

Regard criminologique sur l'ordonnance pénale*

par

André Kuhn

Professeur à l'Université de Neuchâtel

et

Léa Berger-Kolopp

Collaboratrice scientifique à l'Université de Neuchâtel

| | |
|--|----|
| I. Introduction..... | 3 |
| II. Le déroulement ordinaire du procès pénal..... | 4 |
| III. La procédure de l'ordonnance pénale | 9 |
| IV. Regard criminologique sur l'ordonnance pénale..... | 12 |
| A. Méthodologie | 12 |
| B. Les principales variables saisies | 15 |
| 1. Les destinataires d'une ordonnance pénale | 16 |
| 2. Les oppositions à une ordonnance pénale | 17 |
| 3. Les oppositions admises..... | 18 |
| 4. Les oppositions admises en faveur du ou de la prévenu·e | 18 |
| 5. Conclusion intermédiaire | 19 |

* Texte fondé sur les résultats d'une étude financée par le Fonds national suisse de la recherche scientifique (Projet 100011_173368) et menée par les professeurs Marc Thommen (Université de Zurich) et André Kuhn (Université de Neuchâtel). Certaines parties du présent texte – et surtout les idées qui y sont véhiculées – ont déjà été publiées par l'une ou l'autre des auteur·e·s dans des écrits antérieurs. Là où certain·e·s utiliseront peut-être la notion ridicule d'« auto-plagiat », les auteur·e·s considèrent qu'il s'agit plutôt d'un phénomène positif, puisqu'il est le reflet d'un mode de pensée logique, cohérent et surtout constant.

| | |
|--|----|
| C. Les hypothèses à mettre à l'épreuve de la réalité | 20 |
| D. Analyses | 22 |
| 1. L'hypothèse du « ballon d'essai » | 22 |
| 2. L'opposition dépend-elle de la présence d'un·e avocat·e ? | 26 |
| 3. L'opposition dépend-elle d'autres facteurs ? | 28 |
| V. Conclusion | 29 |
| Bibliographie | 33 |

I. Introduction

1. Dans un premier temps, nous retracerons rapidement les contours de la procédure pénale ordinaire (chapitre II), dans le but de mieux permettre de saisir ce qu'est la procédure spéciale de l'ordonnance pénale (chapitre III), sur laquelle nous porterons ensuite un regard criminologique (chapitre IV).
2. Sachant en effet qu'en Suisse la procédure ordinaire (c'est-à-dire une instruction suivie d'un jugement devant un tribunal) est appliquée dans largement moins de 10% des quelque 110'000 affaires pénales menant annuellement¹ à une condamnation d'une personne adulte pour un crime ou un délit², et donc que la procédure spéciale³ de l'ordonnance pénale (soit une proposition de jugement faite à la personne prévenue par le ministère public) permet de régler plus de 90%⁴ du contentieux pénal de gravité moyenne et importante du pays⁵, le premier auteur de la présente contribution – en collaboration avec le Professeur Marc Thommen de l'Université de

¹ Depuis l'entrée en vigueur du CPP, le 1^{er} janvier 2011, on compte environ 110'000 condamnations par année pour quelque 100'000 personnes condamnées annuellement pour la commission d'un crime ou d'un délit.

² Selon l'art. 10 CP, est un crime toute infraction abstraitement passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans, et est un délit toute infraction passible d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire uniquement. A ces deux catégories d'infractions pénales vient s'en ajouter une troisième : les contraventions, passibles d'une amende comme seule peine (art. 103 CP).

³ Par opposition au terme « ordinaire » de la procédure dite ordinaire.

⁴ A ce propos, voir PIETH MARC, 249 et 251, ainsi que CR CPP-GILLIERON GWLADYS/KILLIAS MARTIN, art. 352 N 3, qui évoquent l'usage de la procédure de l'ordonnance pénale dans plus de 90% des procédures non classées, alors que RIKLIN parle de « largement plus que 90% », et mentionne que 95% des infractions commises seraient susceptibles d'être jugées par ordonnance pénale (BSK StPO-RIKLIN FRANZ, Vorbemerkungen zu Art. 352-356 N 2-3, ainsi que RIKLIN FRANZ, *Strafbefehlsverfahren*, 476) ; le même auteur indique par ailleurs que, dans certains cantons et pour certaines années, la proportion d'affaires réglées par ordonnance pénale peut aller jusqu'à 99% (RIKLIN, *Urteilsöffnung*, 115 s.).

⁵ Le contentieux de faible gravité étant formé des contraventions (voir la n. 2) qui, elles, peuvent être sanctionnées par l'intermédiaire d'amendes d'ordre (au sens de la LAO et de l'OA), d'ordonnances pénales ou de jugements proprement dits.

Zurich – a participé à une vaste étude sur les ordonnances pénales⁶. Celle-ci a consisté à relever des informations dans des échantillons représentatifs de l'ensemble des ordonnances pénales de divers cantons et, ce faisant, à constituer une base de données sur un domaine largement méconnu des chercheurs et des chercheuses, ainsi que du grand public, puisque ne faisant généralement que peu l'objet d'une publicité du jugement, comme le rend possible une audience de tribunal⁷.

3. Le chapitre criminologique du présent texte (chapitre IV), fondé sur la recherche susmentionnée, sera ainsi constitué d'une partie explicative de la méthodologie de récolte de l'information (sous-chapitre IV/A), d'une partie descriptive des variables les plus importantes relevées lors de notre prise d'information (sous-chapitre IV/B), d'un exposé des hypothèses que nous tenterons de mettre à l'épreuve de la réalité (sous-chapitre IV/C), puis d'une partie analytique dans laquelle nous déterminerons si nos hypothèses se confirment ou s'infirment (sous-chapitre IV/D).
4. Dans le cadre d'un chapitre conclusif (chapitre V), nous nous risquerons à quelques propositions au législateur propres, le cas échéant, à améliorer la situation actuelle en matière d'ordonnance pénale.

II. Le déroulement ordinaire du procès pénal⁸

5. Toute procédure pénale débute toujours par des indices de commission d'une infraction rapportés à la police – par l'intermédiaire d'une plainte (déposée par la personne lésée) ou d'une dénonciation (par une tierce personne) – ou découverts par les forces de l'ordre elles-mêmes. La procédure préliminaire est alors

⁶ Etude financée par le Fonds national suisse de la recherche scientifique, Projet 100011_173368.

⁷ Ce qui ne signifie pas pour autant que la publicité de ce genre de « jugements » est totalement exclue, puisque l'art. 69 al. 2 CPP prévoit que, lorsqu'une ordonnance pénale a été rendue, les personnes intéressées peuvent la consulter.

⁸ Pour de plus amples détails, nous invitons le lecteur et la lectrice à se référer à JEANNERET/KUHN, 493 ss.

ouverte. Celle-ci se subdivise en deux phases : la procédure d'investigation policière et l'instruction.

6. C'est donc généralement la police qui débute l'enquête. Elle relève les indices, elle analyse et met en sûreté les traces, elle identifie et appréhende les suspects et elle les interroge. Elle a par ailleurs l'obligation de communiquer aussitôt les résultats de ses investigations au ministère public qui décide s'il y a lieu d'ouvrir ou non⁹ une instruction. Le cas échéant, il appartient à ce dernier d'établir l'état de fait et l'appréciation juridique du cas. En d'autres termes, il lui appartient d'instruire – à charge et à décharge¹⁰ – dans le but de mettre l'affaire en état d'être jugée par un tribunal.
7. S'il ouvre l'instruction, le ministère public la dirige. On dit alors qu'il exerce la *direction de la procédure*. Ce terme recouvre deux choses : d'une part, la *personne* qui dirige les autorités en charge de la procédure et, d'autre part, les *tâches* qui incombent à cette personne, c'est-à-dire principalement celles d'ordonner toutes les mesures nécessaires au bon déroulement de la procédure et de veiller à la sérénité et au bon ordre des débats. Pour accomplir cette mission, la direction de la procédure peut avertir, expulser et même sanctionner les personnes qui troubleraient le déroulement du processus pénal.
8. C'est également au ministère public qu'il incombe d'ordonner les mesures de contrainte¹¹ qui s'imposent, à l'exception des mesures les plus graves – tout particulièrement la détention avant jugement – pour lesquelles il devra en référer au tribunal des mesures de contrainte¹².

⁹ S'il décide de ne pas donner suite à l'affaire, le ministère public rend une ordonnance de non-entrée en matière (art. 310 CPP). Il peut également, à ce stade de la procédure déjà, rendre une ordonnance pénale (voir à ce propos les art. 352 ss CPP, ainsi que le chapitre III ci-après).

¹⁰ En application de l'art. 6 al. 2 CPP.

¹¹ Les mesures de contrainte sont les actes de procédure des autorités pénales autorisés par la loi malgré le fait qu'ils portent atteinte aux droits constitutionnels et fondamentaux (par exemple la liberté) des personnes concernées (mandat d'amener, perquisition, arrestation provisoire, écoutes téléphoniques, etc.).

¹² Voir l'art. 18 CPP.

