF 1C\_123/2016 du 21 juin 2016 consid. 3.8.

<sup>58</sup> TPF 2021 201 consid. 6.9.

<sup>59</sup> TPF 2021 201 consid. 6.10 et la réf. à BURRI/EHMANN (note 52), N. 36 ad art. 70 DPA.

fonction au sens de l'art. 320 ch. 1 CP. La décision doit en principe être publiée de manière générale dans le cadre du prononcé public du jugement ou être tenue à disposition pour information, même si une opposition a été valablement formée contre le mandat de répression ; elle n'est par conséquent pas secrète<sup>60</sup>.

[47] Toujours selon le TPF, le procès-verbal final anonymisé n'entre pas non plus en ligne de compte comme objet d'une violation du secret de fonction au sens de l'art. 320 ch. 1 CP. L'ordonnance de non-lieu ou le mandat de répression se fonde sur les faits et les considérants du procès-verbal final. L'ordonnance de non-lieu ou le mandat de répression se réfère au procès-verbal final et apporte des compléments ou des divergences par rapport au procès-verbal final. Ainsi, la consultation du procès-verbal final anonymisé apparaît nécessaire à la compréhension de l'ordonnance de non-lieu ou du mandat de répression anonymisés, raison pour laquelle le procès-verbal final doit en principe être publié de manière générale ou tenu à disposition pour information dans le cadre du prononcé public du jugement, ensemble avec l'ordonnance de non-lieu ou le mandat de répression. Il n'est donc pas secret<sup>61</sup>.

[48] Le TPF en conclut que si le procès-verbal final, l'ordonnance de non-lieu ou le mandat de répression, anonymisés, ne sont pas considérés comme des objets susceptibles de constituer une violation du secret de fonction au sens de l'art. 320 ch. 1 CP, la réalisation des éléments constitutifs objectifs de l'art. 320 ch. 1 CP n'entre pas non plus en ligne de compte<sup>62</sup>.

### **5.1.3. Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024 (arrêt « DFF »)**

#### **(i) En fait**

[49] En février 2023, le DFF a donné suite à la requête de deux journalistes tendant à la consultation, dans les locaux de l'autorité, de la version non anonymisée d'un prononcé pénal au sens de l'art. 70 DPA. La décision prévoyait également qu'après la consultation du prononcé pénal non anonymisé, les journalistes pourraient se faire remettre une copie de la version anonymisée dudit prononcé. La personne concernée par le prononcé pénal en cause (ci-après : la recourante) a interjeté un recours auprès du TAF. Elle faisait en particulier valoir que la pratique du DFF qui consiste à mettre à disposition des journalistes le prononcé pénal qu'il avait rendu à l'encontre de la recourante, en principe de manière non anonymisée, pendant un délai de 30 jours dès son entrée en force, ne reposait sur aucune base légale et était par conséquent illicite.

#### **(ii) En droit**

[50] Le TAF a considéré que l'arrêt « OFAC » conserve toute sa pertinence dans le cas d'espèce, même s'il avait été rendu en 1998 (cf. chapitre 5.1.1 *supra*). Selon lui, il ne fait aucun doute que si le principe selon lequel le jugement doit être rendu public s'applique aux mandats de répression, il s'applique également aux prononcés pénaux au sens de l'art. 70 DPA. Il a rappelé que le Tribunal fédéral avait retenu dans l'arrêt OFAC un principe général selon lequel, durant la phase du dépôt public de la décision pénale, le requérant a en principe le droit de prendre connaissance

---

<sup>60</sup> TPF 2021 201 consid. 6.11.

<sup>61</sup> TPF 2021 201 consid. 6.11.

<sup>62</sup> TPF 2021 201 consid. 6.12.

du jugement complet. Le TAF a également souligné que le Tribunal fédéral avait basé son raisonnement sur les art. 6 par 1 CEDH et 14 al. 1 Pacte ONU II, qui s'appliquent également au cas d'espèce<sup>63</sup>.

[51] Il a ensuite estimé que la garantie de l'art. 30 al. 3 Cst. s'applique également aux prononcés pénaux rendus par les autorités pénales administratives. Celles-ci doivent assurer la publicité de leurs décisions, au même titre que les autorités civiles ou pénales. Selon le Tribunal, il s'agit d'une conséquence nécessaire du principe de la publicité, consacré par le droit conventionnel et constitutionnel.

[52] Le TAF a toutefois constaté que si le principe est garanti, la mise en œuvre des garanties de l'art. 30 Cst. est d'abord l'affaire du législateur. Ainsi, la question se pose de savoir s'il existe une base légale concrétisant le principe de la publicité en droit pénal administratif<sup>64</sup>.

[53] Il a d'abord relevé que la DPA est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1975, soit plusieurs décennies avant l'entrée en vigueur du CPC et du CPP, le 1<sup>er</sup> janvier 2011. Il a également remarqué que si le principe de publicité a été concrétisé dans ces deux codes (art. 54 CPC et art. 69 à 72 CPP), la DPA est restée muette à ce sujet.

[54] Il a par ailleurs rappelé que le 10 décembre 2014 une motion intitulée « Pour un droit pénal administratif moderne » (14.4122) avait été déposée par Andrea Caroni, puis adoptée en 2015 par l'Assemblée fédérale. Il a souligné que cette motion mettait en évidence que la pratique relevant de la CEDH et de la Constitution avait fondamentalement influencé le CPP de 2007, alors que ces évolutions n'avaient pour ainsi dire pas trouvé écho dans le domaine du droit pénal administratif de 1974 dont la conception remontait aux années 60 et qui n'était que le fruit d'une révision partielle. Le TAF s'est aussi référé à deux auteurs de doctrine qui estiment que la DPA est restée bloquée dans les 1970 en ce qui concerne les normes minimales de la procédure pénale<sup>65</sup>.

[55] Il a ensuite ajouté que le Conseil fédéral avait ouvert la consultation sur un avant-projet de révision totale de la DPA lors de sa séance du 31 janvier 2024. Il a constaté que cet avant-projet contient, en l'état, une disposition sur la consultation des décisions de l'administration appliquant la DPA. Selon le Tribunal, il s'agit d'un élément supplémentaire qui confirme que l'absence de dispositions dans la DPA réglementant les modalités de la publicité des décisions est une véritable lacune, qui doit être comblée. Il a également considéré que, compte tenu du contexte historique de la DPA, un éventuel silence qualifié du législateur devait être écarté<sup>66</sup>.

