

Dr. Niklaus Oberholzer  
Kantonsgerichtspräsident  
Klosterhof 1  
9001 St. Gallen

Tel. 071 229 32 47  
niklaus.oberholzer@sg.ch

Commission de gestion  
du Conseil national  
Secrétariat  
3003 Berne

**Texte original en allemand**

Saint-Gall, le 5 juin 2008

**Le droit à l'information des commissions de gestion de l'Assemblée fédérale en matière de poursuite pénale analysé sous l'angle de la procédure pénale : avis de droit commandé par la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N)**

Monsieur le Président,  
Madame, Monsieur,

Vous avez chargé le professeur Giovanni Biaggini et le soussigné de rédiger chacun un avis de droit destiné à la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) devant permettre de déterminer, d'abord, la marge d'interprétation possible du droit en vigueur s'agissant de l'articulation entre droits à l'information des commissions de gestion des Chambres fédérales (CdG) d'une part et l'indépendance de la Justice d'autre part ; ensuite, l'opportunité de préciser ou non la loi sur le Parlement (LParl) – ou d'autres lois – à cet égard. Il s'agissait notamment de répondre aux questions suivantes :

1. Comment s'articulent le secret de l'instruction et le droit à l'information des CdG ? Quelle est la portée du secret de l'instruction au regard du droit à l'information des CdG ?
2. La séparation constitutionnelle des pouvoirs se traduit-elle par une limitation du droit à l'information des CdG ? Qu'en est-il en particulier à l'égard des tribunaux fédéraux et des organes de poursuite pénale de la Confédération (Ministère public de la Confédération, Police judiciaire fédérale et Office des juges d'instruction fédéraux) ?
3. Comment s'articulent la haute surveillance parlementaire et la surveillance judiciaire que le Tribunal pénal fédéral exerce sur le Ministère public de la Confédération et l'Office des juges d'instruction fédéraux ? Qu'en est-il lorsqu'une enquête est diligentée par les CdG ? Dans quelle mesure l'art. 156, al. 3, LParl influe-t-il sur cette question ?
4. Quelle est la portée de l'art. 102<sup>quater</sup>, al. 4, de la loi fédérale sur la procédure pénale (PPF) par rapport à la loi sur le Parlement (LParl) ? La LParl est-elle une loi au sens de l'art. 102<sup>quater</sup>, al. 4, PPF ? Qu'en est-il du secret de l'instruction en vertu du nouveau Code de procédure pénale suisse (CPP) ? Au titre de l'entraide judiciaire ou administrative, les CdG ont-elles le droit, voire sont-elles tenues de transmettre des pièces relatives à leurs enquêtes à des tribunaux fédéraux ou cantonaux et, le cas échéant, à quelles conditions ?

Alors que le professeur Biaggini a examiné la problématique de l'articulation des droits parlementaires en matière de surveillance et du principe de séparation des pouvoirs plutôt sous l'angle constitutionnel (questions 1 et 2), j'ai pour ma part abordé les questions posées dans la perspective de la procédure pénale (questions 3 et 4).

## 1. Secret de l'instruction et droit à l'information du Parlement

### 1.1 Secret de l'instruction et secret de fonction

Ni les codes de procédure pénale cantonaux, ni la PPF ne précisent explicitement la notion de secret de l'instruction (voir notamment l'arrêt du 18 décembre 2007 de la 1<sup>er</sup> Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral, p. 6).

La littérature et la jurisprudence opposent généralement la notion de **secret** de l'instruction au principe de la publicité sous ses deux formes, à savoir la publicité réservée aux parties et l'ouverture de la procédure au public (Hauser/Schweri/Hartmann, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 6<sup>e</sup> édition, Bâle 2005, pp. 235 s. N 5 ss. ; Schmid, *Strafprozessrecht*, 4<sup>e</sup> édition, Zurich 2004, N 155 ss.). La teneur du secret de l'instruction n'est pas définie de manière positive et ses contours découlent des deux limites qui lui sont opposées : la publicité réservée aux parties durant l'instruction et l'ouverture de la procédure au public durant les débats de première instance.

Le droit à la **publicité des débats judiciaires** garanti par la Constitution et le droit international (respectivement art. 30, al. 3, de la Constitution [Cst.] et art. 6, ch. 1, de la Convention européenne des droits de l'homme [CEDH]) est synonyme de refus de toute justice de cabinet. Pour l'accusé et les autres parties au procès, le contrôle exercé par l'opinion publique garantit un bon déroulement de la procédure et le respect du droit. Cette publicité a également pour but de renseigner l'opinion publique sur la manière dont la Justice est administrée et rendue. Elle crée la transparence et renforce la confiance du public dans la Justice (ATF 124 IV 238 ; 121 II 28).

La procédure n'est publique qu'à partir de l'ouverture des débats devant la première instance. Durant la procédure préliminaire, le public est exclu de la réquisition des preuves ; la publicité est alors **limitée aux parties**. Les droits des parties garantis par la loi donnent aux parties à la procédure le droit de prendre connaissance du dossier, de prendre part aux actes d'instruction et, d'une manière générale, à la procédure. En allemand, l'expression *beschränkte Parteiöffentlichkeit* (NDT : outre le sens de publicité limitée aux parties, cette expression a aussi le sens de publicité limitée des parties) est quelque peu ambiguë dans la mesure où elle constitue également une référence historique aux procès de l'Inquisition du Moyen Age et au secret de la procédure opposée aux parties.

Le principe du secret de l'instruction ne s'étend donc pas au-delà de l'obligation générale de **respecter le secret de fonction**. Ce principe n'est rien d'autre qu'une règle permettant de tenir compte des exigences particulières de la procédure pénale. L'obligation de respecter le secret de fonction est levée par la publicité de la procédure de jugement (audience et prononcé du jugement). Les exceptions inscrites dans la loi mises à part, l'obligation de respecter le secret de fonction s'applique à toute l'instruction mais, contrairement à ce qui était le cas des procès de l'Inquisition, elle ne peut être opposée aux parties. Demeurent toutefois réservées les possibilités légales qui permettent de limiter les droits des parties durant l'instruction – en particulier de limiter leur accès aux pièces – dans l'intérêt de l'enquête.

## 1.2 Secret de l'instruction en vertu du nouveau CPP

Dans le nouveau Code de procédure pénale suisse (CPP), il n'est pas question de *secret de l'instruction*, mais d'*obligation de garder le secret* comme le mentionne le titre de l'art. 73. Le premier alinéa de cet article dispose que « les membres des autorités pénales, leurs collaborateurs, ainsi que leurs experts commis d'office gardent le silence sur les faits qui parviennent à leur connaissance dans l'exercice de leur activité officielle », reprenant ainsi le principe général de respect du secret de fonction.

## 1.3 Notion du secret de fonction dans le droit pénal

L'obligation de respecter le secret de fonction découle en règle générale des dispositions idoines du droit administratif ou du droit de procédure. Etant donné que l'art. 320 du Code pénal suisse (CP) punit la **violation du secret de fonction**, cette notion est par conséquent essentiellement marquée par la littérature et la jurisprudence pénales.