9. L'instruction se déroule sous la forme de la procédure dite inquisitoire¹³ (c'est-à-dire secrète¹⁴, écrite¹⁵, mais contradictoire¹⁶) dans laquelle le ministère public joue le rôle de moteur.
10. Une fois l'instruction terminée, le ministère public décide soit de clôturer l'instruction et de classer l'affaire¹⁷ – lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi ou lorsqu'il s'avère qu'aucune infraction n'a été commise –, soit de rendre une ordonnance pénale¹⁸, soit d'engager l'accusation¹⁹ (c'est-à-dire de renvoyer l'affaire devant le tribunal) lorsqu'il considère que les faits sont suffisamment établis et qu'une ordonnance pénale n'est pas envisageable. Dans ce dernier cas, le ministère public rédige un acte d'accusation dans lequel figure l'ensemble des griefs qu'il compte retenir devant le tribunal contre la personne prévenue et le notifie à cette dernière, à la partie plaignante, ainsi qu'à la victime.
11. Jusqu'ici, le processus pénal en est à la phase de la procédure préliminaire. Depuis le moment où l'acte d'accusation – accompagné du dossier – arrive au tribunal²⁰, on entre dans la phase de la procédure de première instance. La direction de la procédure passe alors en main de la présidente ou du président du tribunal saisi de l'affaire et le ministère public devient une simple partie. Ce dernier endosse alors la fonction d'accusateur public et n'aura, de ce fait, plus l'obligation d'agir à décharge, se contentant de soutenir l'accusation, généralement à charge, devant le tribunal.
12. De son côté, la présidente ou le président du tribunal – en sa qualité de direction de la procédure – a pour mission d'examiner si l'instruction a été bien faite et si le dossier et l'acte d'accusation sont

¹³ Par opposition à la procédure accusatoire qui sera décrite plus loin.

¹⁴ Sans participation du public.

¹⁵ Tout acte d'instruction doit faire l'objet d'une mention au dossier.

¹⁶ Les parties à la procédure peuvent en règle générale participer activement à tous les actes de procédure et donc, par exemple, poser des questions à une autre partie lors d'une audition.

¹⁷ Voir les art. 319 ss CPP.

¹⁸ Voir à ce propos les art. 318 al. 1 et 352 ss CPP, ainsi que le chapitre III ci-après.

¹⁹ Art. 324 ss CPP.

²⁰ La réception de l'acte d'accusation par le tribunal crée ce que l'on nomme la litispendance, c'est-à-dire la saisine du tribunal.

établis régulièrement, ainsi que de préparer les débats (c'est-à-dire notamment de mettre le dossier en circulation auprès de toutes les juges du tribunal, de fixer la date du procès et d'y convoquer toutes les personnes que le tribunal devra entendre).

13. Les débats proprement dits se déroulent selon une procédure accusatoire²¹ (c'est-à-dire orale²², publique²³ et contradictoire²⁴) dans laquelle le tribunal joue d'une part le rôle de moteur, mais aussi et surtout celui d'arbitre entre les arguments avancés par les parties. Ces débats débutent par la lecture de l'acte d'accusation, puis se poursuivent par la procédure probatoire, c'est-à-dire par les auditions (des prévenue·e·s, lésé·e·s, témoins, expert·e·s, etc.) et l'administration des preuves matérielles. Lorsque ces dernières ont été administrées de façon suffisante durant la phase de l'instruction, il n'est pas nécessaire de le faire à nouveau devant le tribunal. C'est ainsi que, si un ou une témoin a été entendu·e lors de l'instruction et que son témoignage a été complet, il ou elle n'est pas forcément amené·e à comparaître devant le tribunal.
14. Au terme de cette procédure probatoire, les parties présentent leurs propositions respectives dans le cadre de plaidoiries. Celles-ci se déroulent toujours selon le même ordre²⁵, soit le ministère public qui requiert, la partie plaignante qui présente sa position et ses prétentions, puis la défense qui présente la position du ou de la prévenue·e. Le dernier mot²⁶ appartient néanmoins à la personne prévenue elle-même qui a un droit de s'exprimer juste avant que la présidente ou le président du tribunal ne clôture les débats.

²¹ Par opposition à la procédure inquisitoire décrite plus haut.

²² Le fait que les débats se déroulent oralement ne signifie pas que l'on ne consigne pas par écrit ce qui se dit au tribunal dans un procès-verbal. Le CPP fait en effet une large place à la consignation des dépositions dans les procès-verbaux.

²³ Les audiences du tribunal sont en général ouvertes à la presse et au public.

²⁴ Toutes les parties ont accès au tribunal et ont le droit de confronter leur point de vue à celui des autres parties, des expert·e·s et des témoins.

²⁵ Voir l'art. 346 CPP.

²⁶ Voir l'art. 347 CPP.

15. Après la clôture des débats, le tribunal se retire pour délibérer à huis clos, avant de rendre son jugement, oralement d'abord, puis par écrit quelques jours plus tard.
16. Finalement, la décision du tribunal de première instance pourra être attaquée par chaque partie devant une juridiction supérieure par la voie de l'appel²⁷, puis éventuellement par un recours en matière pénale au Tribunal fédéral²⁸, voire par une requête individuelle à la Cour européenne des droits de l'homme²⁹.
17. Une fois un jugement définitivement entré en force, la seule manière de le remettre en question est la voie de la révision³⁰, soit une voie de recours extraordinaire permettant de corriger certaines erreurs judiciaires lorsqu'un fait nouveau (ayant existé au moment du jugement mais dont le tribunal n'avait alors pas connaissance) et important (c'est-à-dire susceptible de modifier le jugement) est découvert plus tardivement.

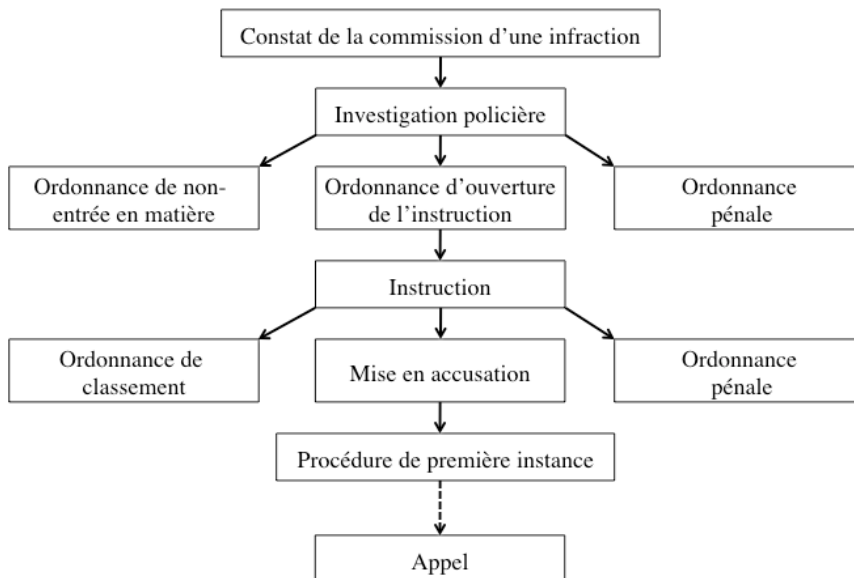
²⁷ Voir les art. 398 ss CPP.

²⁸ Voir les art. 78 ss LTF.

²⁹ Art. 34 CEDH.

³⁰ Voir les art. 410 ss CPP.

18. Le graphique ci-dessous représente – de manière simplifiée – le déroulement d'une procédure pénale et résume dès lors ce qui précède :



III. La procédure de l'ordonnance pénale³¹

19. Prévue aux articles 352 ss CPP, la procédure de l'ordonnance pénale consiste, pour le ministère public, à faire une proposition de jugement sommaire à la personne prévenue qui, si elle ne s'y oppose pas expressément, accepte la condamnation qui entre alors en force et acquiert le statut de jugement de première instance à part entière. La sanction prévue par l'ordonnance pénale devient dès lors exécutoire. Il s'agit ainsi d'un mode de jugement simplifié – par rapport à la procédure ordinaire –, qui plus est très répandu puisque, comme mentionné en introduction³², une large majorité des

³¹ Pour de plus amples détails, nous invitons la lectrice et le lecteur à se référer à JEANNERET/KUHN, 537 ss.

³² Voir *supra* N 2.

procédures qui ne sont pas frappées d'une non-entrée en matière³³ ou d'un classement³⁴ sont « jugées » de cette manière.