[56] Il a complété son argumentation comme suit<sup>67</sup> :

« [...] [C]ette absence d'adaptation et de mise à jour des dispositions de la DPA, en ce qui concerne les modalités de la publicité des décisions rendues par les autorités pénales administratives, ne trouve aucune justification. Elle ne saurait en effet être motivée par la spécificité du droit pénal administratif. Il a en effet été démontré plus haut que les art. 30 al. 3 Cst., 6 § 1 CEDH et 14 al. 1 Pacte ONU II imposent une publicité

---

<sup>63</sup> Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024 consid. 11.2.2.

<sup>64</sup> Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024 consid. 11.2.3.

<sup>65</sup> Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024 consid. 11.2.4 et la réf. à JONAS ACHERMANN/FRIEDRICH FRANK, in : Friedrich Frank/Andreas Eicker/Nora Markwalder/Jonas Achermann (édit.), *Verwaltungsstrafrecht*, Basler Kommentar, Bâle 2020, N. 76 ad art. 2 DPA.

<sup>66</sup> Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024 consid. 11.2.4.

<sup>67</sup> Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024 consid. 11.2.4.

des décisions rendues par les autorités appliquant le droit pénal administratif [...]. Il n'existe au demeurant aucune raison objective qui justifierait qu'une telle publicité soit concrétisée en droit pénal ou en droit civil, et exclue en droit pénal administratif. Au contraire, le nombre d'affaires traitées par les juridictions pénales administratives, qui correspond à plusieurs dizaines de milliers de décisions rendues chaque année [...], ainsi que la gravité des sanctions pouvant être prononcée[s] sur la base de la DPA (cf. p. ex. l'art. 14 al. 3 DPA qui prévoit une peine privative de liberté pouvant aller jusqu'à cinq ans en cas d'escroquerie en matière de prestations et de contributions commise par métier ou avec le concours de tiers), justifient, sinon imposent une telle publicité. Des auteurs relèvent même que l'enjeu est parfois aussi important pour une personne qui se voit reprocher une infraction de droit pénal administratif que pour celle qui est accusée d'un crime relevant du droit pénal (cf. Achermann/Frank, in : Kommentar VStrR, n° 78 ad art. 2 DPA et la réf. cit.). En ce qui concerne la publicité des décisions, une différence de traitement entre les procédures pénales et les procédures de droit pénal administratif ne trouverait ainsi aucune justification. »

[57] Le TAF est en définitive arrivé à la conclusion que l'absence de dispositions légales réglementant le principe de la publicité des prononcés pénaux dans la DPA est une véritable lacune qui doit être comblée, en appliquant par analogie les art. 69 et 70 CPP.

[58] Par ailleurs, le Tribunal s'est ensuite penché sur un autre grief invoqué par la recourante, à teneur duquel celle-ci critiquait la pratique de l'autorité inférieure qui consistait à mettre à disposition les prononcés pénaux dans un délai de 30 jours dès leur entrée en force.

[59] Il a estimé que cette pratique, qui s'inspire de recommandations en matière de dépôt public s'appliquant aux ordonnances pénales est problématique, pour plusieurs raisons.

[60] D'une part, il a relevé qu'il ressort de la jurisprudence du Tribunal fédéral que le mandat de répression présente des similitudes avec l'ordonnance pénale, alors que le prononcé pénal équivaut à un jugement de première instance<sup>68</sup>. Il a d'autre part mis en évidence le fait que l'avant-projet de révision de la DPA, en ce qui concerne le *dies a quo* du délai pour demander la consultation des décisions, opère une distinction entre, d'une part, les mandats de répression et, d'autre part, les prononcés pénaux et de confiscation : les premiers sont consultables durant les six mois suivant leur entrée en force, alors que les seconds le sont durant les six mois suivant leur notification.

[61] Le TAF a considéré que les explications concernant la justification de cette différence, qui figurent dans le rapport explicatif de l'avant-projet de la révision de la DPA, sont convaincantes s'agissant de la détermination du *dies a quo* pour la consultation des prononcés pénaux au sens de l'art. 70 DPA. Le rapport en question se réfère en particulier à l'arrêt du Tribunal fédéral 1C\_123/2016 du 21 juin 2016 (consid. 3.8), qui retient en substance que les personnes intéressées à la consultation d'un jugement ne doivent pas attendre son entrée en force.

[62] En résumé, le Tribunal a jugé que la pratique de l'autorité inférieure qui consiste à mettre à disposition les prononcés pénaux dans un délai de 30 jours *dès leur entrée en force* limite de manière trop importante le principe de la publicité de la justice, en écartant de la consultation tous les prononcés qui ne sont pas encore entrés en force ou qui ont été annulés. Il a ainsi retenu

---

<sup>68</sup> Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024 consid. 12.2.2.

que le délai pour consulter les prononcés pénaux de l'autorité inférieure doit commencer à courir *dès leur notification*<sup>69</sup>.

[63] Sur la base de ce qui précède, le Tribunal a constaté que les requêtes des journalistes avaient été déposées en dehors du délai de consultation publique de 30 jours prévu selon la pratique de l'autorité inférieure, corrigée par le Tribunal s'agissant du point de départ du délai pour la consultation des prononcés pénaux (*in casu*, 30 jours dès leur notification). Le recours a par conséquent été admis sur ce point<sup>70</sup>.

[64] Dès lors que les requêtes de consultation des journalistes avaient été déposées en dehors du délai précité, le dossier a été renvoyé par le Tribunal à l'autorité inférieure pour qu'elle procède à une nouvelle pesée des intérêts dans le sens des considérants de l'arrêt en ce qui concerne l'étendue et les modalités de la consultation du prononcé pénal en cause. Le recours a été admis<sup>71</sup>.

