

André Kuhn/Camille Montavon/Marie Desales
**L'article 388 CP rend-il les sanctions
des Ordonnances COVID inopérantes ?**

Jascha Mattmann/David Eschle/Franziska Rader/
Simone Walser/Marc Thommen
Heimliche Verurteilungen

Thierry Godel
La justice militaire suisse *de lege lata*

Sven Schleifer
Anstiftung und Kommunikationstheorie

Stéphanie Tumini
**L'indépendance institutionnelle du Ministère public
de la Confédération**



ZStrR
RPS
RPS

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Revue Pénale Suisse
Rivista Penale Svizzera

Gegründet von/Fondée par/Fondata da C. Stooss 1888

Herausgeberschaft – Comité de direction – Comitato di direzione

Ackermann Jürg-Beat, Prof., Luzern – *Bommer Felix*, Prof., Zürich – *Cassani Ursula*, Prof., Genève – *Donatsch Andreas*, em. Prof., Unterengstringen – *Gless Sabine*, Prof., Basel – *Kuhn André*, Prof., Neuchâtel – *Kunz Karl-Ludwig*, Prof., Bern – *Moreillon Laurent*, Prof., Lausanne – *Niggli Marcel Alexander*, Prof., Freiburg – *Pieth Mark*, Prof., Basel – *Roth Robert*, Prof. hon., Genève – *Schubarth Martin*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *Sträuli Bernhard*, Prof., Genève – *Vest Hans*, Prof., Bern – *Wohlens Wolfgang*, Prof., Basel

Redaktoren – Rédacteurs – Redattori

Prof. *Sabine Gless*, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel
Prof. *Bernhard Sträuli*, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève

Korrespondenten im Ausland – Correspondants à l'étranger – Corrispondenti all'estero

Cesoni Maria Luisa (B) – *Hörnle Tatjana* (D) – *Lelieur Fischer Juliette* (F) – *Manacorda Stefano* (I) – *Zerbes Ingeborg* (A)

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 214.– Ausland € 226.–
inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.

Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 184.–

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

Inserate Stämpfli AG, Postfach, 3001 Bern

Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.

Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA, case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern

Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: zeitschriften@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

© Stämpfli Verlag AG, Bern 2021. Printed in Switzerland by Stämpfli AG, Bern

ISSN 0036-7893 (Print) e-ISSN 2504-1452 (Online)

Stéphanie Tumini, Lausanne

L'indépendance institutionnelle du Ministère public de la Confédération

Table des matières

- I. Introduction
- II. La nécessaire indépendance du ministère public
 1. La suppression de la fonction de juge d'instruction
 2. Le pouvoir d'appréciation du procureur
 3. Les fonctions juridictionnelles exercées par le procureur
 4. La surveillance du ministère public par un organe indépendant
 5. Le cas du Ministère public de la Confédération
- III. L'élection du procureur général de la Confédération
 1. Les travaux préparatoires LOAP
 2. Le système en vigueur
 3. Appréciation critique
 - a) En lien avec les recommandations internationales
 - b) En lien avec la procédure de sélection du procureur général de la Confédération (2021-2024)
 4. Propositions de réformes
- IV. La période de fonction, la réélection, la révocation et la non-réélection du procureur général de la Confédération
 1. Les travaux préparatoires LOAP
 2. Le système en vigueur
 3. Appréciation critique
 - a) En lien avec les recommandations internationales
 - b) En lien avec la non-réélection du procureur général de la Confédération
Erwin Beyeler
 - c) En lien avec la réélection du procureur général de la Confédération
Michael Lauber
 4. Propositions de réformes
- V. La surveillance
 1. L'historique et les travaux préparatoires LOAP
 2. L'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération
 3. Appréciation critique
 - a) En lien avec les recommandations internationales
 - b) En lien avec le mode de surveillance exercé jusqu'à fin 2018
 - aa) Les approbations implicites
 - bb) L'autocensure
 4. Propositions de réformes
- VI. Conclusion

I. Introduction

L'indépendance institutionnelle du ministère public se rapporte à l'équilibre des pouvoirs entre l'autorité pénale et les autres pouvoirs de l'État¹. La présente contribution a pour objectif d'analyser les garanties d'indépendance institutionnelle actuelles dont le Ministère public de la Confédération (ci-après : MPC) bénéficie en lien avec le mode d'élection du procureur général de la Confédération (III), sa période de fonction ainsi que la procédure de révocation (IV). La perspective institutionnelle implique également d'examiner le mode de surveillance de l'institution (V). Nous concluons chaque partie par une appréciation critique du système en vigueur ainsi que par des propositions de réformes. Avant de procéder à une telle analyse, il convient d'exposer brièvement les raisons pour lesquelles il est fondamental d'accorder une indépendance certaine au ministère public (en général), et à plus forte raison au MPC, en insistant toutefois sur l'importance d'une surveillance renforcée de l'institution afin d'éviter tout abus de pouvoir (II). Nous terminerons cette étude par une brève conclusion (VI).