20. L'ordonnance pénale est donc une ordonnance rendue sans débats publics et contradictoires, et par une autorité qui n'est pas un tribunal impartial et indépendant. La conformité de ce mode de jugement avec la CEDH³⁵ est néanmoins admise car la personne prévenue dispose d'une possibilité simple et effective de refuser d'être « jugée » de la sorte en formant opposition. Si elle ne forme pas opposition, elle est réputée accepter l'offre qui lui est faite³⁶ et elle renonce par la même occasion à l'exercice des droits fondamentaux de la personne prévenue.
21. Pour que le ministère public puisse rendre une ordonnance pénale, trois conditions sont nécessaires : il faut (1) que les faits soient suffisamment établis, (2) que l'auteur·e encourt une sanction et (3) que celle-ci soit comprise dans la liste des sanctions compatibles avec cette procédure. Les sanctions prononçables par ce biais sont ainsi l'amende, la peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, ainsi que la peine privative de liberté de six mois au plus³⁷, les deux dernières pouvant être assorties du sursis³⁸. Certaines mesures peuvent par ailleurs être ordonnées conjointement³⁹ à ces peines.
22. Au vu de ce qui précède⁴⁰, une ordonnance pénale peut être rendue avec ou sans instruction préalable. L'article 309 al. 4 CPP prévoit en effet expressément que le ministère public renonce à ouvrir une instruction lorsqu'il peut rendre immédiatement une ordonnance pénale, sur la base du dossier issu de l'enquête préliminaire menée par la police ; dans cette hypothèse, il faut noter que l'ordonnance sera rendue alors même que la personne prévenue n'aura jamais été

³³ Art. 310 CPP.

³⁴ Art. 319 ss CPP.

³⁵ Concernant la compatibilité d'une telle procédure avec les principes fondant l'Etat de droit, voir RIKLIN, *Strafbefehlsverfahren*, 482 ss et 492 ss.

³⁶ Art. 354 al. 3 CPP. Il est à noter ici que l'acceptation est donc la décision par défaut, puisque l'absence d'opposition dans les dix jours vaut acceptation tacite.

³⁷ Art. 352 al. 1 CPP.

³⁸ En application des art. 42 et 105 al. 1 CP.

³⁹ Art. 352 al. 2 CPP.

⁴⁰ Voir *supra* N 6 (n. 9) et N 10.

entendue par le ministère public. Si par contre l'ouverture d'une instruction s'impose, au terme de celle-ci le ministère public a une seconde occasion de rendre une ordonnance pénale, en application de l'article 318 al. 1 CPP.

23. Conformément à l'article 353 al. 3 CPP, l'ordonnance pénale est notifiée par écrit aux personnes et aux autorités qui ont qualité pour former opposition, c'est-à-dire principalement le ou la prévenu·e, ainsi que toutes les autres personnes concernées⁴¹.
24. Pour ce qui est de l'opposition proprement dite, elle doit revêtir la forme écrite, être formée auprès du ministère public dans les dix jours suivant la notification de l'ordonnance pénale, et être motivée, à l'exception toutefois de celle formée par la personne prévenue qui n'a pas à contenir de motivation⁴². L'opposition représente la déclaration d'un·e destinataire qui n'entend pas accepter l'offre qui lui est faite ; à ce titre, l'opposition n'est pas considérée comme une voie de recours, mais comme une déclaration de volonté qui déclenche une procédure judiciaire ordinaire au terme de laquelle un tribunal statuera librement sur le bien-fondé des accusations portées à l'encontre de la personne prévenue⁴³.
25. Si donc le ou la prévenu·e – ou une autre personne concernée – forme opposition dans le délai de dix jours, l'affaire retourne devant le ministère public qui, après avoir administré les preuves nécessaires au jugement de l'opposition⁴⁴, a quatre possibilités⁴⁵ : (1) classer la procédure, (2) rendre une nouvelle ordonnance pénale, (3) porter l'accusation devant le tribunal de première instance selon la procédure ordinaire – c'est-à-dire en menant la procédure préliminaire à son terme et en rédigeant un acte d'accusation – et (4) maintenir l'ordonnance pénale initiale. Dans ce dernier cas, l'affaire est renvoyée devant le tribunal de première instance et l'ordonnance pénale tient lieu d'acte d'accusation⁴⁶. C'est alors au

⁴¹ Art. 354 al. 1 CPP.

⁴² Art. 354 al. 2 CPP.

⁴³ ATF 140 IV 82, consid. 2.6 ; pour une opinion critique sur l'absence de qualité de voie de recours de l'opposition : THOMMEN/DIETHELM, 146 ss.

⁴⁴ Art. 355 al. 1 CPP.

⁴⁵ Art. 355 al. 3 CPP.

⁴⁶ Art. 356 al. 1 CPP.

tribunal de première instance qu'il appartiendra de statuer sur la validité de l'ordonnance pénale et de l'opposition dans le cadre de débats et, le cas échéant, de rendre un jugement en bonne et due forme.

IV. Regard criminologique sur l'ordonnance pénale

26. Dans le but d'en savoir davantage sur ces innombrables condamnations sans véritable procès – et donc pour tenter de rendre l'opaque un peu plus transparent –, des chercheurs de l'Université de Zurich et de l'Université de Neuchâtel ont uni leurs forces. Rien n'a été simple, puisqu'il aura fallu trois tentatives – et donc trois projets de recherches successifs – pour enfin décrocher un financement offrant l'opportunité d'entreprendre une étude sur quelque 90%⁴⁷ des « jugements » pénaux rendus par les autorités judiciaires de notre pays.
27. Comme mentionné plus haut⁴⁸, le présent chapitre se fonde ainsi sur une recherche financée par le FNS⁴⁹ et débutée en août 2017. Il sera constitué d'une partie explicative de la méthodologie de récolte de l'information (A), d'une partie descriptive des variables les plus importantes relevées lors de notre prise d'information (B), d'un exposé des hypothèses que nous tenterons de mettre à l'épreuve de la réalité (C), puis d'une partie analytique dans laquelle nous déterminerons si nos hypothèses se confirment ou s'infirment (D).

A. Méthodologie

28. Après avoir déterminé les informations que nous envisageons de récolter et conçu un programme de saisie de l'information, nous avons – avec l'autorisation préalable des autorités judiciaires concernées et sur la base des données cantonales centralisées et informatisées – créé des échantillons représentatifs de l'ensemble

⁴⁷ Voir *supra* N 2, plus particulièrement n. 4.

⁴⁸ Voir *supra* N 2.

⁴⁹ Fonds national suisse de la recherche scientifique, Projet 100011_173368.

des ordonnances pénales criminelles et délictuelles⁵⁰ rendues par les cantons de Berne, Neuchâtel, Saint-Gall et Zurich. Cet exercice a été réalisé pour des périodes de trois ans couvrant les années 2014 à 2016 dans les trois premiers cantons et les années 2015 à 2017 à Zurich, ce en raison d'un changement de système informatique dans ce dernier canton en 2015. Les années retenues l'ont été pour nous assurer d'une part que l'usage de la procédure de l'ordonnance pénale était bien rôdé depuis sa mise en œuvre au 1^{er} janvier 2011⁵¹, tout en garantissant d'autre part également que les cas les plus récents puissent avoir été traités de manière complète⁵² par les autorités judiciaires avant le terme de notre période de prise d'information⁵³.

29. Les tailles des échantillons d'ordonnances pénales sélectionnées dans les divers cantons ont été adaptées au nombre d'ordonnances pénales rendues par les autorités judiciaires cantonales. De surcroît, la proportion de destinataires d'une ordonnance pénale formant opposition étant relativement faible⁵⁴ (5.8% à 13.9% selon le canton, pour une proportion de 10.3% pour l'ensemble des cantons étudiés), alors qu'elle représente un intérêt important pour les chercheurs et les chercheuses en la matière, nous avons décidé de suréchantillonner les ordonnances pénales ayant fait l'objet d'une opposition.
30. La prise d'information concrète a été effectuée par des groupes de chercheuses et de chercheurs qui ont été autorisés à arpenter les archives judiciaires cantonales dans le but d'y trouver les dossiers de ces ordonnances pénales et d'en tirer les renseignements nécessaires à notre étude. Si nous n'avons pas (encore) pu mettre la main sur l'ensemble des dossiers recherchés et que quelques dossiers trouvés ne contenaient pas d'ordonnance pénale ou concernaient

⁵⁰ A l'exception donc des ordonnances pénales rendues à l'encontre d'auteur·e·s de contraventions (pour la distinction entre crimes, délits et contraventions, voir *supra* N 2, principalement n. 2 et 5).

⁵¹ Date de l'entrée en vigueur du CPP unifié.

⁵² C'est-à-dire avoir fait l'objet d'un classement, d'une nouvelle ordonnance pénale ou d'un jugement de première instance en cas d'opposition (art. 355 CPP).

⁵³ La période de saisie de l'information a débuté au début de l'année 2018 et s'est terminée dans le courant de l'année 2020.

⁵⁴ A ce propos, voir également ARN/MOLANGO dans le présent ouvrage, N 35.

exclusivement des contraventions, la très grande majorité des dossiers a aisément pu être consultée et concernait effectivement des ordonnances pénales rendues à la suite de la commission de crimes ou de délits. Les données présentées ici sont ainsi issues de l'état de la base de données au 14 février 2020, comprenant un total de 4'684 ordonnances pénales dont 1'931 ayant fait l'objet d'une opposition.

Rapporté aux échantillons cantonaux, cela nous donne les nombres suivants :

- Berne : 1'287 dont 621 avec opposition ;
- Neuchâtel : 984 dont 367 avec opposition ;
- Saint-Gall : 1'385 dont 529 avec opposition ;
- Zurich : 1'028 dont 414 avec opposition.