L'art. 320, ch. 2, CP dispose expressément que la révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le **consentement écrit de l'autorité supérieure**. Dans la mesure où le secret de fonction est applicable au sein de l'administration, un fonctionnaire invité à témoigner de constatations faites dans l'exercice de sa fonction ou à remettre des documents officiels a toujours besoin du consentement de l'autorité supérieure. En revanche, il n'est pas nécessaire d'obtenir un tel consentement lorsque la loi prévoit un droit à l'information, une obligation de renseigner ou une obligation d'accorder l'entraide administrative ou judiciaire.

Les motifs justifiant la rupture du secret de fonction occupent une place prépondérante. Pour ce qui concerne les motifs généraux – légaux ou extra-légaux – il suffit de penser notamment à l'**art. 14 CP** en vertu duquel un acte autorisé ou non punissable en vertu de la loi ou exécuté en conséquence d'un devoir de fonction ou professionnel ne saurait constituer un crime ou un délit. De nombreux textes du droit public soumettent les autorités à des droits et des devoirs en matière d'information. Au-delà de l'entraide administrative et judiciaire, le droit public prévoit également diverses obligations de déclaration à l'égard d'autorités pénales, administratives ou autres (*BSK Strafrecht II - Oberholzer*, Art. 320 N 11).

A cet égard, il faut encore tenir compte du fait que, pour se décharger, le fonctionnaire peut invoquer tous les motifs justificatifs reconnus par la jurisprudence et la doctrine. Cela vaut en particulier pour la **sauvegarde d'intérêts légitimes** développée par la jurisprudence. Sur ce point, le Tribunal fédéral a toujours tenu compte de la proportionnalité entre moyens et but et a toujours refusé de reconnaître l'existence d'un motif justifiant la rupture du secret tant que, pour sauvegarder de tels intérêts, l'auteur aurait eu la possibilité de recourir à d'autres moyens raisonnablement exigibles de sa part. Un fonctionnaire ne saurait donc rendre un secret public sans avoir auparavant épuisé tous les moyens légaux disponibles, en particulier les voies de service, qui lui auraient permis d'éviter un manquement aux devoirs de fonction ou d'autres abus dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (ATF 94 IV 67 ; voir aussi 114 IV 48).

## 1.4 Secret de fonction au sein de l'administration

Il ne peut *a priori* être question de violation (pénalement répréhensible) du secret de fonction que si un secret a été révélé à un **tiers non habilité** (*BSK Strafrecht II - Oberholzer*, Art. 320 N 9). Le secret de fonction est également applicable à la transmission d'informations non seulement entre différentes autorités, mais aussi entre différentes branches d'une même administration. Toutefois, dans la mesure où la

révélation est prévue par la loi ou justifiée pour des raisons de service, l'obligation de respecter le secret de fonction envers l'autorité ou le service de l'administration en question est levée (ATF 114 IV 47 s.). Cela est en particulier le cas de toutes les communications transmises par la voie de service ordinaire ou au titre de l'entraide administrative ou judiciaire. L'information d'un supérieur ne constitue pas une violation du secret de fonction à ce titre – même lorsque la voie de service n'a pas été suivie – dans la mesure où les faits révélés à ce supérieur l'ont été dans l'idée que cela lui sera nécessaire pour accomplir sa tâche (ATF 116 IV 65 s.).

Alors que, les exceptions susmentionnées mises à part, le secret de fonction est d'une façon générale opposable aux tiers et au sein de la ligne hiérarchique, les procédures auxquelles plusieurs autorités chargées de différentes tâches participent peuvent déroger à ce principe. Il est ainsi incontesté que le secret de fonction ne peut être opposé aux autorités et instances (telles que police, Ministère public, tribunal ou instance de recours) intervenant **à divers titres** dans une même procédure pénale (Oberholzer, *Grundzüge des Strafprozessrechts*, 2<sup>e</sup> édition, Berne 2005, p. 380, N 870).

Aujourd'hui, il est donc établi que les autorités et fonctionnaires sont autorisés à informer l'autorité que la loi charge de leur surveillance au sujet de faits soumis au secret de fonction. En revanche, les conditions auxquelles une autorité de surveillance est non seulement habilitée à être informée de faits soumis au secret de fonction, mais peut aussi exiger de telles informations, demeurent peu claires.

## 1.5 Secret de fonction et exercice de la surveillance parlementaire

### 1.51 Dispositions légales régissant la surveillance parlementaire

En vertu des compétences inscrites dans la Constitution, l'Assemblée fédérale exerce la haute surveillance sur le Conseil fédéral et l'administration fédérale, les tribunaux fédéraux et les autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération (art. 169, al. 1, Cst.). Chaque conseil institue des commissions en son sein (art. 153, al. 1, Cst.). Afin de pouvoir accomplir leurs tâches, les commissions ont le droit d'obtenir des renseignements, de consulter des documents et de mener des enquêtes. La loi définit les limites de ce droit (art. 153, al. 4, Cst.). Le secret de fonction ne constitue pas un motif qui peut être opposé aux délégations particulières des commissions de contrôle [DélCdG] prévues par la loi (art. 169, al. 2, Cst.).

En application des principes constitutionnels, la loi sur le Parlement (LParl) institue en matière d'information une **gradation** des droits des commissions parlementaires : de l'instrument de base jusqu'aux droits à l'information illimités, elles jouissent de droits adaptés à l'exercice de leurs attributions (Kiener, *Die Informationsrechte der parlamentarischen Kommissionen gegenüber Regierung und Verwaltung*, in : *Parlement 3/2000*, p. 8 ; Von Wyss, *Zusammenstellung der kantonalen gesetzlichen Regelungen betreffend die Informationsrechte des Parlaments und seiner Organe gegenüber der Regierung und der Verwaltung*, in : *Parlement 3/2000*, p. 24).

L'art. 26, LParl reprend le principe constitutionnel de la haute surveillance parlementaire (al 1) en précisant notamment que la **haute surveillance** doit être exercée dans le respect de la légalité, de la régularité, de l'opportunité, de l'efficacité et de l'efficience économique (al. 3). Le fait que la haute surveillance n'a pas la compétence d'annuler ou de modifier une décision et qu'elle ne peut exercer aucun contrôle sur le fond des décisions judiciaires – contrairement aux décisions de l'administration – constitue la seule limite à laquelle elle est soumise (al. 4). En vertu de l'art. 52 LParl, les CdG exercent la haute surveillance sur la gestion (al. 1) principalement sous l'angle de la légalité, de

l'opportunité et de l'efficacité. L'exercice de la surveillance des activités relevant de la sécurité de l'Etat et du renseignement ressortit à la DélCdG (art. 53, al. 2, LParl).

L'art. 150 LParl régit le **droit général à l'information** des commissions et de leurs sous-commissions. Elles sont habilitées à inviter le Conseil fédéral à les renseigner par oral et à leur remettre des rapports et des documents et, avec l'accord de ce dernier, à interroger des personnes au service de la Confédération (al. 1). Elles peuvent en revanche se voir refuser des informations sur lesquelles le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision ou qui doivent rester secrètes pour des raisons relevant de la sécurité de l'Etat ou du renseignement (al. 2). Les commissions sont tenues de prendre toutes les mesures appropriées pour garantir le maintien du secret. Elles peuvent notamment décider de restreindre à une sous-commission la transmission d'informations soumises au secret de fonction (al. 3).