II. La nécessaire indépendance du ministère public

1. La suppression de la fonction de juge d'instruction

L'une des innovations majeures de l'unification de la procédure pénale concerne l'instauration d'un modèle uniforme de poursuite pénale dit du ministère public II. Ce choix a entraîné la suppression du juge d'instruction en tant qu'organe indépendant. Désormais, l'exclusivité de l'instruction et de la poursuite pénale est attribuée à une seule et même autorité, soit au ministère public (art. 16 CPP)². Une telle concentration des pouvoirs entre les mains du procureur confère à la poursuite pénale une grande efficacité dans la mesure où elle supprime le principe du double examen par le juge d'instruction chargé d'instruire et par le procureur de requérir³.

1 Recommandation Rec(2000)19 du Comité des Ministres (Conseil de l'Europe) sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale, Strasbourg, 6 octobre 2000, 22.

2 *N. Dongois*, L'erreur judiciaire en matière pénale : Regards croisés sur ses contours et ses causes potentielles, Genève/Zurich/Bâle 2014, 34 ; *M. Henzelin/S. Maeder Morvant*, in : Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Y. Jeanneret/A. Kuhn/C. Perrier Depeursinge (édit.), 2^e éd., Bâle 2019, Art. 12 N 11 ; *A. Kuhn/C. Perrier*, Le Projet de Code de procédure pénale unifiée et son incidence sur les organisations cantonales, RPS 2007, 250, 255 s ; *G. Piquerez*, Les nouveautés du Code de procédure pénale suisse (CPP), RJJ 2007, 93, 100 et 120 s.

3 CR CPP-*Henzelin/Maeder Morvant* (n. 2), Art. 12 N 11a ; *A. Kuhn*, Procédure ordinaire et droit transitoire : Les risques et les avantages de la procédure pénale unifiée, in : Y. Jeanneret/A. Kuhn (édit.), Procédure pénale suisse – Approche théorique et mise en œuvre cantonale, Neuchâtel 2010, N 6 ss ; *Piquerez* (n. 2), 105 ss.

Afin de pallier le déséquilibre suscité par un tel pouvoir du ministère public vis-à-vis des parties⁴, le législateur a adopté diverses mesures permettant notamment de garantir les droits de la défense dans le cadre de la procédure préliminaire. Il a également consacré le principe d'indépendance des autorités pénales dans l'application du droit qui exclut l'immixtion des autorités politiques dans leur activité concrète en matière de poursuites pénales (art. 4 al. 1 CPP)⁵.

En revanche, le principe d'indépendance du ministère public ne se traduit par aucune exigence en lien avec l'agencement des pouvoirs entre cette autorité et les pouvoirs politiques. La question de la position institutionnelle du ministère public relève de la compétence des cantons conformément aux art. 123 al. 2 Cst. et 14 CPP⁶. Ceux-ci disposent d'une grande marge d'appréciation pour mettre en place des structures adaptées, en tenant compte des traditions historiques et des spécificités cantonales⁷.

En tout état de cause, sous réserve de l'art. 4 al. 1 CPP, rien n'empêche la Confédération et les cantons d'instituer un ministère public dont le mode d'élection de ses membres, leur période de fonction et la surveillance dénotent d'une certaine dépendance vis-à-vis des pouvoirs politiques. Or la concentration des pouvoirs d'instruire et de poursuivre dans les seules mains du procureur couplée à une organisation du ministère public peu soucieuse d'assurer une indépendance marquée vis-à-vis des pouvoirs politiques est susceptible d'augmenter le risque d'influences illégitimes de ces derniers dans l'activité concrète du ministère public. Par conséquent, il est essentiel que le législateur garantisse, au niveau institutionnel, une indépendance suffisante au ministère public.