31. Il est à relever ici que toutes les considérations qui suivront seront faites sur cet échantillon d'ordonnances pénales encore incomplet. Il se pourrait donc que certains de nos constats soient remis en question lorsque les analyses pourront être refaites sur la base de l'échantillon final. Cela sera particulièrement le cas si les ordonnances pénales retrouvées ultérieurement devaient avoir une caractéristique commune, telle que par exemple le fait qu'il pourrait s'agir de dossiers encore en cours devant un tribunal et qui auraient donc tous fait l'objet d'une opposition. Les résultats contenus dans le présent texte doivent dès lors être considérés comme des résultats intermédiaires qui n'aspirent qu'à être réfutés par des analyses ultérieures, selon la méthode scientifique avérée de la remise en question perpétuelle des connaissances actuelles à l'aune d'hypothèses ou de la réalité nouvelles⁵⁵.
32. Si, dans les dossiers finalement retenus⁵⁶ ($N = 4'684$), 41.2% des affaires ont fait l'objet d'une opposition, il semble par ailleurs utile de rappeler ici que ce taux particulièrement élevé est dû à notre

⁵⁵ Il est fait référence ici à la méthode poppérienne de falsification ; à ce propos, voir POPPER, ainsi que KILLIAS/AEBI/KUHN, N 12 ss.

⁵⁶ Voir *supra* N 30.

procédure de suréchantillonnage des cas dans lesquels le ou la destinataire de l'ordonnance pénale a formé opposition⁵⁷. Lorsque l'on ne considère que l'échantillon de base – c'est-à-dire sans prendre en compte notre suréchantillonnage –, la proportion d'ordonnances pénales ayant fait l'objet d'une opposition n'est que de 10.3%⁵⁸.

B. Les principales variables saisies

33. La liste des informations saisies dans chacun des dossiers est évidemment bien trop longue pour être restituée ici sous la forme d'une énumération exhaustive. Elle comprend néanmoins des données sur l'infraction retenue à l'encontre du ou de la destinataire de l'ordonnance pénale, sur sa personne (sexe, âge, nationalité), sur l'éventuelle présence d'un·e avocat·e, sur la nécessité de recourir à un·e interprète, sur la sanction infligée, sur les frais de justice mis à la charge du ou de la condamné·e, sur l'éventuelle audition de la personne prévenue, de la partie plaignante et de témoins, sur les moyens de preuve mis en œuvre pour justifier la condamnation, sur l'éventuelle opposition, sur le devenir de l'ordonnance pénale en cas d'opposition, etc.
34. Dans un premier temps, nous présenterons quelques éléments purement descriptifs et tenterons par-là de déterminer quel est le profil (1) des personnes à l'encontre desquelles une ordonnance pénale a été rendue, (2) des personnes qui ont formé opposition contre l'ordonnance pénale qui leur a été signifiée, (3) des personnes dont l'opposition a été admise – et à l'encontre desquelles l'ordonnance pénale n'a pas simplement été maintenue par le ministère public ou retirée par l'opposant·e –, puis finalement (4) des personnes ayant vu leur ordonnance pénale admise en leur faveur et qui auraient dès lors été condamnées à tort ou trop sévèrement si elles n'avaient pas formé opposition.

⁵⁷ Voir *supra* N 29.

⁵⁸ A ce propos, voir *supra* N 29.

1. Les destinataires d'une ordonnance pénale

35. Parmi les personnes qui se sont vu notifier une ordonnance pénale, 82.5% sont des hommes pour 17.3% de femmes ; la proportion de nationaux s'élève à 47.6%, les étrangers étant principalement des personnes domiciliées en Suisse, puisque la proportion de personnes sans domicile connu en Suisse ne s'élève qu'à 20.5%.
36. Les infractions retenues sont principalement des délits issus de dispositions contenues dans la Loi sur la circulation routière (LCR ; 49.8% des ordonnances pénales), suivie du Code pénal (CP ; 30.3%), de la Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI ; 14.4%), de la Loi fédérale sur les stupéfiants (LStup ; 12%), et de la Loi sur les armes (LArm ; 2.6%)⁵⁹. Quant aux peines prononcées, elles sont pécuniaires dans 91.3% des cas (9% fermes, 1.4% avec un sursis partiel et 80.9% avec sursis), privatives de liberté dans 6.8% des ordonnances pénales (6.2% fermes et 0.6% avec sursis), de travaux d'intérêt général dans 23.1% des cas (22.4% fermes, 0.1% avec un sursis partiel et 0.6% avec sursis) et d'amendes (au sens de l'article 42 al. 4 CP ou pour une contravention entrant en concours avec l'infraction principale retenue dans l'ordonnance pénale) dans 75% des cas⁶⁰. Des mesures (principalement de confiscation) ont par ailleurs été ordonnées dans 12.5% des ordonnances pénales et des règles de conduite imposées dans 0.5% des cas. Finalement, 4.5% des ordonnances pénales révoquent un sursis antérieurement accordé et 4.3% en prolongent le délai d'épreuve.
37. Parmi les personnes s'étant vu notifier une ordonnance pénale, seules 8% ont eu l'occasion de s'exprimer face à un·e procureur·e avant qu'il ou elle ne la rende... Ce taux très faible de réelle instruction avec droit d'être entendu par la direction de la procédure semble se confirmer lorsque l'on tente de dénombrer les ordonnances formelles d'ouverture de l'instruction, ordonnances

⁵⁹ Le total des pourcentages dépasse 100% car des infractions à plusieurs lois sont parfois retenues dans une même ordonnance pénale.

⁶⁰ Là encore, le total des pourcentages dépasse 100% car certaines ordonnances pénales comprennent plusieurs peines de genres différents.

qui n'ont pu être trouvées par les chercheuses et les chercheurs impliqués dans la prise d'information que dans 6.8% des dossiers de l'échantillon de base⁶¹.

2. Les oppositions à une ordonnance pénale

38. Les oppositions à une ordonnance pénale se caractérisent par la particularité qu'elles sont principalement le fait d'hommes (81.4%) suisses (58.2%), que – toutes nationalités confondues – 91.7% des opposant·e·s résident en Suisse, et que les infractions retenues sont essentiellement liées à la LCR (47%), au CP (38.9%), à la LEI (10.7%) et à la LStup (8.4%)⁶². Quant aux sanctions concernées, il s'agit principalement de peines pécuniaires (87.3% des cas, soit 9.6% fermes, 1.1% avec un sursis partiel et 76.6% avec sursis), de peines privatives de liberté (6.2% des oppositions, soit 6% fermes et 0.2% avec sursis), de travaux d'intérêt général (27.9% des cas, soit 27% fermes, 0.3% avec un sursis partiel et 0.6% avec sursis) et d'amendes (69.5% des cas)⁶³.
39. Dans l'échantillon total⁶⁴, seuls 8.5% des prévenu·e·s ayant formé opposition ont eu l'occasion de s'exprimer face à un·e procureur·e avant que celle-ci ou celui-ci ne rende son ordonnance pénale.
40. Parmi l'ensemble des ordonnances pénales ayant fait l'objet d'une opposition (soit celles de notre échantillon total, y compris le suréchantillonnage), plus d'un tiers (37.4%) ont fait l'objet d'un retrait de l'opposition⁶⁵, un quart (24.4%) ont été maintenues par le ministère public pour faire l'objet d'un jugement, un cinquième (21.1%) ont fait l'objet d'une nouvelle ordonnance pénale, 11.3% des affaires ont été classées, 2.6% ont contraint le ministère public à porter l'accusation devant le tribunal selon la procédure ordinaire, alors que 3.2% ont subi un autre sort (en raison par

⁶¹ C'est-à-dire sans le suréchantillonnage des cas ayant fait l'objet d'une opposition.

⁶² Le total des pourcentages dépasse 100% car des infractions à plusieurs lois sont parfois retenues dans une même ordonnance pénale.

⁶³ Là encore, le total des pourcentages dépasse 100% car certaines ordonnances pénales comprennent plusieurs peines de genres différents.

⁶⁴ Soit celui qui comprend également le suréchantillonnage des cas ayant fait l'objet d'une opposition.

⁶⁵ A ce propos, voir l'art. 356 al. 3 CPP.

exemple d'une opposition tardive ou mal fondée ou d'un défaut de l'opposant·e à une audience).

3. Les oppositions admises

41. Au vu des données présentées dans le paragraphe précédent, 35% des oppositions ont poussé le ministère public à modifier sa décision. Une telle nouvelle décision a été rendue essentiellement à l'encontre d'hommes (81%) suisses (56.4%) ; par ailleurs, 91% des modifications de décision concernent des personnes résidant en Suisse. Ces modifications touchent principalement la LCR (41.6%), le CP (40.2%), la LEI (12.4%) et la LStup (10.2%)⁶⁶. Quant aux sanctions sur lesquelles elles portent, il s'agit principalement de peines pécuniaires (79.5% des cas, soit 8.4% fermes, 0.9% avec un sursis partiel et 70.2% avec sursis), de peines privatives de liberté (6.7% des ordonnances pénales modifiées, soit 6.4% fermes et 0.3% avec sursis), de travaux d'intérêt général (36.5% des cas, soit 35.7% fermes, 0.4% avec un sursis partiel et 0.4% avec sursis) et d'amendes (65.2% des cas)⁶⁷. Ici encore, seuls 8% des prévenu·e·s dont l'opposition a été admise ont eu l'occasion de s'exprimer face à un·e procureur·e avant que celui-ci ou celle-ci ne rende son ordonnance pénale.