## 5.2. Selon la pratique de Swissmedic

[65] Swissmedic, soit une autorité fédérale amenée à appliquer la DPA, a publié sur son site Internet des informations concernant la consultation des mandats de répression et des prononcés pénaux<sup>72</sup>. Il est utile de les reproduire ici :

### « Considérations générales / principes-clés

En vertu de la législation ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'institut est tenu de rendre accessible pour le public sous une forme appropriée les mandats de répression et les prononcés pénaux qu'il rend. Lorsque l'intérêt de garder le secret doit être protégé, il y a lieu en l'occurrence d'anonymiser les documents et, le cas échéant, de les expurger de certains passages.

L'opinion publique doit également avoir la possibilité de consulter les décisions de non-lieu qui sont rendues dans le cadre de procédures pénales parce que l'on a estimé que les faits en question n'étaient pas constitutifs d'une infraction pénale. Toutefois, tant que les intéressés n'ont pas donné explicitement leur consentement, ou lorsque la procédure est classée pour des motifs autres que d'opportunité ou de prescription, la consultation des documents n'est accordée dans ces cas de figure que sous forme anonymisée afin de garantir le respect des droits de la personnalité pour les intéressés. Swissmedic peut décider spontanément d'informer le public au sujet de certaines procédures pénales clôturées sous forme anonymisée au moyen de communiqués de presse ou d'articles publiés à la rubrique « Division pénale > Publications » et / ou dans le Journal Swissmedic.

A titre exceptionnel, l'institut informe également le public à propos de procédures pénales en cours lorsque l'intérêt de cette démarche semble se justifier du point de vue de la procédure pénale, de la prévention générale et / ou de la sécurité des produits thérapeutiques.

---

<sup>69</sup> Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024 consid. 12.2.2.

<sup>70</sup> Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024 consid. 13.

<sup>71</sup> Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024 consid. 15.

<sup>72</sup> Swissmedic, disponible sur : <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/fr/home.html> sous > Aspects légaux, normes > Division Pénale > Informations procédures pénales administratives; consulté le 14 juillet 2024.

### **Modalités concrètes de consultation**

Les mandats de répression, ordonnances de confiscation, et les ordonnances de non-lieu rendues pour des motifs d'opportunité légaux (art. 52 à 54 CP) ou pour cause de prescription peuvent être consultés sans frais pendant six mois maximum après leur entrée de force [sic] et moyennant annonce préalable dans les locaux de Swissmedic. Les prononcés pénaux et de confiscation – indépendamment du fait qu'ils soient entrés en force ou non – peuvent être consultés pendant six mois au maximum après leur notification aux parties et/ou au tribunal. Si l'intérêt de garder le secret doit être protégé, seule une version anonymisée et / ou caviardée peut être consultée et copiée. A l'échéance de ce délai, ces décisions et les ordonnances de non-lieu qui ont été rendues parce que les faits en question n'étaient pas constitutifs d'une infraction peuvent être consultées sous forme anonymisée et éventuellement caviardée. Cette prestation est alors payante (une taxe fixe de CHF 15.- plus émoluments de chancellerie de 50 centimes par page; envoi par courriel). La même chose est valable pour les ordonnances de non-lieu rendues parce que les faits concernés n'étaient pas constitutifs d'une infraction.

### **Procédures judiciaires**

Si une personne visée par un mandat de répression, une ordonnance de confiscation, un prononcé pénal ou un prononcé de confiscation rendus par Swissmedic demande à être jugée par un tribunal, ou qu'une peine privative de liberté pourrait être infligée, une procédure judiciaire est ouverte par le canton principalement concerné (art. 90, al. 1 LPTh en relation avec les art. 22 et 73 DPA).

La décision au sujet des modalités de consultation des jugements rendus dans le cadre de ces procédures cantonales revient au tribunal qui statue et non à Swissmedic. »

## **5.3. Selon la doctrine**

[66] MICHAEL BURRI et RICHARD EHMANN, qui se réfèrent à l'arrêt « OFAC » du Tribunal fédéral (cf. ch. 5.1.1 *supra*), considèrent que les mandats de répression et les prononcés pénaux, au même titre que les ordonnances pénales au sens du CCP, sont soumis à l'obligation de prononcer les jugements publiquement, conformément à l'art. 30 al. 3 Cst.<sup>73</sup>. D'autres auteurs, NADJA CAPUS et ALLISON BERETTA constatent que le droit pénal administratif est muet quant à la publicité de la procédure et des décisions pénales de l'autorité administrative, tout en rappelant que le principe de publicité est prévu à l'art. 69 CPP<sup>74</sup>. Elles considèrent néanmoins, en se référant à l'arrêt OFAC du Tribunal fédéral, que les exigences de publicité s'appliquent également à la procédure pénale administrative et doivent donc permettre la consultation du mandat de répression et du prononcé pénal<sup>75</sup>.

[67] La question se pose de savoir si la décision pénale doit ou peut être rendue accessible aux personnes souhaitant la consulter pendant le délai de recours ou seulement à une date ultérieure.

---

<sup>73</sup> BURRI/EHMANN (note 52), N. 33 ad art. 70 DPA.

<sup>74</sup> CAPUS/BERETTA (note 6), N. 798.

<sup>75</sup> CAPUS/BERETTA (note 6), N. 798 et 850.

En ce qui concerne les ordonnances pénales, la question est controversée<sup>76</sup>. MICHAEL BURRI et RICHARD EHMANN, qui se réfèrent à une décision du Tribunal cantonal du canton de Lucerne de 2016, ainsi qu'à des avis de la doctrine, estiment que les ordonnances pénales ne doivent pas pouvoir être consultées tant qu'elles ne sont pas entrées en force. Dans la décision précitée, le Tribunal cantonal retient qu'avant que l'ordonnance pénale n'entre en force et ne devienne en même temps un jugement (art. 354 al. 3 CPP), elle est une simple proposition de règlement de la part du Ministère public, qui devient caduque en cas d'opposition du prévenu ou de toute autre personne concernée. Le Tribunal cantonal considère ainsi que, jusqu'à son entrée en force, l'ordonnance pénale est une pièce de la procédure préliminaire ou de la procédure de l'ordonnance pénale non publique qui, selon le CPP et les prescriptions constitutionnelles et conventionnelles, n'est pas plus concernée par les éléments du principe de la transparence qu'une autre pièce de la procédure préliminaire (p. ex. une accusation dans une procédure simplifiée ou un procès-verbal d'audition)<sup>77</sup>. Le Tribunal cantonal en conclut ainsi que tant que l'ordonnance pénale n'est pas entrée en force, des tiers ne peuvent la consulter que dans les conditions particulières de l'art. 101 al. 3 CPP (consultation des dossiers dans le cadre d'une procédure pendante). Pour être complet, on rappellera que la solution à laquelle le Tribunal cantonal est parvenue dans l'arrêt précité est critiquée par MONIKA SIMMLER. Comme on l'a vu plus haut (cf. ch. 4.2.2), cette auteure considère que l'accès au sens de l'art. 69 al. 2 CPP doit être accordé pendant le délai d'opposition à l'ordonnance pénale.