2. Le pouvoir d'appréciation du procureur

S'agissant des prérogatives du ministère public durant l'instruction, en tant qu'autorité investie de la direction de la procédure, le ministère public établit l'état

4 *Kuhn* (n. 3), N 6 ss.

5 FF 2006 1057, 1105; CR CPP-*Henzelin/Maeder Morvant* (n. 2), Art. 12 N 14, Art. 16 N 1c; *Piquerez* (n. 2), 120 s.

6 FF 2006 1057, 1110 s; *R. Kiener/B. Cupa*, Hybrider Status – relative Unabhängigkeit? Zur institutionellen Stellung der Staatsanwaltschaft, in: *A. Cavallo et al.* (édit.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zurich/Bâle/Genève 2012, 397 et 402; *L. Moreillon*, La nouvelle procédure pénale unifiée: du CPP vaudois au CPP fédéral, *JdT* 2010 III 67, N 10 s.

7 FF 2006 1057, 1111; *P-H. Bolle*, Du juge des vallées à la procédure pénale fédérale, in: *Publications de l'Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse, Unification de la procédure pénale, fédéralisme et organisation judiciaire*, Bâle/Genève/Munich 2003, 9; *Kuhn* (n. 3), N 70 s; *A. Kuhn*, L'Avant-projet de Code de procédure pénale unifiée balaie-t-il véritablement les diversités socioculturelles?, in: *Publications de l'Institut du Fédéralisme Fribourg Suisse, Unification de la procédure pénale, fédéralisme et organisation judiciaire*, Bâle/Genève/Munich 2003, 42 ss.

de fait et l'appréciation juridique du cas de telle sorte qu'il puisse mettre un terme à la procédure préliminaire (art. 61 let. a et 308 al. 1 CPP)⁸. Dans ce cadre, la maxime de l'instruction impose au ministère public seul, sous réserve du droit à la preuve dont les parties peuvent se prévaloir, de rechercher d'office tous les faits pertinents pour la qualification de l'acte et le jugement du prévenu (art. 6 al. 1 CPP)⁹. À cette liberté d'appréciation dans l'établissement des faits s'ajoute une liberté d'administration de la preuve qui permet au ministère public de choisir les actes concrets de procédure propres à établir la vérité (art. 139 al. 1 CPP)¹⁰. Ces importantes prérogatives et l'intensité avec laquelle le ministère public en use sont bien évidemment déterminantes pour le sort de la procédure¹¹. Or en l'absence de garanties d'indépendance institutionnelle du ministère public, c'est dans cette latitude laissée aux procureurs qu'une forme d'inégalité de traitement peut se manifester, soit par un excès de zèle du procureur dans le cadre de l'instruction des faits ou, au contraire, par une passivité illégitime de celui-ci. Ce dernier cas de figure est particulièrement insidieux car largement plus difficile à identifier¹².

En ce qui concerne le déclenchement de l'action publique, respectivement l'abandon des poursuites, le ministère public dispose également d'une grande marge de manœuvre¹³. Il incombe au parquet d'apprécier si l'ouverture d'une procédure se justifie ou si au contraire il apparaît clairement que les faits ne sont pas punissables ou que les conditions à la poursuite pénale ne sont pas remplies conformément aux art. 310 et 319 CPP¹⁴. En l'absence de contrôle judiciaire systématique en lien avec les décisions du ministère public, la faculté de contrôler les pouvoirs du ministère public concernant la mise en mouvement de l'action publique, respectivement le classement de la procédure – et par là de s'assurer que l'inertie de l'autorité pénale ne résulte pas de pressions politiques indues – se mesure à la possibilité pour la partie lésée et pour la société civile de recourir contre les ordonnances de non-entrée en matière et de classement.

8 *G. Piquerez/A. Macaluso*, Procédure pénale suisse, 3^e éd., Zurich 2011, N 1693 ss.

9 *R. Roth/K. Villard*, in : Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Y. Jeanneret/A. Kuhn/C. Perrier Depeursinge (édit.), 2^e éd., Bâle 2019, Art. 6 N 9 et 11.

10 *Ibidem*, N 16.

11 À ce propos, voir *C. Geth*, Die Aufsicht über die Staatsanwaltschaft aus Sicht einer kantonalen Fachkommission, forumpoenal 2018, 367, 369 ss.

12 Rapport de la Commission de Venise (Conseil de l'Europe) sur les normes européennes relatives à l'indépendance du système judiciaire : Partie II – le Ministère public, Strasbourg, janvier 2011, N 21.