4. Les oppositions admises en faveur du ou de la prévenu·e

42. Parmi les oppositions admises, certaines engendrent des peines plus lourdes, alors que d'autres sont suivies d'un classement de l'affaire ou d'une nouvelle ordonnance pénale assortie d'une peine moins sévère que celle proposée dans la première ordonnance pénale. Les personnes ayant pu bénéficier d'une telle « correction » en leur faveur sont essentiellement des hommes (81.2%) suisses (56.1%) ; par ailleurs, 91% des modifications de la décision favorables à la personne prévenue ont été obtenues par des accusé·e·s résidant en

⁶⁶ Le total des pourcentages dépasse 100% car des infractions à plusieurs lois sont parfois retenues dans une même ordonnance pénale.

⁶⁷ Là encore, le total des pourcentages dépasse 100% car certaines ordonnances pénales comprennent plusieurs peines de genres différents.

Suisse. Ces modifications concernent principalement le CP (42%), la LCR (39.4%), la LEI (12.8%) et la LStup (8.7%)⁶⁸. Quant aux sanctions mises en cause, il s'agit principalement de peines pécuniaires (83% des cas, soit 7.5% fermes, 0.4% avec un sursis partiel et 75.1% avec sursis), de peines privatives de liberté (5.7% des ordonnances pénales modifiées en faveur du ou de la prévenu·e, soit 5.5% fermes et 0.2% avec sursis), de travaux d'intérêt général (38.3% des cas, soit 37.3% fermes, 0.6% avec un sursis partiel et 0.4% avec sursis) et d'amendes (66.1% des cas)⁶⁹. Les oppositions admises en faveur de la personne prévenue sont par ailleurs le fruit d'ordonnances pénales rendues sans audition du ou de la prévenu·e par un·e représentant·e du ministère public dans 94.5% des cas.

5. Conclusion intermédiaire

43. On observe ainsi que les personnes de nationalité suisse forment davantage opposition que les personnes qui ne sont pas titulaires d'un passeport rouge à croix blanche. Les premières sont en effet 58.2%⁷⁰ parmi les opposant·e·s, 56.4%⁷¹ parmi celles et ceux qui obtiennent une modification de la décision, et 56.1%⁷² parmi les personnes prévenues concernées par des modifications en leur faveur, alors qu'elles ne sont que 47.6%⁷³ parmi les destinataires d'une ordonnance pénale. Inversement, les personnes sans domicile connu en Suisse (destinataires de 20.5% des ordonnances pénales⁷⁴) ne sont que 8.3%⁷⁵ à former opposition, 9.1%⁷⁶ à obtenir une nouvelle décision de la part du ministère public, et 8.9%⁷⁷ à obtenir

⁶⁸ Le total des pourcentages dépasse 100% car des infractions à plusieurs lois sont parfois retenues dans une même ordonnance pénale.

⁶⁹ Là encore, le total des pourcentages dépasse 100% car certaines ordonnances pénales comprennent plusieurs peines de genres différents.

⁷⁰ Voir *supra* N 38.

⁷¹ Voir *supra* N 41.

⁷² Voir *supra* N 42.

⁷³ Voir *supra* N 35.

⁷⁴ Voir *supra* N 35.

⁷⁵ Voir *supra* N 38.

⁷⁶ Voir *supra* N 41.

⁷⁷ Voir *supra* N 42.

une décision qui leur est favorable de la part du ministère public. Par ailleurs, si la plus grande partie des oppositions concernent la LCR, celles qui aboutissent le plus souvent à une décision favorable à l'accusé·e se rapportent plutôt au CP. Finalement, quant aux peines, la proportion d'oppositions, d'oppositions admises et d'oppositions admises en faveur de la personne prévenue est régulièrement inférieure à la proportion de peines correspondantes proposées par l'intermédiaire d'une ordonnance pénale, ce toutefois à l'exception du TIG pour lequel 21.3% de peines proposées par ordonnance pénale mènent à 38.3% d'oppositions admises en faveur de la personne prévenue.

44. Nous avons par ailleurs pu constater au travers des quelques paragraphes qui précèdent que les ordonnances pénales rendues après audition de la personne prévenue par un·e procureur·e sont rares, puisque leur proportion s'élève à moins de 10%. Appliqué aux quelque 90%⁷⁸ des « jugements » pénaux rendus par les autorités judiciaires de notre pays par la voie de l'ordonnance pénale – et à moins qu'une large majorité des affaires non encore enregistrées dans notre base de données soit composée de cas dans lesquels un·e procureur·e aurait auditionné le ou la prévenu·e avant de rendre son ordonnance pénale⁷⁹ –, ce taux de moins de 10% implique qu'un peu plus de 80% des condamnations délictuelles et criminelles prononcées en Suisse le sont sur la seule base des investigations de la police⁸⁰.

C. Les hypothèses à mettre à l'épreuve de la réalité

45. Pour traiter d'emblée de la question la plus sensible relevée jusqu'ici, mentionnons que parmi les ordonnances pénales ayant fait l'objet d'une opposition, nous avons pu observer que quelque 11% ont été purement et simplement classées⁸¹ par le ministère public à la suite de l'opposition. Ces cas seront évidemment à étudier de près, puisqu'il s'agit de ceux qui, s'ils n'avaient pas fait l'objet d'une

⁷⁸ Voir *supra* N 2, plus particulièrement n. 4.

⁷⁹ A ce propos, voir *supra* N 31.

⁸⁰ A ce propos, voir également ARN/MOLANGO dans le présent ouvrage, N 25.

⁸¹ Voir *supra* N 40.

opposition de la part de leur destinataire, auraient généré des condamnations pénales indues. Ces cas pourraient ainsi être ceux dans lesquels le ministère public aurait lancé une sorte de « ballon d'essai » qui, sans opposition, aurait mené à une condamnation. L'opposition étant en effet à former auprès du ministère public, ce dernier peut sans prendre de risque tenter la condamnation, puis corriger le tir au cas où la personne prévenue ne se laisserait pas condamner de la sorte. Néanmoins, une autre hypothèse explicative pourrait être que ces cas de classements après oppositions sont en réalité des cas dans lesquels une réparation (art. 53 CP), une médiation et/ou un retrait de plainte (art. 33 CP) seraient intervenus⁸². A ces 11.3% d'ordonnances pénales ayant fait l'objet d'un classement à la suite d'une opposition, on peut par ailleurs ajouter les 21.1% qui ont fait l'objet d'une nouvelle ordonnance pénale, dénotant elles aussi qu'un travail d'enquête supplémentaire a été nécessaire postérieurement à la première ordonnance pénale. Finalement, même les mises en accusation à la suite d'une opposition (soit le sort de 2.6% de l'ensemble des oppositions) dénotent d'une ordonnance pénale initiale rendue sans que le travail d'instruction n'ait été complet. Parmi l'ensemble de ces cas qui ont nécessité une « correction » de l'ordonnance pénale initiale (soit plus d'un tiers⁸³ de l'ensemble des oppositions), les plus problématiques sont ceux qui ont généré un classement ou une diminution de peine après opposition, puisque ce sont ceux qui, si le ou la prévenu·e n'avait pas formé opposition, auraient eu pour conséquence une condamnation injuste au détriment de la personne condamnée. Sachant que parmi les oppositions ayant fait l'objet d'une nouvelle ordonnance pénale (soit 21.1% des oppositions) 61.7% ont mené à une diminution de peine⁸⁴, le total des condamnations injustes

⁸² Ceci sans compter que, conformément à l'hypothèse énoncée *supra* N 31, il se pourrait qu'une large majorité des cas non encore enregistrés soient en réalité des affaires portées devant le tribunal, ce qui aurait pour effet de réduire la proportion d'ordonnances pénales suivies d'un classement.

⁸³ Soit 11.3% de classement + 21.1% de nouvelles ordonnances pénales + 2.6% de mise en accusation = 35%.

⁸⁴ Les critères suivants ont été appliqués successivement pour déterminer que la peine de la nouvelle ordonnance pénale était moins lourde que la peine initiale : (1) le remplacement d'une peine délictuelle ou criminelle par une simple amende,

représente 24.3%⁸⁵ des condamnés·es ayant fait opposition, soit près d'un quart des oppositions. Rappelons néanmoins ici une fois encore que toutes ces condamnations que nous avons qualifiées d'injustes ne sont pas forcément des cas dans lesquels le ministère public aurait mal agi, puisque ces cas comprennent également des retraits de plainte du lésé à la suite d'une réparation ou d'une médiation.