[68] MICHAEL BURRI et RICHARD EHMANN sont d'avis que le résultat auquel le Tribunal cantonal du canton de Lucerne est parvenu dans l'arrêt précité doit également s'appliquer à la procédure pénale administrative<sup>78</sup>. Les mandats de répression et les ordonnances de confiscation qui ne sont pas (encore) entrés en force (parce que le délai d'opposition de l'art. 67 DPA court encore ou parce qu'une opposition a été formée à leur encontre) ne doivent donc pas pouvoir être consultés. Selon ces auteurs, cette solution s'impose non seulement pour préserver les droits de la personnalité des personnes concernées, mais aussi pour garantir que la procédure d'opposition se déroule dans les meilleures conditions possibles; il ne faut pas exercer de pression sur l'administration en permettant à des personnes extérieures de consulter la décision contestée, alors que cette procédure est encore en cours et qu'elle fait même l'objet d'une couverture médiatique (ils soulignent à cet égard que l'art. 8 al. 2 de la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration [LTrans, RS 152.3], qui dispose que l'accès aux documents officiels n'est autorisé qu'après que la décision politique ou administrative, dont ils constituent la base, a été prise, va dans le même sens, étant précisé que, dans ce contexte, cette décision serait le prononcé pénal au sens de l'art. 70 DPA).

[69] En revanche, toujours selon ces auteurs, il en va différemment des prononcés pénaux ou des prononcés de confiscation (cf. art. 70 DPA), qui clôturent la procédure administrative : ces décisions doivent pouvoir être consultées, même si leur examen par un tribunal est demandé par

---

<sup>76</sup> BURRI/EHMANN (note 52), N. 44 ad art. 70 DPA et les réf. cit.

<sup>77</sup> BURRI/EHMANN (note 52), N. 44 ad art. 70 DPA, qui se réfèrent à l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Lucerne du 20 octobre 2016, 2N 16 129, consid. 6.4, publié in : CAN 2017 N. 35 p. 110 ss; cf. également le commentaire de cet arrêt de DOMINIQUE STREBEL, Rechtskräftige Strafbefehle müssen zur Einsicht aufgelegt werden, Beschluss des Kantonsgerichts Luzern vom 20. Oktober 2016 (2N 16 129), in : medialex 2-17, disponible sur : [https://medialex.ch/wp-content/uploads/2019/08/medialex\\_02\\_2017.pdf](https://medialex.ch/wp-content/uploads/2019/08/medialex_02_2017.pdf).

<sup>78</sup> BURRI/EHMANN (note 52), N. 45 ad art. 70 DPA.

la suite (cf. art. 72 DPA) et qu'elles peuvent ensuite être modifiées ou annulées par un tribunal<sup>79</sup>. Ils relèvent par ailleurs qu'il est logique de ce point de vue, en se référant à la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>80</sup>, que la prescription de l'action pénale prenne fin avec le prononcé pénal de l'art. 70 DPA, et pas seulement avec le jugement du tribunal de première instance selon l'art. 79 DPA.

[70] On précisera enfin que le Tribunal fédéral a récemment confirmé la jurisprudence précitée selon laquelle le prononcé pénal de l'art. 70 DPA est assimilé à un jugement de première instance au sens de l'art. 97 al. 3 CP, au-delà duquel la prescription ne court plus<sup>81</sup>.

#### 5.4. Quelques réflexions personnelles

[71] En ce qui concerne la portée du principe de la publicité de la justice, nous partageons les positions qui découlent de la jurisprudence, de la pratique de Swissmedic et de la doctrine selon lesquelles le principe de la publicité de la justice s'applique aux prononcés pénaux et aux mandats de répression. La solution retenue dans l'arrêt « OFEN » s'agissant d'une éventuelle consultation du procès-verbal final apparaît justifiée : si la consultation de celui-ci est nécessaire à la compréhension du mandat de répression, le procès-verbal final doit en principe être publié d'une manière générale avec le mandat de répression ou être tenu à disposition pour consultation (cf. ch. 5.1.2 *supra*).

[72] La question du moment de la consultation est plus délicate, sauf pour les prononcés pénaux. Comme on l'a vu, les prononcés pénaux s'apparentent aux jugements pénaux et il n'est pas justifié d'attendre leur entrée en force pour les consulter. Ils doivent par conséquent pouvoir être consultés *dès leur notification*. L'arrêt « DFF » du TAF doit dans ce sens être approuvé (cf. ch. 5.1.3 *supra*).

[73] Par ailleurs, le TPF a retenu dans l'arrêt « OFEN » que les mandats de répression doivent en principe pouvoir être consultés, même s'ils ne sont pas encore entrés en force (cf. ch. 5.1.2 *supra*). Ce point de vue est partagé par MONIKA SIMMLER s'agissant des ordonnances pénales (cf. ch. 4.2.2 *supra*). La solution retenue par le TPF dans cet arrêt s'écarte en revanche de la pratique de Swissmedic (cf. ch. 5.2 *supra*) et de la position défendue par MICHAEL BURRI et RICHARD EHMANN, qui se réfèrent à un arrêt du Tribunal cantonal du canton de Lucerne (cf. ch. 5.3 *supra*).