L'art. 153 LParl accorde des droits à l'information supplémentaires aux **commissions de surveillance** et leur donne en particulier le droit d'interroger directement tous services, autorités ou personnes assumant des tâches pour le compte de la Confédération et d'obtenir qu'ils leurs remettent tous documents dont elles ont besoin (al. 1) et, dans la mesure où l'exercice de leurs attributions en matière de haute surveillance l'exige, de demander à des personnes ou des services extérieurs à l'administration fédérale qu'ils leur fournissent des renseignements ou des documents (al. 2). A la différence du droit général d'information des commissions, les commissions de surveillance n'ont pas besoin de l'accord du Conseil fédéral pour interroger des personnes au service de la Confédération, elles sont seulement tenues de l'informer de leur intention et, s'il en fait la demande, elles doivent l'entendre avant que la personne leur fournisse des renseignements ou des documents (al. 3). En cas de divergences sur l'étendue des renseignements et des documents demandés, les commissions de surveillance statuent définitivement sur l'exercice de leur droit à l'information (al. 4). Comme les autres commissions, les commissions de surveillance ne peuvent consulter ni les documents sur lesquels le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision, ni les documents qui doivent rester secrets pour des raisons relevant de la sécurité de l'Etat ou du renseignement (al. 4). Seule la DélCdG est habilitée à consulter de tels documents (art. 154 LParl). Par ailleurs, les commissions de surveillance sont elles aussi tenues de prendre toutes mesures appropriées pour garantir le maintien du secret ou, si leur droit à l'information n'est pas suffisant pour leur permettre d'exercer leurs attributions en matière de haute surveillance, elles peuvent charger leurs délégations d'élucider une question particulière (al. 5).

La LParl règle clairement le « droit d'obtenir des renseignements, de consulter des documents et de mener des enquêtes » des commissions parlementaires énoncé par l'art. 153, al. 4, Cst. Les commissions de surveillance, et en particulier les CdG, disposent du **droit absolu** d'exiger de tous services, autorités ou personnes assumant des tâches pour le compte de la Confédération et des personnes ou des services extérieurs à l'administration fédérale (notamment des cantons ou des communes) de leur fournir toutes les informations et documents dont elles ont besoin pour exercer leurs attributions. Mis à part les exceptions – qui seront encore abordées plus loin – relatives aux informations sur lesquelles le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision ou qui doivent rester secrètes pour des raisons relevant de la sécurité de l'Etat ou du renseignement, la loi ne prévoit pas de restriction au droit à l'information des commissions. Elle ne fait pas de différence entre catégories d'autorité (telles qu'administration générale, Ministère public de la Confédération ou tribunaux fédéraux) et ne distingue pas les objets d'examen (tels que procédures closes ou procédures pendantes). La seule limitation du droit à l'information est de nature matérielle puisque, à la différence de la DélCdG, les commissions de gestion n'ont pas accès aux informations sur lesquelles le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision ou qui

doivent rester secrètes pour des raisons relevant de la sécurité de l'Etat ou du renseignement.

En vertu du droit en vigueur, le secret de l'instruction pénale (qui n'est rien d'autre que l'obligation faite aux autorités de poursuite pénale de respecter le secret de fonction) ne peut être opposé aux commissions de surveillance. Celles-ci **décident elles-mêmes** des objets de leurs investigations ainsi que de la nécessité, de la pertinence et de l'opportunité des informations ou documents qu'elles demandent. Le Conseil fédéral peut certes demander à être entendu avant les personnes interrogées, mais il ne dispose d'aucun droit de veto (art. 153, al. 3, LParl). En outre, toute personne au service de la Confédération est tenue de donner des renseignements complets et véridiques et de donner toutes les références aux documents utiles (art. 156, al. 1, LParl).

Voir l'avis de droit du professeur Giovanni Biaggini pour ce qui concerne la question de la limitation du droit à l'information qui pourrait découler de la séparation constitutionnelle des pouvoirs.

### 1.52 Secret de fonction des commissions parlementaires de surveillance

Il ressort des constatations ci-dessus que les commissions parlementaires de surveillance disposent d'un droit à l'information étendu et qu'en cas de divergences, elles statuent librement sur la nature et sur l'étendue de ce droit ainsi que sur leurs pouvoirs d'investigation. Cela ne signifie pas pour autant que les commissions de surveillance ont le droit de disposer librement des informations dont elles ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Elles sont au contraire tenues de traiter ces informations en tenant équitablement compte des intérêts publics (maintien du secret) ou privés (protection de la personnalité) en jeu. Elles doivent en particulier veiller à ne pas nuire au bon fonctionnement du gouvernement, de l'administration et de la justice (Kiener, loc. cit., p. 8).

Pour pouvoir exercer leurs droits et assumer leurs obligations en matière de surveillance, les commissions de surveillances ont besoin d'informations détaillées. Elles doivent pouvoir examiner les décisions de l'administration et avoir accès aux informations qui en rendent compte (Kiener, loc. cit., p. 6). Leurs membres sont cependant liés au secret de fonction (art. 8, LParl). Les commissions de surveillance sont en outre tenues de prendre toutes les mesures appropriées pour garantir le maintien du secret. Ces mesures appropriées peuvent être de nature diverse. La loi mentionne la possibilité de communiquer les informations soumises au secret uniquement à une sous-commission (art. 150, al. 3, LParl) ou de charger la DélCdG d'élucider une question particulière (art. 153, al. 5, LParl). De nombreuses autres mesures sont envisageables. Ainsi, dans certaines circonstances, les commissions peuvent suspendre l'exercice de la surveillance jusqu'à l'issue d'une enquête pénale préliminaire ou d'une procédure pénale (voir aussi art. 145a LParl). L'obligation de respecter le secret de fonction est particulièrement importante lors du rapport qu'elles font au conseil dont elles dépendent (art. 44, al. 2, LParl). Elles doivent éviter avec soin que leur rapport contrarie d'autres procédures, compromette des intérêts justifiés en matière de maintien du secret ou porte atteinte aux droits de la personne de manière inadmissible.

Si les commissions de surveillance sont tenues de prendre des mesures appropriées pour garantir le maintien du secret, cette obligation ne concerne que le traitement et l'usage qu'elles font des informations obtenues, **mais ne limite en rien leur droit d'accès** à de telles informations. Pour assurer le respect de l'obligation de respecter le secret de fonction, les commissions ou certains de leurs membres peuvent renoncer à prendre connaissance de certaines informations ou à consulter certains documents. Le risque (toujours possible) qu'une commission ou certains de ses membres ne

parviennent pas à respecter leurs obligations en matière de secret peut, certes, inciter les commissions à faire preuve d'une certaine retenue lors de la réquisition d'information, mais il ne donne en aucun cas le droit aux organes et agents assujettis à la surveillance de refuser de fournir des informations ou des documents.