46. Parmi les autres hypothèses que nous tenterons de mettre à l'épreuve de nos données, nous nous demanderons : si la présence d'un·e avocat·e au côté de la personne prévenue influence cette dernière dans sa décision de former opposition et, de manière plus générale, si elle lui est bénéfique ; si les oppositions dépendent de la loi retenue dans l'ordonnance pénale ; si elles dépendent de la sanction proposée dans l'ordonnance pénale et, plus particulièrement, si l'octroi ou le non-octroi du sursis joue un rôle dans la décision de former opposition ; si le sexe du ou de la destinataire de l'ordonnance pénale est déterminant dans le choix de former opposition ; si la nationalité de la personne prévenue influence la décision ; ainsi que si le fait d'avoir pu s'expliquer devant un·e procureur·e diminue la nécessité de former opposition.

D. Analyses

1. L'hypothèse du « ballon d'essai »

47. Nous l'avons vu plus haut⁸⁶, en l'état actuel de notre base de données⁸⁷, 11.3% des ordonnances pénales mènent à un classement

(2) le remplacement de l'entier de la peine par une mesure, (3) l'abaissement de la quotité de la peine en considérant (conformément à ce que prévoit le CP) qu'un jour de privation de liberté est équivalent à un jour-amende et à quatre heures de TIG, (4) le maintien de la quotité de la peine, mais l'abandon de la mesure, (5) l'octroi d'un sursis partiel, voire d'un sursis total à une peine de quotité équivalente initialement ferme, (6) l'octroi d'un sursis total à une peine de quotité équivalente initialement prononcée avec un sursis partiel.

⁸⁵ Soit le 61.7% des 21.1% d'oppositions qui ont fait l'objet d'une nouvelle ordonnance pénale (= 13%), auquel on ajoute les 11.3% d'oppositions ayant mené au classement de l'affaire.

⁸⁶ Voir *supra* N 45.

⁸⁷ Voir *supra* N 31.

à la suite d'une opposition et 13% à une nouvelle ordonnance pénale dont la quotité de la peine est plus basse que celle de l'ordonnance pénale initiale. C'est ainsi que, parmi les personnes ayant formé opposition, 11.3% auraient été condamnées à tort et 13% à des peines trop sévères si elles n'avaient pas contesté l'ordonnance pénale. Cela ne nous permet évidemment pas de déterminer – ni même d'estimer – le nombre total de condamnations à tort ou à des peines trop sévères générées par la procédure de l'ordonnance pénale (puisque nous ne savons rien de la pertinence de toutes les ordonnances pénales n'ayant pas fait l'objet d'une opposition), mais cela nous permet tout de même de constater que le ministère public rend des ordonnances pénales sur lesquelles il est ensuite amené à revenir dans bon nombre de cas. Rappelons par ailleurs que ces corrections ne peuvent pas systématiquement être reprochées au ministère public, puisque les cas de retrait de plainte ne sont évidemment pas de véritables erreurs de sa part⁸⁸. Pour la suite du développement, nous les intégrerons toutefois dans la notion d'« erreurs » entre guillemets.

48. Certaines de ces « erreurs » relevées par notre recherche (et donc sans compter toutes les éventuelles erreurs contenues dans des ordonnances pénales n'ayant pas fait l'objet d'une opposition) se font au détriment de la personne prévenue (soit quelque 2.5% de l'ensemble des ordonnances pénales retenues dans notre recherche)⁸⁹ – environ 1.2% étant même des propositions de condamnations à tort⁹⁰ –, alors que d'autres, bien plus rares (quelque 0.6%)⁹¹, sont à porter à son profit. Cela nous mène à un taux d'« erreurs » détectées – et admises par le ministère public lui-même,

⁸⁸ A ce propos, voir *supra* N 45.

⁸⁹ Soit 24.3% des oppositions (suivies d'un classement ou d'une nouvelle ordonnance pénale dont la peine est moins lourde que celle proposée dans l'ordonnance pénale initiale), elles-mêmes formées à l'encontre de 10.3% des ordonnances pénales.

⁹⁰ Soit 11.3% des oppositions (suivies d'un classement de l'affaire), elles-mêmes formées à l'encontre de 10.3% des ordonnances pénales.

⁹¹ Soit 6.3% des oppositions (suivies d'une nouvelle ordonnance pénale dont la peine est plus lourde que celle proposée dans l'ordonnance pénale initiale [3.7%] ou d'une mise en accusation du ou de la prévenu·e [2.6%]), elles-mêmes formées à l'encontre de 10.3% des ordonnances pénales.

puisque celui-ci modifie sa décision initiale à la suite de l'opposition – de quelque 3.1%⁹².

49. Un tel taux d'« erreurs » admises ne pouvant être que le fruit d'un système de justice défectueux, la doctrine⁹³ a émis l'hypothèse dite du « ballon d'essai ». Cette dernière impute le nombre élevé d'ordonnances pénales erronées au fait que le ministère public peut, sans risque majeur de nuire à son image, rendre des ordonnances pénales sans être certain de leur pertinence, puisque l'opposition lui est ensuite transmise et qu'il est dès lors en mesure de corriger lui-même ses erreurs sans avoir à rendre de comptes à quiconque. Il lancerait ainsi un « ballon d'essai » qui consiste à envoyer la balle dans le camp des parties (principalement de la personne prévenue) qui doivent alors réagir si elles ne sont pas d'accord.
50. Nous nous intéresserons ici principalement aux cas les plus problématiques de ces « erreurs », soit celles qui visent à condamner une personne innocente. Ce choix est lié au fait que – lorsqu'elles ne sont pas dues à une décision des parties de s'arranger entre elles⁹⁴ – ces erreurs sont l'aboutissement même de tout ce que les garanties fondamentales de procédure – en particulier celle de la présomption d'innocence⁹⁵ – cherchent à éviter. Bien plus que l'acquiescement d'une personne coupable, elles représentent le point culminant de l'injustice. Pour s'en convaincre au niveau individuel, il suffit de penser à l'absence de critique formulée à l'encontre de la justice à chaque fois que l'on ne se fait pas prendre en roulant trop vite ou en traversant la route en dehors d'un passage pour piétons, mais à la réaction qu'engendrerait chez chacun·e de nous le fait d'être

⁹² Soit 35% des oppositions (suivies d'un classement, d'une nouvelle ordonnance pénale ou d'une mise en accusation du ou de la prévenu·e), elles-mêmes formées à l'encontre de 10.3% des ordonnances pénales, ce qui devrait nous mener à un taux d'erreur de 3.6%. Cependant, parmi les nouvelles ordonnances pénales rendues à la suite d'une opposition, une proportion non négligeable (20.2%, soit 0.5% de l'ensemble des ordonnances pénales) est identique à la première ordonnance pénale quant à la sanction.

⁹³ Concernant cette hypothèse du ballon d'essai, voir THOMMEN MARC, 125 ss ; AEBERSOLD PETER ; LÄMMLI KLAUS BEAT, 52 ss.

⁹⁴ A ce propos, voir *supra* N 45.

⁹⁵ A ce propos, voir l'art. 10 CPP.

condamné·e à une amende pour excès de vitesse un jour où l'on n'a pas fait usage de sa voiture.

51. Les « victimes » de telles ordonnances pénales injustifiées – puisque retirées au bénéfice d'un classement à la suite de l'opposition – sont principalement des hommes (79.4%) suisses (53.2%) ; par ailleurs, 87.2% des modifications de la décision favorables à l'opposant·e ont été obtenues par des personnes résidant en Suisse. Ces modifications concernent principalement le CP (51.9%), la LCR (25.2%), la LEI (16.1%) et la LStup (2.3%)⁹⁶. Quant aux sanctions concernées, il s'agit principalement de peines pécuniaires (78.4% des cas, soit 6.4% fermes et 72% avec sursis), de peines privatives de liberté (5.5% des ordonnances pénales classées, concernant toutes des peines fermes), de travaux d'intérêt général (25.3% des cas, soit 23.9% fermes, 0.5% avec un sursis partiel et 0.9% avec sursis) et d'amendes (59.2% des cas)⁹⁷. Les oppositions suivies d'un classement succèdent par ailleurs à des ordonnances pénales rendues sans audition de la personne prévenue par un·e représentant·e du ministère public dans 95.4% des cas.
52. Comme nous l'avons vu précédemment⁹⁸, si l'on étend l'analyse, non seulement aux propositions de condamnations à tort (pour lesquelles la conséquence de l'opposition a été le classement de l'affaire), mais également à tou·te·s les accusé·e·s dont la peine a été revue à la baisse dans le cadre d'une ordonnance pénale venue remplacer la première à la suite de l'opposition, les ordonnances pénales entachées d'une « erreur » au détriment de la personne prévenue touchent principalement des hommes (81.2%) suisses (56.1%) ; par ailleurs, 91% des modifications de la décision favorables à la personne ayant formé opposition ont été obtenues par des personnes résidant en Suisse. Ces modifications portent principalement sur le CP (42%), la LCR (39.4%), la LEI (12.8%) et

⁹⁶ Le total des pourcentages dépasse 100% car des infractions à plusieurs lois sont parfois retenues dans une même ordonnance pénale.