[74] Une remarque s'impose en ce qui concerne la motivation du TPF dans l'arrêt « OFEN ». Dans son arrêt, le TPF se réfère à l'arrêt du TF 1C\_123/2016 du 21 juin 2016 (consid. 3.8), en soulignant que la consultation des mandats de répression (« Strafbescheide »), non entrés en force, permet le contrôle de la justice et facilite un examen critique des décisions ultérieures dans la même affaire. Toutefois, à notre avis, il ne faut pas perdre de vue que l'arrêt du Tribunal fédéral mentionné par le TPF porte uniquement sur la consultation des *jugements* entrés en force (« rechtskräftige Urteile ») et ne concerne pas directement les mandats de répression ou les ordonnances pénales. Le Tribunal fédéral retenait en effet dans cet arrêt que la pratique consistant à limiter la consultation des jugements entrés en force n'est pas admissible, car elle sape la fonction de contrôle des médias. Selon nous, on ne peut donc rien déduire directement de l'arrêt du Tribunal fédéral

---

<sup>79</sup> BURRI/EHMANN (note 52), N. 45 ad art. 70 DPA.

<sup>80</sup> BURRI/EHMANN (note 52), N. 45 ad art. 70 DPA, qui cite l'ATF 133 IV 112 consid. 9.4.4.

<sup>81</sup> ATF 147 IV 274.

précité en ce qui concerne le moment de la consultation des mandats de répression ou des ordonnances pénales. On notera que le Tribunal cantonal du canton de Lucerne partage également notre point de vue : il relevait dans son arrêt du 20 octobre 2016 que l'arrêt du TF 1C\_123/2016 précité concerne des décisions judiciaires qui ne sont pas entrées en force et ne peut donc pas être transposé à la procédure de l'ordonnance pénale qui précède l'audience de jugement<sup>82</sup>. Le Tribunal fédéral ne s'est donc, à notre connaissance, pas encore prononcé sur la question du moment de la consultation des ordonnances pénales.

[75] Pour des raisons d'uniformité des pratiques des autorités et de sécurité du droit, il serait souhaitable que le moment de la consultation des mandats de répression ou des ordonnances pénales soit clarifié par le Tribunal fédéral. Il est aussi possible que la question trouve une issue au niveau législatif en droit pénal administratif. En effet, comme on le verra au chapitre suivant, il existe actuellement un avant-projet de révision du droit pénal administratif qui règle cette question.

## **6. La révision en cours du droit pénal administratif**

[76] Dans ce dernier chapitre, nous présenterons la motion qui a donné lieu à la préparation d'un avant-projet de révision totale de la DPA (ch. 6.1). Nous nous focaliserons ensuite sur la disposition spécifique concernant la consultation des décisions de l'administration en matière de DPA contenue dans cet avant-projet (ch. 6.2). Nous mettrons en évidence quelques éléments du rapport explicatif accompagnant cet avant-projet (ch. 6.3), avant d'apporter quelques réflexions personnelles à propos de la disposition réglementant la consultation des décisions (ch. 6.4).

### **6.1. La motion « Pour un droit pénal administratif moderne »**

[77] Pour rappel, le 10 décembre 2014, une motion intitulée « Pour un droit pénal administratif moderne » (14.4122) a été déposée par Andrea Caroni, puis adoptée en 2015 par l'Assemblée fédérale. Cette motion soulignait en particulier que « la pratique relevant de la CEDH et de la Constitution a influencé fondamentalement le CPP de 2007 », alors que ces « évolutions n'ont pour ainsi dire pas trouvé d'écho sur le plan du droit pénal administratif de 1974 dont la conception remonte aux années 60 et qui n'était qu'une révision partielle ».

### **6.2. L'avant-projet de révision totale de la DPA**

[78] Lors de sa séance du 31 janvier 2024, le Conseil fédéral a ouvert la consultation sur un avant-projet de révision totale de la DPA (ci-après : avant-projet ou AP-DPA). Il a proposé de réviser en totalité la DPA et non de transférer ses dispositions dans le CP et le CPP.

[79] Cet avant-projet prévoit une disposition spécifique concernant la consultation des décisions de l'administration en matière de DPA (art. 69 AP-DPA). Selon cette disposition, les tiers peuvent consulter les mandats de répression en procédure ordinaire, y compris les procès-verbaux finaux

---

<sup>82</sup> Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Lucerne du 20 octobre 2016, 2N 16 129, consid. 6.4, publié in : CAN 2017 N. 35 p. 110 ss.

dans la mesure nécessaire à la compréhension de ces décisions, les mandats de répression en procédure simplifiée et les ordonnances de confiscation, gratuitement et en principe sans restriction au siège de l'autorité de poursuite pénale administrative compétente, durant les six mois suivant leur *entrée en force*, dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose (art. 69 al. 1 let. a AP-DPA). Les prononcés pénaux et de confiscation peuvent être consultés selon le même principe, mais durant les six mois suivant leur *notification* (art. 69 al. 1 let. b AP-DPA). L'avant-projet prévoit encore une règle particulière pour les décisions de non-entrée en matière et les décisions de classement, qui peuvent être consultées durant les six mois suivant leur *entrée en force* et – à la différence des décisions mentionnées aux lettres a et b ci-dessus – pour autant qu'il existe un intérêt digne de protection (art. 69 al. 1 let. c AP-DPA). À l'échéance des délais prévus à l'art. 69 al. 1 AP-DPA, les tiers peuvent consulter les décisions qui y sont mentionnées en principe sous une forme anonymisée ou caviardée, sous réserve d'intérêts publics ou privés prépondérants (art. 69 al. 2 AP-DPA). L'alinéa précité précise que l'autorité compétente peut dans ce cas percevoir un émolument pour cette prestation. Enfin, pour les professionnels des médias, les chercheurs et les avocats, l'intérêt prépondérant à la consultation est présumé (cf. art. 69 al. 3 AP-DPA).

### 6.3. Le rapport explicatif de révision totale de la DPA

[80] Le 31 janvier 2024, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a publié un rapport explicatif relatif à l'ouverture de cette procédure de consultation (ci-après : Rapport explicatif)<sup>83</sup>, qui contient des informations intéressantes.

[81] En ce qui concerne l'art. 69 AP-DPA, le Rapport explicatif précise que cette disposition vise à satisfaire les droits légitimes des tiers à l'information, en prenant modèle sur les art. 69 al. 2, ainsi que 70 al. 1 et 4 CPP<sup>84</sup>.