13 *R. Gauderon/K. Lubishtani*, L'ordonnance de classement des art. 52 ss CP et la qualité pour recourir : un acquittement culpabilisant, RPS 2020, 163, 182 s ; *Piquerez/Macaluso* (n. 8), N 1661 ; *Y. Jeanneret/A. Kuhn*, Précis de procédure pénale, 2^e éd., Berne 2018, N 409, 6013 et 6016 ; Rapport d'activité 2019 de l'AS-MPC, 9.

14 Arrêts du TF 6B_673/2019 du 31. 10. 2019, consid. 3.1.3 ; 6B_838/2019 du 12. 9. 2019, consid. 5.1 ; ATF 143 IV 241, consid. 2.2.1 = JdT 2017 IV 357 ; ATF 138 IV 86, consid. 4.2.1 = JdT 2013 IV 98 ; *Gauderon/Lubishtani* (n. 13), 168.

La présence de parties pouvant se prévaloir d'un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification de l'ordonnance de non-entrée en matière ou de classement¹⁵, permet un tel contrôle du pouvoir d'appréciation du ministère public puisque celles-ci pourront recourir contre les décisions de l'autorité pénale¹⁶.

En revanche – et c'est ici que le bât blesse – lorsqu'il est question d'une infraction protégeant au premier chef l'intérêt collectif telle que l'abus d'autorité (art. 312 CP), la gestion déloyale des intérêts publics (art. 314 CP), les actes exécutés sans droit pour un État étranger (art. 271 CP) ou encore le service de renseignements économiques (art. 273 CP), à moins de prouver qu'un intérêt privé ait été effectivement touché avec une certaine gravité par les actes en cause de sorte que leur dommage apparaisse comme la conséquence directe de l'acte dénoncé, la partie plaignante, le lésé ou le dénonciateur n'ont pas la possibilité de recourir contre la non-entrée en matière ou le classement de la procédure¹⁷. Dans un tel cas, le ministère public est libre de décider s'il entend déclencher l'action publique, respectivement classer la procédure.

Or c'est précisément en présence de ce type d'infractions que les risques d'influence ou de pressions politiques sont les plus élevés, lesquels peuvent conduire à des décisions discriminatoires. Cette constatation vaut à plus forte raison pour le MPC puisqu'une partie non négligeable des infractions qui relèvent de sa compétence protègent un intérêt collectif (art. 23 et 24 CPP)¹⁸.

Certes, l'art. 322 al. 1 CPP laisse la possibilité pour la Confédération et les cantons de prévoir que les ordonnances de classement et de non-entrée en matière (par analogie) soient approuvées par un premier procureur ou par un procureur général¹⁹. Pour Roth, la collégialité de la décision, soit le fait de prévoir une approbation de l'acte par une seconde autorité, permet d'éviter une pratique arbitraire de classement de la procédure²⁰. Toutefois, quand bien même un tel contrôle administratif de ces décisions permet de limiter les risques d'abus de la part des procu-

15 Conformément aux art. 104, 105 al. 2 et 382 al. 1 CPP.

16 Cf. art. 310 al. 2, 322 al. 2 et 393 CPP; ATF 137 IV 219, consid. 2.3 et 8.1 ss = JdT 2012 IV 126.

17 Arrêts du TF 1B_723/2012 du 15.3.2013, consid. 4.1; 1C_364/2012 du 6.11.2012, consid. 1; 1B_489/2011 du 24.1.2012, consid. 2.1 et 2.2; 1B_201/2011 du 9.6.2011, consid. 2.1 et 2.2; 8G.125/2003 du 9.12.2003, consid. 1.3; arrêts du TPF BB.2012.133 du 25.4.2013, consid. 2.2.1 et 2.2.2; BB.2006.128 du 31.1.2007, consid. 3.3. Pour plus de détails, voir la très intéressante contribution de A. Garbarski, Le lésé et la partie plaignante en procédure pénale : état des lieux de la jurisprudence récente, SJ 2013 II 123, 125; L. Moreillon, Supprimer, conserver ou modifier le juge d'instruction ? Enseignements de droit comparé, Droit suisse : approche théorique, in : L. Kennes/D. Scalia (édit.), Du juge d'instruction vers le juge de l'enquête, Paris 2017, 258 s.