## 2. **Limitation du droit à l'information en raison de la séparation des pouvoirs**

A ce sujet, voir l'avis de droit du professeur Giovanni Biaggini.

## 3. **Surveillance directe et haute surveillance parlementaire**

### 3.1 **Indépendance de la haute surveillance parlementaire**

La surveillance parlementaire se distingue de la surveillance directe exercée par le gouvernement sur l'administration et par les tribunaux sur les instances qui leur sont subordonnées. Alors que la surveillance directe est assortie d'une compétence de décision et de donner des instructions, la haute surveillance parlementaire ne peut exercer aucun pouvoir direct sur l'objet de surveillance (Mastronardi, *St. Galler Kommentar zu Art. 169 BV*, N 5). Le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral mis à part, les autorités administratives et judiciaires sont soumises à un contrôle et une surveillance hiérarchiques **directs**.

Le contrôle et la surveillance s'exercent par la **voie de recours** qui permet aux personnes ou instances directement touchées par une ordonnance ou une décision de saisir l'instance supérieure ou un tribunal. L'instance de recours a alors la possibilité de procéder à un examen matériel et d'annuler ou de modifier l'ordonnance ou la décision en question. En plus de cette forme de surveillance directe et cas par cas, la gestion des instances administratives et judiciaires inférieures est en règle générale sujette à une surveillance générale exercée dans le cadre de l'organisation hiérarchique des autorités. L'autorité supérieure a, sous réserve des compétences définies par la loi, la compétence de donner des **instructions générales** aux autorités qui lui sont subordonnées et de leur demander des comptes.

La surveillance judiciaire ou administrative immédiate sert d'autres fins que la haute surveillance parlementaire. La surveillance judiciaire consiste en l'examen de l'application du droit effectué à la demande des parties à une procédure concrète et la surveillance administrative porte essentiellement sur l'organisation, l'infrastructure et le pouvoir hiérarchique. Pour sa part, la **haute surveillance parlementaire** porte sur une appréciation générale de l'accomplissement des tâches publiques sous l'angle de la légalité, de la régularité, de l'opportunité de l'efficacité et de l'efficience économique (art. 26, al. 3, LParl).

La haute surveillance parlementaire est exercée **indépendamment** des droits directs et indirects des instances de contrôle prévues par l'organisation hiérarchique des autorités. Les commissions de surveillance ont le droit d'exercer la haute surveillance sur le Conseil fédéral, l'administration fédérale et les tribunaux fédéraux même si l'administration et les tribunaux de première instance sont assujettis à une surveillance directe exercée respectivement par le Conseil fédéral et par le Tribunal fédéral (avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 13 décembre 2004, in : JAAC 69.48).

### 3.2 Exercice de la haute surveillance parlementaire sur la Justice

En vertu de la Constitution, les tribunaux fédéraux sont assujettis à la même haute surveillance exercée par l'Assemblée fédérale que le Conseil fédéral et l'administration fédérale (art. 169, al. 1, Cst.). Dans son rapport du 28 juin 2002 (Haute surveillance parlementaire sur les tribunaux fédéraux, FF 2002, 7077 ss.), la Commission de gestion du Conseil des Etats (CdG-E) s'est exprimée de façon approfondie sur la surveillance exercée sur la Justice. Elle a notamment souligné qu'il fallait accorder une grande importance au principe de l'**indépendance judiciaire** et que la gestion administrative et la marche des affaires de la Justice constituaient le principal objet de cette surveillance. La CdG-E a insisté sur le fait que, les cas de déni de justice formel, de retard injustifié et de procédure extrêmement longue exceptés, le Parlement n'a pas la compétence de se pencher sur des procédures qui ne sont pas closes. La CdG-E a encore précisé que la haute surveillance peut prendre connaissance du contenu des procédures closes pour contrôler les effets et l'efficacité de l'activité légiférante et discuter des tendances de la jurisprudence avec les autorités judiciaires.

Le rapport mentionne que la littérature fait aussi état d'une conception élargie accordant à la haute surveillance une marge de manœuvre et une liberté d'appréciation plus étendue sur certains points et que les tenants de cette conception plaident avant tout pour une haute surveillance investie de droit à l'information étendu, notamment le droit de requérir des renseignements auprès des autorités judiciaires sur la jurisprudence et le droit de prendre connaissance de pièces de procédures. La CdG-E conclut que si la haute surveillance sur la Justice est caractérisée par des rapports conflictuels entre la garantie de l'indépendance judiciaire inscrite dans la Constitution et le devoir de veiller à ce que la Justice fonctionne dans le respect des lois et de l'efficacité économique, elle ne se différencie malgré tout pas fondamentalement de la haute surveillance exercée sur le Conseil fédéral et l'administration ; les CdG ne peuvent en effet ni annuler ni modifier des décisions, qu'elles aient été prises par le pouvoir judiciaire ou par le pouvoir exécutif.

Guldener (*Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zurich 1979, p. 6) a, lui aussi, estimé que l'extension du droit de surveillance à l'examen de la légitimité de décisions et, partant, à leur contenu ne remet pas l'indépendance judiciaire en cause. Seiler (*Die Oberaufsicht der Parlamente über die Justiz: Die Interessenlage der Parlamente*, in : Parlement 3/2002, p. 8) va dans le même sens lorsqu'il estime que la haute surveillance parlementaire doit également suivre la jurisprudence sous un angle matériel, mais jamais sous celui de **cas d'espèce**. Selon Seiler, le rôle du Parlement n'est pas d'examiner des cas particuliers tranchés par les tribunaux et encore moins d'annuler leurs décisions ou d'intervenir dans le jugement d'affaires en cours ; en revanche, la haute surveillance a non seulement le droit, mais encore le devoir de suivre les tendances de la jurisprudence, et cela également sous l'angle matériel (voir aussi Schweizer, „Beaufsichtigte“ Justiz?, in : Parlement 3/2002, p. 5).

### 3.3 Exercice de la haute surveillance parlementaire sur le Ministère public de la Confédération

#### 3.31 Surveillance directe exercée sur le Ministère public de la Confédération

A la différence des autres autorités administratives et judiciaires, le Ministère public de la Confédération fait actuellement l'objet d'une **surveillance scindée** (voir Mettler, *Staatsanwaltschaft*, Bâle 2000, p. 11). La bipartition de la surveillance est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002 dans le cadre de la mise en œuvre du projet d'efficacité. La surveillance judiciaire a été confiée à la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral (art. 11 aPPF) alors que la surveillance administrative demeure du ressort du Conseil fédéral (art. 14, al. 1, PPF). Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2004, c'est la Cour des plaintes du Tribunal



pénal fédéral (en lieu et place de la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral) qui exerce la surveillance judiciaire sur le Ministère public de la Confédération (art. 28, al. 2, de la loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral [LTPF]).