[82] Il explique par ailleurs que plusieurs dizaines de milliers de décisions de la juridiction pénale administrative sont rendues chaque année, ce qui justifie de proposer une réglementation pouvant aisément être mise en œuvre. Il retient, en résumé, un délai de six mois pour la consultation sans restriction (art. 69 al. 1 AP-DPA) et considère qu'au-delà l'intérêt des personnes concernées impose en principe l'anonymisation ou le caviardage des décisions (art. 69 al. 2 AP-DPA). Il précise cependant que même après l'écoulement de plusieurs années, il peut être justifié de donner accès à une décision non anonymisée, par exemple lorsqu'il existe une relation avec une nouvelle affaire à laquelle la presse s'intéresse<sup>85</sup>.

[83] En ce qui concerne les mandats de répression en procédure ordinaire, y compris les procès-verbaux finaux dans la mesure nécessaire à la compréhension de ces décisions, les mandats de répression en procédure simplifiée et les ordonnances de confiscation, le Rapport explicatif précise qu'il est justifié d'exclure les décisions non entrées en force, c'est-à-dire celles qui font l'objet d'une opposition devant l'autorité de poursuite pénale administrative. Il ajoute que l'opposition

---

<sup>83</sup> DFJP (note 2).

<sup>84</sup> DFJP (note 2), p. 70.

<sup>85</sup> DFJP (note 2), p. 71, qui se réfère à l'arrêt du TF 1B\_510/2017 du 11 juillet 2018 consid. 3.4.

donne alors lieu à un prononcé pénal ou de confiscation, ou encore à un classement, et que ce sont ces décisions-là, qui sont motivées, qui peuvent être consultées<sup>86</sup>.

[84] S'agissant des prononcés pénaux et de confiscation, le Rapport explicatif souligne que le principe de la publicité de la justice implique que le droit de consulter les décisions des tribunaux doit être accordé immédiatement, sans attendre l'entrée en force, comme c'est le cas lorsque ces décisions sont prononcées en audience publique<sup>87</sup>.

[85] Il précise enfin que dans le cadre de la pesée des intérêts en présence qui doit intervenir au cas par cas, l'autorité doit prendre en considération le fait que certains intérêts spécifiques à la consultation, tels par exemple ceux des journalistes, des chercheurs et des avocats, revêtent en principe une importance accrue<sup>88</sup>. Il ajoute que l'art. 69 al. 3 AP-DPA prend en compte la jurisprudence du Tribunal fédéral en instaurant une présomption légale.

#### 6.4. Quelques réflexions personnelles

[86] La disposition prévue dans l'avant-projet concernant la consultation des décisions de l'administration en matière de DPA (art. 69 AP-DPA) est la bienvenue. Elle permettra en effet de combler une lacune. Comme on l'a vu plus haut, le TAF a constaté dans l'arrêt « DFF » l'existence d'une véritable lacune et a appliqué par analogie les art. 69 et 70 CPP (cf. ch. 5.1.3 *supra*). Cette disposition appelle toutefois plusieurs remarques.

[87] Elle exclut d'abord de la consultation les mandats de répression *non entrés en force*, en suivant la position défendue par MICHAEL BURRI et RICHARD EHMANN, qui se réfèrent à la solution retenue dans l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Lucerne du 20 octobre 2016 en ce qui concerne les ordonnances pénales (cf. ch. 5.3 *supra*). On notera que cette solution correspond également à la pratique de Swissmedic (cf. ch. 5.2 *supra*). Elle s'écarte en revanche de la position retenue par le TPF dans l'arrêt « OFEN » (cf. ch. 5.1.2 *supra*). Pour rappel, le TPF avait en effet considéré dans cet arrêt que les mandats de répression peuvent être consultés, même s'ils ne sont pas encore entrés en force. À notre sens, la solution retenue dans l'avant-projet est défendable. Si une opposition est formée à un mandat de répression, c'est le prononcé pénal qui sera consultable. À l'inverse, si aucune opposition n'est formée, le mandat de répression est assimilé à un jugement passé en force (art. 67 al. 2 DPA) et c'est ce dernier qui sera consultable. Cette solution est à notre avis conforme au principe de la publicité de la justice, dans la mesure où ces actes, avant qu'ils entrent en force, ne sont que des propositions de jugement.

[88] Comme on l'a vu plus haut, en droit pénal, MONIKA SIMMLER soutient que l'hypothèse d'une portée de l'art. 69 CPP jusqu'à 30 jours après l'entrée en force des ordonnances pénales semble arbitraire (cf. ch. 4.2.2 *supra*). Il est intéressant de relever que selon l'avant-projet, il est explicitement prévu à l'art. 69 al. 1 AP-DPA que la consultation gratuite et en principe sans restriction aura une portée qui ira bien au-delà de l'entrée en force des mandats de répression et des ordonnances de confiscation. En effet, ces derniers peuvent être attaqués dans les 30 jours suivant leur notification (art. 270 al. 1 AP-DPA), alors que le délai pour les consulter est de six mois suivant leur entrée en force (art. 69 al. 1 let. a AP-DPA). À notre avis, le fait qu'aux termes de l'avant-projet

---

<sup>86</sup> DFJP (note 2), p. 71.

<sup>87</sup> DFJP (note 2), p. 72-73, qui cite l'arrêt du TF 1C\_123/2016 du 21 juin 2016 consid. 3.6, 3.8, 3.9.