⁹⁷ Là encore, le total des pourcentages dépasse 100% car certaines ordonnances pénales comprennent plusieurs peines de genres différents.

⁹⁸ Voir *supra* N 42.

la LStup (8.7%)⁹⁹. Quant aux sanctions concernées, il s'agit principalement de peines pécuniaires (83%), de peines privatives de liberté (5.7%), de travaux d'intérêt général (38.3%) et d'amendes (66.1%)¹⁰⁰.

53. Pour terminer, répétons une fois encore que l'analyse que nous venons de présenter a été réalisée sur la base des ordonnances pénales ayant fait l'objet d'une opposition et qui ne se sont dès lors pas concrétisées en de réelles erreurs judiciaires¹⁰¹, puisque la proposition de sanction a pu être corrigée avant son entrée en force. Ces résultats ne peuvent donc en aucun cas être transposés à l'ensemble des ordonnances pénales et il est exclu de pouvoir en déduire que les ordonnances pénales sont inévitablement génératrices d'erreurs judiciaires. En effet, il se pourrait – même s'il va de soi que nous en doutons – que l'ensemble des propositions erronées aient fait l'objet d'oppositions. A notre sens, les constats faits tout au long de ce chapitre qui met le doigt sur l'usage de l'ordonnance pénale comme « ballon d'essai » font toutefois craindre – à tout le moins à titre d'hypothèse – que tel n'est pas le cas et qu'un certain nombre (pour ne pas dire un nombre certain) d'ordonnances pénales n'ayant pas fait l'objet d'une opposition – soit de « ballons d'essais » fructueux diront certain·e·s – sont probablement entachées d'une erreur et représentent dès lors de véritables erreurs judiciaires entrées en force.

2. L'opposition dépend-elle de la présence d'un·e avocat·e ?

54. Dans l'échantillon sur lequel nous avons travaillé¹⁰², seul·e·s 7.5% des prévenu·e·s destinataires d'une ordonnance pénale sont assisté·e·s par un·e avocat·e assurant leur défense (privée pour 6.1% des cas, d'office pour 1.4% des prévenu·e·s)¹⁰³. Dans les cas où il y

⁹⁹ Le total des pourcentages dépasse 100% car des infractions à plusieurs lois sont parfois retenues dans une même ordonnance pénale.

¹⁰⁰ Là encore, le total des pourcentages dépasse 100% car certaines ordonnances pénales comprennent plusieurs peines de genres différents.

¹⁰¹ A ce propos, voir PALUMBO/KUHN, 81 s.

¹⁰² Voir à ce propos les remarques au sujet de notre échantillon, *supra* N 31.

¹⁰³ Pour la différence entre défense privée (ou de choix) et défense d'office, voir les art. 129 et 132 CPP.

a eu opposition, la proportion se monte toutefois à 44.1% (privée pour 40.2% et d'office pour 3.4% des prévenu·e·s, 0.5% sans information à ce propos)... L'avocat·e semble donc être générateur ou génératrice d'opposition, ou alors le ou la destinataire d'une ordonnance pénale a tendance à faire appel à un·e avocat·e lorsqu'il ou elle envisage de former opposition. Quoi qu'il en soit il semble y avoir une forte corrélation entre le fait d'avoir un·e avocat·e et le fait de faire opposition.

55. Dans le but de savoir si l'avocat·e a eu une influence sur l'opposition, il est toutefois important de déterminer au préalable s'il ou elle est intervenu·e avant ou après la formation de l'opposition. Il serait en effet tout aussi logique de se doter d'un·e avocat·e immédiatement après la notification de l'ordonnance pénale – pour se faire conseiller sur la marche à suivre – qu'après avoir formé opposition – dans le but de gérer la procédure devant le tribunal. Néanmoins, seule la première de ces deux situations est propice à répondre à la question de l'influence de l'avocat·e sur la décision de former opposition. Dans notre échantillon d'opposant·e·s assisté·e·s par un·e avocat·e, 27.6% l'ont mandaté·e avant-même de faire opposition, contre 72.4% qui ne se sont approché·e·s d'un·e avocat·e qu'après avoir décidé seul·e·s de former opposition. Ce faisant, il apparaît que les personnes prévenues qui ont un·e avocat·e à leurs côtés au moment de prendre la décision de former ou non opposition sont 36.4% à le faire, contre 9% seulement de celles qui ne sont pas conseillées par un·e professionnel·le, différence évidemment hautement significative ($p \leq .000$).
56. Parmi les opposant·e·s doté·e·s d'une défense¹⁰⁴, 327 (38.4%) retirent leur opposition, 254 (29.8%) voient leur ordonnance pénale maintenue par le ministère public, 103 (12.1%) voient leur affaire classée, 129 (15.2%) voient leur ordonnance pénale remplacée par une nouvelle ordonnance pénale, et 30 (3.5%) cas sont portés devant un tribunal par l'intermédiaire d'une mise en accusation¹⁰⁵. Le fait que l'avocat·e intervienne avant (235 cas) ou après (616 cas) que la

¹⁰⁴ N = 851 dans notre échantillon total comprenant le suréchantillonnage des oppositions.

¹⁰⁵ Dans 8 cas (0.9%), le résultat de l'opposition est différent de ceux mentionnés dans ce paragraphe (par exemple défaut de l'opposant à l'audience).

personne prévenue ait formé opposition n'influence pas significativement la proportion de retraits de l'opposition. Par contre, la proportion d'ordonnances pénales maintenues après opposition passe de 37.4% lorsque l'avocat·e est intervenu·e avant que ne soit formée opposition à 26.9% lorsqu'il ou elle intervient postérieurement à l'opposition et la proportion de mise en accusation passe, elle, de 5.1% à 2.9%. Inversement, le nombre de classements après opposition passe de 6.8% en cas d'intervention de l'avocat·e antérieure à l'opposition à 14.1% lorsqu'elle ou il intervient après, et la proportion de nouvelles ordonnances pénales passe quant à elle de 12.8% à 16.1%. Il semble donc que l'intervention d'un·e avocat·e de la défense est toujours bénéfique, puisqu'elle semble permettre de ne pas tomber dans certains travers lorsqu'elle précède l'opposition, alors qu'elle permet de corriger certains travers liés à l'ordonnance pénale lorsque l'avocat·e intervient postérieurement à la formation de l'opposition.

3. L'opposition dépend-elle d'autres facteurs ?

57. En tentant de déterminer quels sont les facteurs dont dépend le fait de former opposition, on peut constater que les cas dans lesquels l'infraction reprochée à la personne prévenue est une infraction au Code pénal font davantage l'objet d'une opposition que les affaires impliquant une autre loi fédérale (LCR, LStup, LArm, LEI). C'est ainsi que 13.3% des infractions au CP sont contestées par l'intermédiaire d'une opposition, contre 8.9% pour les autres lois fédérales ($p \leq .001$).
58. Quant à la peine contenue dans l'ordonnance pénale, on constate qu'elle semble avoir un léger effet sur le choix de former opposition. En effet, 12% des ordonnances pénales condamnant à une peine privative de liberté font l'objet d'une opposition, contre 9.8% des ordonnances pénales condamnant à une peine pécuniaire et 7.8% des ordonnances pénales condamnant à un travail d'intérêt général ($G = .13 ; p \leq .04$). Par contre, l'octroi ou non du sursis ne semble, quant à lui, pas propre à influencer la décision de former opposition. C'est ainsi que, si les peines sont prononcées avec sursis, la proportion d'opposition est de 9.6% contre 9.5% en cas de peine ferme (NS).

59. Il en va de même du sexe du ou de la destinataire de l'ordonnance pénale. Aucune différence statistiquement significative ne peut en effet être relevée entre les hommes (10.6% d'oppositions) et les femmes (8.7% d'oppositions) en matière de choix de former opposition ou non (NS).
60. Toujours dans le cadre des variables sociodémographiques, le fait d'être de nationalité suisse semble aller de pair avec la contestation de l'ordonnance pénale par la voie de l'opposition, puisque les ressortissant·e·s suisses s'opposent davantage que les personnes étrangères (12% contre 8.7% ; $p \leq .004$).
61. Finalement, il s'avère que le fait d'avoir été entendu ou non par le ou la procureur·e a également une influence non négligeable sur la décision de la personne prévenue de former opposition. C'est ainsi que – contrairement à notre hypothèse qui consistait à penser que le fait de s'entretenir avec un·e procureur·e permet de s'expliquer et/ou de comprendre les raisons pour lesquelles le ministère public rend l'ordonnance pénale – 15% de ceux et celles qui ont eu l'occasion de voir un·e procureur·e avant que l'ordonnance pénale ne soit rendue forment opposition, contre seulement 9.9% de ceux et celles qui n'ont pas été entendu·e·s au préalable ($p \leq .04$). Il ne serait toutefois pas correct d'en conclure que ce résultat explique la raison pour laquelle le ministère public entend si rarement¹⁰⁶ la personne prévenue, puisqu'il serait avantageux pour lui de ne pas l'entendre dans le but d'éviter autant que faire se peut que celle-ci ne forme opposition. En effet, d'autres variables pourraient également intervenir dans la relation entre l'audition et l'opposition, telles que la pertinence des preuves retenues qui pourrait avoir nécessité l'audition et qui motivent également l'opposition.