La bipartition de la surveillance exercée conjointement par le Tribunal pénal fédéral et le Conseil fédéral témoigne du statut accordé au Ministère public de la Confédération qui est unité administrative particulière tant il est vrai qu'il s'agit d'une autorité autonome, **à la charnière de l'administration et de la Justice** (voir Pfund, *Geschichte und Stellung der Staatsanwaltschaft im st. gallischen Recht*, Dornbirn 1921, pp. 45 s.). La surveillance administrative exercée par le Conseil fédéral englobe la gestion administrative et la marche des affaires et se limite en règle générale à l'examen d'événements de nature à mettre en cause le bon fonctionnement du Ministère public de la Confédération (Mettler, loc. cit., p. 14). Le Conseil fédéral ne dispose d'aucun droit de donner des instructions de nature judiciaire (voir ATF 107 Ia 255). Dans la mesure où certains cantons accordent à leur gouvernement un droit limité de donner des instructions de nature judiciaire, ce droit est en règle générale limité à la compétence de fixer les priorités de la poursuite pénale, d'une part, et d'autre part, de demander au Ministère public d'ouvrir une enquête pénale - mais pas d'y renoncer (Hauser/Schweri/Hartmann, loc. cit., p. 97, N 13; Schmid, loc. cit., p. 33, N 101).

Fondamentalement, la bipartition de la surveillance exercée sur le Ministère public de la Confédération n'a aucune influence sur le droit à l'information des commissions de surveillance (voir chiffre 3.1).

### 3.32 Avis de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral

En sa qualité d'autorité de surveillance judiciaire du Ministère public de la Confédération, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral a, dans sa **décision du 18 décembre 2007**, pris position sur la façon dont s'articulent les droits et obligations en matière d'information du Ministère public de la Confédération et le droit à l'information des CdG. Elle est parvenue à la conclusion que l'introduction au 1<sup>er</sup> janvier 2002 de la bipartition de la surveillance directe avait renforcé l'indépendance du Ministère public et que, en conséquence et eu égard à l'indépendance du procureur général lors de ses réquisitions (art. 14, al. 2, PPF), l'autorité de surveillance administrative ne saurait avoir le droit de consulter les pièces d'une enquête judiciaire en cours. La Cour des plaintes a estimé que la haute surveillance parlementaire ne pouvant être plus étendue que la surveillance exercée par le Conseil fédéral, la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) ne pouvait pas non plus avoir le droit d'obtenir des informations concernant une enquête judiciaire en cours et que si son droit à l'information était insuffisant et ne lui permettait pas d'assumer ses obligations, elle pouvait charger la DéICdG d'élucider une question particulière.

La première question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure cet avis de la Cour des plaintes lie la CdG voire si, en vertu de la séparation des pouvoirs, la CdG est habilitée à commenter la décision de la Cour des plaintes. Certes, d'un point de vue formel, la Cour des plaintes a rendu sa décision dans le cadre de la surveillance judiciaire qu'elle exerce sur le Ministère public de la Confédération. D'un point de vue matériel en revanche, elle s'est prononcée sur la question de savoir dans quelles circonstances celui-ci est autorisé à transmettre à la CdG-N des documents relatifs à une enquête judiciaire en cours. Sa décision constitue une intervention directe dans le droit à l'information d'une commission parlementaire de surveillance et le restreint de manière considérable.

La décision en question ne tranche pas une cause civile, pénale ou administrative et ne constitue pas non plus le constat par une autorité d'un rapport de droit. Il s'agit d'un **constat émanant d'une autorité de surveillance**. Faisant suite à une dénonciation à

l'autorité de surveillance du chef du Département fédéral de justice et police (DFJP), la Cour des plaintes a rendu une décision sur une question de droit qui ne ressortit qu'à première vue à ses compétences en matière de surveillance judiciaire. L'art. 153, al. 4, LParl dispose explicitement que les commissions parlementaires de surveillance « statuent définitivement sur l'exercice de leur droit à l'information ». Par sa décision sur les droits et devoirs en matière d'information du Ministère public de la Confédération, la Cour des plaintes s'est prononcée sur une question de droit qui tombe dans le domaine de compétence exclusif du Parlement. Il appartient exclusivement à la CdG et pas à la Cour des plaintes du Tribunal de se prononcer définitivement sur son droit à l'information. En tout état de cause, il n'appartient pas à un tribunal fédéral de première instance de statuer sur un (prétendu) conflit de compétences entre l'administration et une commission parlementaire de surveillance, cela d'autant plus que la CdG-N n'a pas la possibilité de recourir auprès du Tribunal fédéral contre la décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral.

**La démarche elle-même** de la Cour des plaintes n'est pas convaincante. Dans ses considérants, elle se limite pour l'essentiel à souligner que le Conseil fédéral ne dispose d'aucune compétence de donner des instructions de nature judiciaire au Ministère public de la Confédération et en conclut que l'autorité de surveillance administrative (le Conseil fédéral) n'a pas le droit de consulter des pièces relatives à une enquête judiciaire en cours (p. 8) et, par conséquent, que cette restriction s'applique aussi à la CdG, étant donné que les compétences de haute surveillance de cette dernière ne sauraient être plus étendues que les compétences de surveillance du Conseil fédéral (p. 9).

La Cour des plaintes méconnaît ensuite que pour l'exercice de la haute surveillance parlementaire, il importe peu que le service faisant l'objet de l'examen soit assujéti à une surveillance unique ou partagée. Le fait que la surveillance administrative exercée par le Conseil fédéral sur le Ministère public de la Confédération ne lui donne pas le droit de consulter des pièces relatives à une enquête judiciaire en cours ne saurait restreindre le droit à l'information de la CdG. Il ressort du contexte législatif du droit à l'information des CdG (art. 153 en relation avec l'art. 150 LParl) que la **haute surveillance** est une compétence originaire qui ne s'exerce pas à la suite, mais en parallèle à la compétence de l'instance chargée d'exercer la surveillance directe. A ce titre, la haute surveillance est autonome et n'est pas subordonnée à la surveillance exercée par le gouvernement ou un tribunal (Mastronardi, *St. Galler Kommentar zu Art. 169 BV*, N 6).

Il a en outre échappé à la Cour des plaintes que le droit d'information des commissions de surveillance est très étendu et que seuls échappent à son droit de consulter les documents sur lesquels le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision et ceux qui doivent rester secrets pour des raisons qui relèvent de la sécurité de l'Etat ou du renseignement (art. 153, al. 4, LParl ; voir chiffre 1.51). Tel n'était cependant pas le cas dans l'affaire jugée par la Cour des plaintes, si bien que ses considérants relatifs à la possibilité qu'avait la CdG de faire appel à la DéICdG ne sont pas pertinents.

La Cour des plaintes ne tient pas compte non plus du fait que les commissions parlementaires de surveillance décident elles-mêmes, non seulement des objets de leurs investigations, mais encore de l'opportunité des informations et documents au sens de l'art. 153, al. 1, LParl. Il ne revient donc pas à un tribunal fédéral de première instance de juger si les renseignements et les documents demandés par la CdG ont un rapport matériel avec l'objet de l'enquête ou si elle en a besoin pour assumer ses tâches. Au contraire, il découle clairement de l'art. 153, al. 4, LParl, que les commissions parlementaires de surveillance « statuent définitivement sur l'exercice de leur droit à l'information » (voir chiffre 1.51).

La Cour des plaintes méconnaît enfin que le **secret de l'instruction** pénale ne s'étend pas au-delà de l'obligation générale de respecter le secret de fonction (voir chiffre 1.1).