<sup>88</sup> DFJP (note 2), p. 73, qui se réfère à l'ATF 147 I 407 consid. 6.4.2.

le point de départ du délai pour la consultation des actes ne coïncide pas avec celui pour les attaquer n'est pas problématique, même si un *dies a quo* identique aurait pu simplifier le travail de l'administration. On ne verrait en effet pas pour quelles raisons l'avant-projet ne pourrait pas s'appliquer à des actes qui sont entrés en force. À titre d'exemple, les lois de procédure prévoient en général la possibilité de demander la révision de décisions qui sont entrées en force et dont les procédures sont clôturées (dans notre cas, voir les art. 284 ss AP-DPA). Selon l'avant-projet, il est certes possible que l'art. 69 AP-DPA s'applique en parallèle avec la loi fédérale sur la protection des données et les lois cantonales sur la protection des données lorsque la demande de consultation porte sur des décisions qui sont entrées en force (art. 24 al. 1 AP-DPA). Cela ne nous semble toutefois pas être une difficulté, dans la mesure où l'art. 69 AP-DPA doit être considéré comme une *lex specialis* par rapport aux dispositions contenues dans les lois sur la protection des données. Il est en revanche clair que même si l'art. 69 AP-DPA prévoit une consultation « en principe sans restriction », une pesée des intérêts devra toujours être effectuée, indépendamment de l'application des lois sur la protection des données. La disposition prévoit en effet que la consultation est possible en principe sans restriction, « dans la mesure où aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'y oppose ».

[89] Par ailleurs, compte tenu des similitudes entre les ordonnances pénales et les mandats de répression en DPA, il serait opportun que le moment de la consultation de ces actes soit défini de manière identique dans ces deux domaines.

[90] On relèvera à cet égard que le moment de la consultation des ordonnances pénales souffre encore d'une grande incertitude, au regard notamment des divergences entre les cantons (cf. ch. 4.2.2 *supra*). Il serait souhaitable que le Tribunal fédéral tranche rapidement cette question. Ainsi, en supposant que l'avant-projet soit maintenu dans sa version actuelle et devienne une loi, si le Tribunal fédéral devait arriver à la conclusion que les ordonnances pénales sont consultables *avant leur entrée en force*, il existerait une différence entre le moment de la consultation des ordonnances pénales et celui de la consultation des mandats de répression en DPA. Une telle différence ne serait pas souhaitable et devrait, si possible, être évitée.

[91] On rappellera ensuite que l'avant-projet prévoit une règle particulière pour les décisions de non-entrée en matière et les décisions de classement, qui peuvent notamment être consultées durant les six mois suivant leur *entrée en force* (art. 69 al. 1 let. c AP-DPA ; cf. ch. 6.2 *supra*). Cette règle doit être confrontée à la solution qui a été retenue par le Tribunal fédéral en droit pénal. En effet, comme on l'a vu, le Tribunal fédéral a considéré dans un arrêt de 2022 que le principe de la publicité de la justice s'applique également aux ordonnances de non-entrée en matière *non encore entrées en force* (cf. ch. 4.2.2 *supra*)<sup>89</sup>. Dans ces conditions, par souci d'uniformité, il serait logique que le délai de consultation des décisions de non-entrée en matière et des décisions de classement en droit pénal administratif commence à courir *dès leur notification*. L'avant-projet devrait à notre sens être modifié dans ce sens.

[92] D'autre part, l'art. 69 al. 1 AP-DPA retient un délai de six mois pendant lequel une consultation des décisions est en principe possible sans restriction. La longueur de ce délai – qui semble s'inspirer de la pratique de Swissmedic (cf. ch. 5.2 *supra*) – nous interpelle, sans que le Rapport explicatif ne justifie ce choix. Dès lors que les décisions seront en principe consultables sous une forme non anonymisée et non caviardée pendant un délai de six mois, nous sommes d'avis que

---

<sup>89</sup> Arrêt du TF 1B\_103/2021 du 4 mars 2022 consid. 3.3.

celui-ci devrait être raccourci pour mieux protéger la sphère privée des personnes concernées, en particulier de l'inculpé, étant rappelé que l'importance de la protection de la personnalité des participants à la procédure augmente avec l'éloignement dans le temps de la procédure<sup>90</sup>. En droit pénal, MASCHA SANTSCHI KALLAY considère aussi que le délai de consultation des jugements en principe sans restriction ne peut pas durer plusieurs mois pour des raisons de protection de la personnalité<sup>91</sup>.

[93] On peut également douter que la spécificité du DPA justifie un si long délai, respectivement un délai plus long qu'en droit pénal. Certes, il est vrai que le principe de la publicité du prononcé revêt une importance particulière en DPA, dans la mesure où la procédure se déroule en principe sans audience publique jusqu'au prononcé d'une décision. Ainsi, la consultation de la décision non anonymisée et non caviardée, durant un certain délai, peut compenser l'absence de débats publics. Toutefois, cette situation n'est pas spécifique au droit pénal administratif. Il suffit en effet de rappeler qu'en droit pénal le prévenu condamné par une ordonnance pénale ne supportera aucun prononcé public d'un jugement en salle d'audience, alors qu'aucune règle ne prévoit que l'ordonnance pénale entrée en force sera consultable en principe sans restriction durant un délai de six mois. En résumé, de notre point de vue, la DPA ne comporte aucune spécificité qui justifie un délai de consultation de six mois en principe sans restriction. Un délai de 30 jours semblerait suffisant.

[94] La mention par ailleurs d'une présomption légale à l'art. 69 al. 3 AP-DPA selon laquelle « les professionnels des médias, les chercheurs et les avocats < ont un > intérêt prépondérant à la consultation » des décisions ne nous paraît pas opportune. Certes, cette présomption découle de la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>92</sup>. Cette indication dans la loi est toutefois inutile ; il serait préférable de laisser les autorités apprécier librement chaque situation individuellement. Les requérants peuvent en effet déjà se prévaloir des libertés d'opinion et d'information (art. 16 Cst.), de la liberté des médias (art. 17 Cst.) ou de la liberté de la science (art. 20 Cst.). La limitation dans la loi du cercle des professions ou fonctions pouvant bénéficier de ladite présomption pourrait du reste conduire à l'arbitraire. On remarquera à cet égard que, selon l'avant-projet, l'énumération des professions ou fonctions semble limitée à celles qui sont indiquées plus haut (à savoir, les professionnels des médias, les chercheurs et les avocats), alors que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les indications « z.B. »<sup>93</sup> pour « zum Beispiel » en allemand, ou encore « come per esempio »<sup>94</sup> en italien, montrent que la liste n'est pas exhaustive.