V. Conclusion

62. Plus de 90% d'affaires pénales de niveau criminel et délictuel – donc sans parler des contraventions – réglées selon une procédure

¹⁰⁶ Seul·e·s 8% des prévenu·e·s ont été entendu·e·s par le ou la procureur·e avant que celui ou celle-ci ne rende son ordonnance pénale (voir *supra* N 37), ce sous réserve évidemment des remarques faites *supra* N 31.

extraordinaire, sans passer par un jugement rendu par un tribunal indépendant¹⁰⁷ ; quelque 80% d'affaires pénales traitées sans même que la personne prévenue n'entre en interaction avec un·e représentant·e du ministère public¹⁰⁸ ; voilà des nombres qui laissent perplexes et qui justifient que l'on se penche un peu plus que cela n'a été le cas jusqu'ici sur la procédure de l'ordonnance pénale.

63. L'un des résultats présentés dans cette contribution – sous réserve de ce que nous apprendront les enregistrements des dernières ordonnances pénales dans notre base de données¹⁰⁹, ainsi que des connaissances supplémentaires sur les raisons de ces classements¹¹⁰ – semble tendre vers la confirmation de l'hypothèse dite du « ballon d'essai », selon laquelle le ministère public rendrait un nombre certain d'ordonnances pénales sans mener une instruction en bonne et due forme car il sait que, s'il y a opposition, l'affaire lui reviendra et il pourra alors corriger sa première appréciation si nécessaire. Selon la conception même de la procédure de l'ordonnance pénale, il délègue ainsi à la personne prévenue la décision d'accepter sa condamnation ou de former opposition, se déchargeant par là même de la décision d'instruire complètement une affaire pour la faire reposer sur le dos du ou de la prévenu·e.
64. Sachant par ailleurs que seul·e·s quelque 10% des destinataires d'une ordonnance pénale forment opposition¹¹¹, l'économie de procédure est énorme, mais au prix de combien de prévenu·e·s choisissant de sacrifier leur innocence plutôt que d'entrer en procédure ? Notre recherche ne permet pas de le savoir¹¹² ; par contre, elle permet de déterminer que, parmi les opposant·e·s, un quart environ¹¹³ voient leur peine diminuée ou leur affaire classée après avoir formé opposition.

¹⁰⁷ Voir *supra* N 2.

¹⁰⁸ Voir *supra* N 44.

¹⁰⁹ Voir *supra* N 31.

¹¹⁰ A ce propos, voir *supra* N 45 et 47.

¹¹¹ Voir *supra* N 32.

¹¹² Voir *supra* N 47 et 53.

¹¹³ Voir *supra* N 47.

65. Ce qui précède nous laisse à penser, premièrement, que la proportion d'ordonnances pénales parmi les condamnations pénales rendues dans notre pays est beaucoup trop élevée, deuxièmement, que l'hypothèse du « ballon d'essai » génère beaucoup trop d'ordonnances pénales « erronées », et finalement, que la manière de procéder actuelle est très probablement à l'origine d'un nombre conséquent de condamnations à tort entrées en force.
66. Dans le but de remédier à ces différents points, le pouvoir législatif serait – à notre sens – inspiré de diminuer le nombre d'ordonnances pénales en rendant les conditions de cette procédure spéciale plus strictes d'une part, et en faisant en sorte que l'opposition ne doivent plus être transmise au ministère public, mais directement au tribunal d'autre part. Une telle manière de faire reviendrait en effet à forcer les procureur·e·s à rendre des ordonnances pénales mieux étayées quant aux faits retenus à charge des prévenu·e·s, à défaut de quoi les représentant·e·s du ministère public se feraient reprendre par le tribunal saisi par l'opposition. Il est en effet bien connu que le fait de retirer à une personne la possibilité d'effectuer des corrections la force à faire juste dès la première tentative¹¹⁴.
67. Un autre enseignement de notre recherche est le fait que la présence d'un·e avocat·e aux côtés de la personne prévenue favorise le bon travail du ministère public¹¹⁵. C'est ainsi que si l'on désire maintenir le système de l'ordonnance pénale tel qu'il existe actuellement (avec un retour de l'ordonnance pénale au ministère public en cas d'opposition et donc la possibilité pour celui-ci de corriger les ordonnances pénales erronées), il serait utile de se demander s'il ne faudrait pas prévoir – comme pour la procédure simplifiée¹¹⁶ – une défense obligatoire¹¹⁷ dans certains cas réglés par ordonnance pénale.

¹¹⁴ S'il existe en effet un droit à l'erreur – voire, en pédagogie, un mode d'apprentissage par essai-erreur –, cette dernière devient néanmoins fautive si celui ou celle qui la commet refuse d'en tirer les enseignements et persévère dans son erreur. A ce propos, voir CUSIN/GOUJON-BELGHIT.

¹¹⁵ Voir *supra* N 56.

¹¹⁶ Art. 358 ss, ainsi que 130 let. e CPP.

¹¹⁷ Art. 130 CPP.

68. Le fait que les remarques qui précèdent suggèrent qu'une « surveillance » du ministère public – soit par le tribunal, soit par un·e avocat·e – serait nécessaire pour améliorer la situation ne permet aucunement de considérer que les procureur·e·s ne font pas correctement leur travail. En effet, lorsqu'une procédure engendre une telle proportion de décisions erronées, ce ne sont pas les compétences des personnes qui prennent les décisions qui sont à pointer du doigt, mais bien la procédure en elle-même.
69. Un point supplémentaire qui plaide, à notre sens, en faveur d'une refonte complète des dispositions sur l'ordonnance pénale est le constat que seul·e·s une dizaine de pourcents des destinataires d'une ordonnance pénale ont eu la possibilité d'en débattre lors d'une audience devant un·e procureur·e¹¹⁸. En d'autres termes, non seulement ces « condamné·e·s » n'ont pas vu de juge, mais ils et elles n'ont pas même eu l'occasion de rencontrer un·e représentant·e du ministère public avant de se voir offrir un délai de dix jours¹¹⁹ seulement pour prendre une décision quant à la suite à donner à l'invitation qu'elles et ils reçoivent à se laisser condamner sans même qu'il ne leur soit indiqué que dite condamnation sera ensuite inscrite au casier judiciaire. Une telle manière de faire engendre une certaine perplexité auprès des auteur·e·s de la présente contribution quant à l'équité de cette manière de dire le juste¹²⁰.

¹¹⁸ Voir *supra* N 44, 61 et 62.

¹¹⁹ Art. 354 al. 1 CPP.

¹²⁰ A ce propos, voir par exemple DONGOIS.

Bibliographie

AEBERSOLD PETER, Die neue Jugendstrafprozessordnung vom 20.3.2009, in : Heer Marianne (édit.), Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Berne 2010, 189 ss

ARN RAPHAËL/MOLANGO ISOLOY, Code de procédure pénale : entre toute puissance du ministère public et responsabilité pénale du procureur, dans le présent ouvrage, xxx ss

CUSIN JULIEN/GOUJON-BELGHIT ANNE, Gérer la tension entre tolérance à l'erreur et management de la performance, in : Actes de la XXVII^e conférence annuelle de l'Association Internationale de Management Stratégique, Montpellier 2018

DONGOIS NATHALIE, La justice est-elle juste ?, Grolley 2006

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne 2018

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE (édit.), Commentaire romand – Code de procédure pénale suisse, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-AUTEUR)

KILLIAS MARTIN/AEBI MARCELO F./KUHN ANDRÉ, Précis de criminologie, 4^e éd., Berne 2019

LÄMMLI KLAUS BEAT, Die Strafverfügung nach solothurnischem Prozessrecht, Thèse, Berne 1983

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (édit.), Basler Kommentar – Schweizerische Strafprozessordnung, 2^e éd., Bâle 2014 (cité : BSK StPO-AUTEUR)

PALUMBO GUGLIELMO/KUHN ANDRÉ, Projet Innocence Suisse – ou lorsque la justice pénale condamne à tort, in : Revue de l'avocat 2020 II 80 ss

PIETH MARC, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3^e éd., Bâle 2016

POPPER KARL, Logik der Forschung, Vienne 1935

RIKLIN FRANZ, Urteilsöffnung beim Strafbefehl, in : Zen-Ruffinen Piermarco (édit.), Mélanges en l'honneur de Pierre-Henri Bolle, Bâle/Genève/Munich 2006, 115 ss

RIKLIN FRANZ, Strafbefehlsverfahren – Effizienz auf Kosten der Rechtsstaatlichkeit ?, *Revue de la société des juristes bernois* 2016 (152) VII/VIII, 475 ss

THOMMEN MARC, Kurzer Prozess – fairer Prozess ? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Berne 2013

THOMMEN MARC/DIETHELM CHRISTINA, Vier Thesen zum Rechtsschutz in : Kurzverfahren, *Revue Pénale Suisse* 2015 (133) II, 145 ss