#### 4. Commissions parlementaires de surveillance et entraide judiciaire

##### 4.1 Art. 102<sup>quater</sup> PPF et doit à l'information du Parlement

Les art. 102<sup>bis</sup> ss. PPF ont été introduits dans la procédure pénale fédérale lors de l'adoption de la loi sur la protection des données. Ils règlent, d'une part, le droit à l'information des particuliers relatifs aux données les concernant traitées par la police judiciaire de la Confédération (art. 102<sup>bis</sup> et 102<sup>ter</sup> PPF) et, d'autre part, **la communication de données par la police judiciaire** de la Confédération aux autorités et services énumérés (art. 102<sup>quater</sup> PPF). Il s'agit pour l'essentiel des autorités de poursuite pénale, des tribunaux, des organes de protection de l'Etat et d'autres autorités administratives fédérales et cantonales chargées de tâches policières. Le Conseil fédéral est également expressément mentionné, mais pas les commissions parlementaires de surveillance. L'art. 102<sup>quater</sup>, al. 4, PPF réserve en outre expressément les dispositions en matière judiciaire contenues dans d'autres lois au sens formel.

Les documents relatifs aux travaux préparatoires de la révision de la PPF ne renseignent pas sur les raisons pour lesquelles l'art. 102<sup>quater</sup> mentionne le Conseil fédéral mais pas les commissions parlementaires de surveillance. Dans le message de l'époque concernant la loi fédérale sur la protection des données, le Conseil fédéral se borne à constater que « la liste des autorités auxquelles des données recueillies par la police judiciaire peuvent être communiquées » est dressée « sur le modèle de plusieurs réglementations cantonales » (FF 1988 II 510).

L'art. 102<sup>quater</sup> PPF qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1993 et qui règle les droits d'accès aux données afférentes aux recherches de la police judiciaire est en contradiction avec le droit étendu à l'information que la **nouvelle Constitution** de 1999 (art. 169 Cst.) et la loi sur le Parlement (art. 153, LParl) accordent aux commissions parlementaires de surveillance. Après avoir été développée par étapes successives sous le régime de l'ancienne loi sur les rapports entre les conseils, la loi sur le Parlement a donné une nouvelle assise légale à ce droit à l'information. Eu égard au renforcement de la haute surveillance visée par la révision totale de la Constitution, la loi sur le Parlement donne aux commissions parlementaires de surveillance le droit d'obtenir toutes les informations nécessaires à l'exercice de leurs attributions. « En cas de conflit, c'est l'autorité de contrôle et non l'organe contrôlé qui, en dernière instance, décide de l'étendue des droits en matière d'information » (rapport du 1<sup>er</sup> mars 2001 de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 2001, 3314).

Il ressort de ce qui précède que l'entrée en vigueur de la loi sur la protection des données et des modifications de la loi fédérale sur la procédure pénale qui en ont découlé (1993) a profondément modifié le droit à l'information du Parlement. Avec la refonte de la Constitution (1999) et la nouvelle loi sur le Parlement entrée en vigueur dans la foulée (2002), toutes les autorités et unités administratives de la Confédération - et le Ministère public de la Confédération en fait partie - sont tenues de renseigner les commissions de surveillance et de leur remettre les documents qu'elles demandent. Il s'avère donc que l'art. 102<sup>quater</sup> PPF, qui en tout état de cause réserve expressément les dispositions contenues dans d'autres lois, est obsolète et qu'il ne saurait par conséquent (plus) être opposé aux CdG.

##### 4.2 Droit des commissions parlementaires de surveillance à l'entraide judiciaire

En vertu des art. 150 ss. LParl, les commissions de surveillance disposent d'un droit étendu qui leur permet d'obtenir des informations et de consulter des documents qu'elles

peuvent faire valoir envers le Conseil fédéral, l'administration fédérale, les tribunaux fédéraux et les particuliers. Le droit réservé à la DéICdG, seule habilitée à consulter les documents sur lesquels le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision et ceux qui doivent rester secrets pour des raisons relevant de la sécurité de l'Etat ou du renseignement, constitue l'unique limitation matérielle du droit à l'information des commissions de surveillance (voir chiffre 1.51). A ce droit étendu à l'information correspond une **obligation étendue** en vertu de laquelle toutes les autorités et tous les services de la Confédération sont tenus d'accorder l'entraide administrative et judiciaire aux commissions de surveillance.

Dans un arrêt concernant l'admissibilité de l'utilisation par une commission d'enquête du Bundestag allemand de documents transmis par la voie de l'entraide judiciaire, le Tribunal fédéral a décidé qu'il n'était pas possible d'octroyer une entraide judiciaire primaire à un organe de surveillance parlementaire (étranger) en matière pénale. Selon le Tribunal fédéral, cela ne signifie toutefois pas qu'il serait *a priori* interdit à un organe parlementaire d'utiliser des informations précédemment transmises pour une procédure pénale (étrangère). Il serait en effet contradictoire d'accorder l'entraide judiciaire à une autorité chargée de juger l'auteur d'une infraction pénale et simultanément de ne pas permettre à l'Etat demandeur de se baser sur les résultats de cette entraide pour tirer les conséquences politiques de l'infraction en question (ATF 126 II 321 s.).

Il ressort de ce qui précède, premièrement, que les commissions parlementaires de surveillance ne sont pas habilitées à demander une entraide judiciaire primaire à une autorité de poursuite pénale étrangère, mais qu'elles peuvent toutefois utiliser les informations qu'une autorité de poursuite pénale suisse a **obtenues au titre de l'entraide judiciaire internationale**, dans la mesure où l'autorité compétente de l'Etat concerné y consent, et deuxièmement, que l'autorité de poursuite pénale suisse ne peut demander et obtenir l'entraide judiciaire internationale que dans le cadre d'une enquête en cours de la police judiciaire (suisse). On ne saurait donc empêcher les commissions parlementaires de surveillance d'utiliser les résultats d'une enquête pénale **pendante** sur le territoire suisse lorsque l'autorité de poursuite pénale a utilisé des informations obtenues au titre de l'entraide judiciaire internationale.

#### 4.3 **Obligation des commissions parlementaires de surveillance d'accorder l'entraide judiciaire**

##### 4.31 **Dispositions de la loi sur le Parlement**

Les délibérations des commissions des Chambres fédérales sont confidentielles ; il est en particulier interdit de divulguer les positions défendues par les différentes personnes ayant participé aux séances, ainsi que la manière dont elles ont voté (art. 47 LParl). Les commissions sont en outre tenues de prendre toutes mesures appropriées pour garantir le maintien du secret (art. 150, al. 3, art. 153, al. 5, LParl). La confidentialité des délibérations des commissions revêt une importance capitale pour exercer leurs attributions, étant donné que les informations qui sous-tendent les débats concernent l'action gouvernementale et judiciaire et peuvent englober des secrets professionnels, commerciaux ou privés. La confidentialité est une condition indispensable à la libre formation de l'opinion des membres des commissions et à la liberté d'expression des personnes qu'elles entendent. A la différence de la procédure pénale qui accorde aux témoins le droit de refuser de donner les réponses qui l'exposeraient à des poursuites pénales (art. 79 PPF ; art. 169 CPP), les personnes au service de la Confédération entendues par les commissions de surveillance sont tenues de donner des renseignements complets et véridiques et de donner toutes les références aux documents utiles. Il est interdit de faire subir un quelconque préjudice à une personne au service de la Confédération en raison d'une déposition véridique qu'elle a faite devant

une commission (art. 156 LParl). Seule la garantie de la confidentialité des délibérations de la commission permet d'atteindre cet objectif. C'est pour cette raison qu'en vertu de leur pratique constante en la matière, par ailleurs confirmée par la jurisprudence du Tribunal pénal fédéral (arrêts BB.2005.19 et BB.2006.18), les CdG n'ont jamais accordé à d'autres autorités ou services le droit de consulter leurs procès-verbaux.