[95] Dans le même ordre d'idée, on peut se demander pour quelles raisons l'avant-projet accorderait cette présomption aux seuls avocats (doit-il du reste s'agir d'avocats inscrits à un registre cantonal des avocats ou simplement de titulaires du brevet d'avocat ? ni la loi ni le Rapport explicatif ne le précisent), alors qu'elle serait p. ex. niée, toujours selon le texte de l'avant-projet, à un juriste ou à un notaire. D'une manière générale, il serait plus judicieux que l'avant-projet se réfère aux professionnels du droit, dès lors que les avocats ne sont pas les seuls acteurs du marché à offrir des services juridiques.

---

<sup>90</sup> ATF 147 I 407 consid. 6.4.2, JdT 2022 I 82 ; arrêt 1B\_103/2021 du 4 mars 2022 consid. 3.2.

<sup>91</sup> MASCHA SANTSCHI KALLAY, Externe Kommunikation der Gerichte, rechtliche und praktische Aspekte der aktiven und reaktiven Medienarbeit der Judikative, Berne 2018, p. 188.

<sup>92</sup> ATF 147 I 407 consid. 6.4.2, JdT 2022 I 82 ; arrêt du TF 1C\_584/2021 du 20 octobre 2022 consid. 3.2.

<sup>93</sup> ATF 147 I 407 consid. 6.4.2, JdT 2022 I 82.

<sup>94</sup> Arrêt du TF 1C\_584/2021 consid. 3.2.

[96] Quoi qu'il en soit, comme évoqué plus haut, pour des raisons de souplesse, il serait préférable de laisser aux autorités et aux tribunaux le soin de procéder à la pesée des intérêts requise, sans inscrire dans la loi une présomption dont le cercle des bénéficiaires pourrait être considéré comme arbitraire.

## 7. Conclusion

[97] Si le principe de la publicité de la justice est souvent associé aux seuls domaines du droit pénal et civil, il ne faut pas oublier qu'il s'applique également au droit pénal administratif, domaine peut-être un peu moins connu, mais tout aussi important dans la pratique. En effet, dans un arrêt publié de 1998<sup>95</sup>, le Tribunal fédéral avait déjà retenu que le principe selon lequel le jugement doit être rendu publiquement vaut également pour le mandat de répression en droit pénal administratif.

[98] Le principe de la publicité de la justice est par ailleurs un sujet complexe. Des dispositions de rang international, constitutionnel et légal s'enchevêtrent. Comme on l'a vu, même dans le CPP où la concrétisation de ce principe est la plus élaborée, des incertitudes demeurent et les cantons ont des approches différentes. La situation est encore plus complexe en droit pénal administratif, dans la mesure où il n'existe à ce jour aucune concrétisation légale du principe de la publicité de la justice.

[99] Dans l'arrêt « DFF », le TAF a considéré qu'il est justifié d'appliquer les art. 69 et 70 CPP par analogie en droit pénal administratif. D'une manière générale, il serait souhaitable que les autorités, qui mettent en œuvre le principe de la publicité de la justice, adoptent une pratique comparable en droit pénal et en droit pénal administratif, compte tenu des similitudes qui existent entre ces deux domaines. Comme on l'a vu dans le cadre de cette contribution, les incertitudes mentionnées plus haut concernant la consultation des actes en droit pénal se posent d'une manière similaire en droit pénal administratif.

[100] Le point le plus délicat est le moment déterminant de la consultation de ces actes. Doivent-ils pouvoir être consultés *dès leur notification* ou *dès leur entrée en force*? En ce qui concerne les jugements pénaux et les prononcés pénaux en droit pénal administratif, la question est désormais claire : ceux-ci sont consultables dès leur notification. Le TAF l'a confirmé dans l'arrêt « DFF » pour les prononcés pénaux<sup>96</sup>, en se basant notamment sur l'arrêt du Tribunal fédéral 1C\_123/2016 du 21 juin 2016 qui concerne la consultation des jugements pénaux. En revanche, le moment de la consultation des ordonnances pénales et des mandats de répression souffre encore d'une grande incertitude. Il serait utile que le Tribunal fédéral clarifie rapidement cette question. Il n'est en effet pas satisfaisant d'avoir un CPP unique depuis 2011 et 26 manières différentes de mettre en œuvre le principe de la publicité de la justice, concrétisé à l'art. 69 CPP.

[101] La question pourrait trouver son épilogue en droit pénal administratif. Il existe un avant-projet de révision totale de la DPA qui contient une disposition concrétisant le principe de la publicité de la justice (art. 69 AP-DPA). Une telle disposition est évidemment nécessaire. On peine à comprendre que la DPA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1975, n'en contienne encore aucune.

---

<sup>95</sup> ATF 147 I 407 consid. 6.4.2, JdT 2022 I 82; arrêt du TF 1C\_584/2021 du 20 octobre 2022 consid. 3.2.

<sup>96</sup> Arrêt du TAF A-1628/2023 du 2 juillet 2024.

Cette disposition contenue dans cet avant-projet a été présentée et commentée dans le cadre de la présente contribution. En résumé, nous sommes d'avis qu'un alignement avec la pratique et la jurisprudence découlant de la consultation des actes en droit pénal serait souhaitable, en particulier s'agissant du moment déterminant pour la consultation des actes et du délai pendant lequel ceux-ci sont consultables, en principe sans restriction. Cet alignement ne pourra cependant se faire que si le Tribunal fédéral tranche les questions qui sont encore indécises. Il s'agit notamment de la question du moment déterminant pour la consultation des ordonnances pénales et des mandats de répression.

---

JÉRÔME GURTNER est titulaire d'un doctorat en droit de l'Université de Neuchâtel (mention *summa cum laude*; prix Professeur Walther Hug 2017) et d'un CAS en magistrature. Il occupe actuellement le poste de greffier à la Cour I du Tribunal administratif fédéral. Ses travaux de recherche et publications portent, entre autres, sur le droit de l'avocat, le principe de la transparence dans l'administration, le droit des nouvelles technologies et le droit public en général.

Cette publication, qui ne reflète que le point de vue de son auteur et non celui du Tribunal administratif fédéral, a été rédigée dans le cadre du CAS en magistrature 2023–2024, sous la supervision de Pascal Mahon, Professeur émérite de l'Université de Neuchâtel, que l'auteur tient à remercier, ainsi que Jean Perrenoud, juriste-documentaliste, pour leurs suggestions et relectures attentives.