Les commissions de surveillance décident en toute liberté de la confidentialité de leurs investigations, de leurs délibérations et des documents afférents. Elles déterminent la durée et l'étendue du secret ainsi que le cercle des personnes qui y sont tenues (ATF 108 IV 188 ss.). Si l'ordonnance sur l'administration du Parlement (OLPA) contient des dispositions de portée générale relatives à la consultation des procès-verbaux des commissions, elle laisse en revanche aux commissions (et délégations) de surveillance le soin de régler elles-mêmes la remise des procès-verbaux relatifs à des sujets qui touchent la haute surveillance (art. 6, al. 5, OLPA). Il incombe au président de la commission concernée de trancher les demandes de consultation de procès-verbaux de sa commission. Il peut en autoriser la consultation si aucune raison majeure ne s'y oppose (art. 7, al. 4, OLPA).

#### 4.32 Dispositions du CP, de la PPF et du CPP

Les autorités de la Confédération et des cantons sont tenues d'octroyer l'assistance judiciaire afin de poursuivre et juger des infractions pénales (art. 356 CP ; art. 27 PPF ; art. 44 CPP). Par entraide judiciaire, on entend toute mesure requise par une autorité en vertu de la compétence qu'elle exerce dans le cadre d'une procédure pénale pendante (art. 43, al. 4, CPP). Concrètement, il s'agit au premier chef de l'assistance que doivent se prêter mutuellement le ministère public, les autorités pénales compétentes en matière de contraventions et les tribunaux. L'entraide judiciaire comprend toutefois aussi des prestations fournies par d'autres autorités de la Confédération ou des cantons aux autorités pénales susmentionnées (message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006, 1121). Au titre de l'entraide judiciaire, une autorité tierce assiste l'autorité en charge de la procédure en entendant prévenus et témoins, en exécutant des mesures de contrainte ou en prenant d'autres mesures semblables (Hauser/Schweri/Hartmann, op. cit., p. 198 N 28). La remise de dossiers et de pièces à conviction internes de l'autorité prêtant assistance entre aussi dans le champ d'application des dispositions relatives à l'entraide judiciaire et administrative (ATF 129 IV 144). L'entraide judiciaire s'étend donc à toutes les mesures requises par une autorité en vertu de la compétence qu'elle exerce dans le cadre d'une procédure pénale pendante aux fins de la poursuite ou pour l'exécution du jugement, mais qu'elle ne parvient pas à exécuter elle-même (ATF 123 IV 162).

Les dispositions pénales relatives à la communication du dossier et, au besoin, celles applicables à la saisie régissent l'utilisation des dossiers et pièces à conviction aux fins d'une procédure conduite par une autre autorité. L'art. 194 CPP dispose que les autorités administratives et judiciaires autorisent la consultation de leurs dossiers lorsqu'aucun intérêt public ou privé prépondérant au maintien du secret ne s'y oppose. Les conflits entre les autorités de la Confédération et des cantons ainsi qu'entre les autorités de différents cantons sont tranchés par le Tribunal pénal fédéral (art. 361 CP ; art. 27, al. 5, PPF ; art. 48 CPP). Les contestations relatives à l'entraide pénale nationale ne peuvent être tranchées qu'en vertu de l'art. 361 CP (art. 48 CPP). Ainsi, l'autorité qui se voit refuser l'entraide judiciaire ne saurait user, en vue d'obtenir l'exécution des mesures d'entraide, des moyens de contrainte que la loi met à la disposition des autorités de poursuite pénale (ATF 129 IV 144).

#### 4.33 Nécessité d'obtenir une autorisation aux fins de témoigner et remettre des dossiers

La remise de documents peut être refusée chaque fois qu'il existe un motif de **refus de déposer ou de témoigner** (art. 27, al. 2, let. b, PPF ; art. 265 CPP). En dérogation au principe de l'obligation générale de témoigner (art. 74 PPF ; art. 163 CPP), les fonctionnaires et les membres des autorités peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en leur qualité officielle ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction ou de leur charge. Ils sont uniquement tenus de témoigner si l'autorité à laquelle ils sont soumis les y a habilités par écrit (art. 78 PPF ; art. 170 CPP). Dans la mesure où il existe un motif de refus de témoigner, il s'étend également à la production de documents et pièces à conviction (Hauser/Schweri/Hartmann, op. cit., p. 355, N 24).

Les dispositions pénales régissant l'obligation faite aux membres des autorités et aux fonctionnaires de témoigner et de produire des documents sont destinées à l'administration générale et aux tribunaux des instances inférieures. Ces membres et fonctionnaires doivent témoigner si l'autorité à laquelle ils sont soumis les y a habilités par écrit. L'autorité ordonne à la personne concernée de témoigner lorsque l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret (art. 170, al. 3, CPP ; art. 27, al. 2, PPF). Dans chaque cas d'espèce, elle décide cependant en dernier ressort si, et le cas échéant dans quelle mesure, l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Comme le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral, le Parlement **n'est subordonné à aucune autorité** qui pourrait le délier du secret de fonction. Cela est encore plus vrai pour les commissions parlementaires de surveillance : non seulement la loi sur le Parlement leur accorde un droit à l'information étendu, mais elle les charge également de veiller au respect du maintien du secret. Les CdG décident donc elles-mêmes et en dernier ressort de la confidentialité de leurs examens et délibérations. Si elles peuvent décider de rendre publics les résultats de leurs examens ou de les rendre accessibles à un cercle de destinataires restreints, elles ne sauraient en aucun cas être tenues d'accorder l'entraide administrative ou judiciaire à une autre autorité et le Ministère public de la Confédération n'échappe pas à cette règle.

#### 4.34 Compétence décisionnelle en cas de contestation

L'art. 361 CP (art. 48 CPP) ne règle que la compétence décisionnelle en cas de désaccord sur l'entraide judiciaire entre les autorités de la Confédération et des cantons ainsi qu'entre les autorités des cantons, mais non en cas de **désaccord entre différentes autorités de la Confédération**. L'art. 27, al. 5, PPF prévoit à titre supplétif que les contestations entre autorités administratives fédérales sont tranchées par le département dont relèvent les autorités concernées ou par le Conseil fédéral et que les contestations entre Confédération et cantons le sont par la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral.

Dans l'un de ses arrêts, le Tribunal fédéral avait constaté qu'il serait contraire aux principes de la séparation des pouvoirs et de la force dérogatoire du droit fédéral que, dans le cadre de l'entraide judiciaire, une autorité cantonale de poursuite pénale puisse attaquer la décision d'une autorité fédérale ayant refusé d'autoriser un fonctionnaire à témoigner (ATF 102 IV 222). Depuis, il a certes changé de jurisprudence et est entré en matière sur la requête d'une autorité cantonale de poursuite pénale qui avait contesté un refus de l'autorisation de témoigner de la Commission fédérale des banques (ATF 123 IV 163). Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a cependant souligné par *obiter dictum* qu'il ne dispose de la compétence de trancher que dans la mesure où la contestation porte sur l'entraide judiciaire entre la Confédération et un canton ou entre cantons, mais pas entre autorités de la Confédération (ATF 123 IV 162).

De ce point de vue également, il faut donc partir du principe que les commissions parlementaires de surveillance statuent définitivement en matière d'autorisation à témoigner et à remettre des documents ainsi qu'en matière d'octroi de l'entraide judiciaire.

## Synthèse

Comme cela ressort des considérations ci-dessus, le droit en vigueur permet aux CdG d'exercer la haute surveillance. Mis à part certaines restrictions relatives aux informations sur lesquelles le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision ou qui doivent rester secrètes pour des raisons relevant de la sécurité de l'Etat ou du renseignement, les CdG disposent d'un droit à l'information étendu qu'elles sont en outre en mesure de faire valoir en cas de divergences. L'étendue de ce droit oblige cependant les CdG à faire preuve de retenue, voire, le cas échéant, à renoncer (provisoirement) à certaines enquêtes ou investigations dans la mesure où celles-ci sont susceptibles de porter préjudice au bon fonctionnement de l'administration. Eu égard à leurs compétences étendues en matière de réquisition d'informations, les CdG assument en outre une grande responsabilité quant à l'utilisation des informations qui leur sont confiées et, en particulier, à leur accessibilité par des tiers. Elles doivent accorder une importance toute particulière aux divers aspects du secret de fonction et au respect des droits de la personnalité des personnes concernées.

Les conclusions du présent avis de droit peuvent être résumées de la manière suivante :

### I. Secret de l'instruction et droit à l'information du Parlement

#### 1. Secret de l'instruction et secret de fonction

En matière pénale, les limites du droit à l'information des commissions parlementaires de surveillance se conforment également aux critères usuellement applicables à leurs activités en général. Le secret de l'instruction pénale n'entraîne pas de restriction supplémentaire de leur droit à l'information. Le principe du secret de l'instruction ne s'étend donc pas au-delà de l'obligation générale de respecter le secret de fonction.

#### 2. Notion du secret de fonction dans le droit pénal

N'enfreint pas le secret de fonction le fonctionnaire qui révèle un fait couvert par le secret de fonction à une autorité supérieure ou à une autorité de surveillance à laquelle il est assujéti conformément à la loi.

#### 3. Secret de fonction et exercice de la surveillance parlementaire

Les commissions parlementaires de surveillance disposent d'un droit étendu à l'information, uniquement limité par les exceptions concernant les informations sur lesquelles le Conseil fédéral s'est directement fondé pour prendre une décision ou qui doivent rester secrètes pour des raisons relevant de la sécurité de l'Etat ou du renseignement. Le secret de l'instruction pénale (qui n'est rien d'autre que l'obligation faite aux autorités de poursuite pénale de respecter le secret de fonction) ne peut être opposé aux commissions de surveillance.

#### 4. Secret de fonction des commissions de surveillance

Si les commissions de surveillance sont tenues de prendre des mesures appropriées pour garantir le maintien du secret, cette obligation ne concerne que le traitement et l'usage qu'elles font des informations obtenues, mais ne limite en rien leur droit d'accès à de telles informations.

## II. Surveillance directe et haute surveillance parlementaire

### 5. Indépendance de la haute surveillance parlementaire

Les commissions de surveillance ont le droit d'exercer la haute surveillance sur le Conseil fédéral, l'administration fédérale et les tribunaux fédéraux même si l'administration et les tribunaux de première instance sont assujettis à une surveillance directe exercée respectivement par le Conseil fédéral et par le Tribunal fédéral.

### 6. Exercice de la haute surveillance parlementaire sur la Justice

La gestion administrative et la marche des affaires de la Justice constituent le principal objet de la haute surveillance parlementaire. Le Parlement ne peut pas se pencher sur des procédures qui ne sont pas closes. La haute surveillance peut prendre connaissance du contenu des procédures closes pour contrôler les effets et l'efficacité de l'activité légiférante.

### 7. Bipartition de la surveillance directe exercée sur le Ministère public de la Confédération

Fondamentalement, la bipartition de la surveillance exercée sur le Ministère public de la Confédération n'a aucune influence sur le droit à l'information des commissions de surveillance.

### 8. Avis de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral

La décision de la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral du 18 décembre 2007 ne lie pas la CdG. Il appartient en effet exclusivement à la CdG et non à la Cour des plaintes de se prononcer définitivement sur les objets de ses enquêtes et de décider des informations et documents dont elles ont besoin pour exercer leurs attributions.

## III. Commissions parlementaires de surveillance et entraide judiciaire

### 9. Art. 102<sup>quater</sup> PPF et droit à l'information du Parlement

L'art. 102<sup>quater</sup> PPF qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1993 et qui règle les droits d'accès aux données afférentes aux recherches de la police judiciaire est en contradiction avec le droit étendu à l'information que la nouvelle Constitution et la nouvelle loi sur le Parlement accordent aux commissions parlementaires de surveillance. Le nouveau droit a rendu cet article obsolète.

### 10. Droit des commissions parlementaires de surveillance à l'entraide judiciaire

Au droit à l'information étendu des commissions parlementaires de surveillance correspond une obligation étendue en vertu de laquelle toutes les autorités et tous les services de la Confédération sont tenus de leur accorder l'entraide administrative et judiciaire, non seulement pour les procédures closes, mais également pour les procédures pendantes.

### 11. Commissions parlementaires de surveillance et respect de la confidentialité

Les commissions de surveillance décident elles-mêmes de la confidentialité de leurs investigations, de leurs délibérations et des documents afférents et déterminent la durée et l'étendue du secret ainsi que le cercle des personnes qui y sont tenues et, le cas échéant, dans quelle mesure elles veulent informer ou autoriser la consultation de leurs documents.

### 12. Dispositions du CP, de la PPF et du CPP

Les dispositions du CP, de la PPF et du CPP en matière d'entraide judiciaire n'obligent pas les commissions parlementaires de surveillance à accorder l'entraide judiciaire aux autorités de poursuite pénale de la Confédération ou des cantons.



13. Compétence décisionnelle en cas de contestation relative à l'octroi de l'entraide judiciaire  
Les commissions parlementaires de surveillance statuent définitivement aussi bien sur l'entraide judiciaire qu'elles requièrent que sur celle qu'elles octroient.

Saint-Gall, le 5 juin 2008

Niklaus Oberholzer