18 D. Kipfer/G. Nay/M. Thommen, in : Basler Kommentar StPO, M.A. Niggli/M. Heer/H. Wi-prächtiger (édit.), 2^e éd., Bâle 2014, Art. 23 N 4; L. Ochsner/M. Killias, Wer kontrolliert die Kontrolleure ?, Neue Zürcher Zeitung, 16.8.2019, 9.

19 CR CPP-Roth/Villard (n. 9), Art. 322 N 4 s; C. Mettler, Staatsanwaltschaft, Bâle 2000, 213.

20 R. Roth, Le principe de l'opportunité de la poursuite, RDS 1989, 169, 248 s.

reurs soumis à hiérarchie, il ne permet en aucun cas d'éviter une pratique arbitraire de non-entrée en matière ou de classement de la part du procureur général puisque ce dernier se trouve au sommet de la chaîne de contrôle. Au contraire, si par hypothèse le ministère public ne présentait pas de garanties suffisantes d'indépendance à l'égard des pouvoirs politiques, l'approbation systématique de ces décisions par la voie hiérarchique serait susceptible de créer l'effet inverse en infiltrant de considérations politiques indues toute décision de non-entrée en matière ou de classement prise par les procureurs soumis à l'autorité hiérarchique.

En l'absence de contrôle judiciaire subsiste le principe de publicité des jugements déduit des art. 6 par. 1 CEDH, 14 Pacte ONU II et 30 al. 3 Cst. qui permet d'assurer un certain contrôle démocratique sur les prérogatives du ministère public²¹. En effet, compte tenu de la fonction de contrôle qu'ils assument, les médias sont légitimés à consulter de telles ordonnances²². Toutefois, ce contrepoids n'est pas suffisant pour prévenir les ingérences illégitimes des pouvoirs politiques dans le cadre de procédures pénales.

Il est par conséquent nécessaire de limiter ces risques en garantissant au procureur une indépendance lui permettant de diligenter les procédures pénales en toute intégrité, sans risquer de perdre ses fonctions pour des raisons politiques²³.

3. Les fonctions juridictionnelles exercées par le procureur

Ainsi que le dispose le CPP, le ministère public est une autorité de poursuite pénale (art. 12 let. b CPP) qui ne jouit d'aucune attribution judiciaire dans le cadre de la procédure pénale (art. 13 CPP *a contrario*)²⁴.

Nonobstant son statut d'autorité de poursuite pénale, le CPP a octroyé au ministère public la compétence de clôturer la procédure préliminaire par le prononcé d'une ordonnance pénale (art. 318 al. 1 et 352 ss CPP). Cette compétence permet au ministère public de statuer lui-même sur les faits imputés au prévenu, les infractions commises et la sanction, sous certaines conditions (art. 352 al. 1 et 353 al. 1 CPP). Si aucune opposition n'est valablement formée à l'encontre de l'ordon-

21 FF 2006 1057, 1130 ; arrêt du TF 1C_616/2018 du 11.9.2019, consid. 2.1.

22 ATF 137 I 16, consid. 2.4 ; B. Sträuli, La procédure pénale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, RPS 2014, 403, 405.

23 Avis N 4 du Conseil consultatif de procureurs européens sur les juges et procureurs dans une société démocratique, Strasbourg, 8.12.2009, N 8 ; V. Martenet, Architecture des pouvoirs, Genève/Zurich/Paris 2016, 32 et 127 ss.

24 H. Wiprächtiger, in : Basler Kommentar StPO, M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (édit.), 2^e éd., Bâle 2014, Art. 4 N 8 ; N. Burger-Mittner, Die Stellung der schweizerischen Bundesanwaltschaft und ihrer Staatsanwälte, Zurich/St-Gall 2011, 306 ; Kiener/Cupa (n. 6), 400.

nance pénale, celle-ci est assimilée à un jugement entré en force (art. 354 al. 3 CPP) de telle sorte que le ministère public se substitue au juge de première instance²⁵.

La jurisprudence précise qu'il s'agit d'une activité de nature juridictionnelle, au même titre que les ordonnances de non-entrée en matière et de classement. Or celle-ci est exercée par une autorité de poursuite pénale qui ne présente pas les mêmes garanties d'indépendance que les tribunaux au sens des art. 30 al. 1 Cst. et 6 par. 1 CEDH²⁶.

Compte tenu de l'utilisation massive de la procédure de l'ordonnance pénale²⁷ et du faible taux d'opposition²⁸, l'écrasante majorité des condamnations pénales échappe dès lors à tout contrôle par un tribunal indépendant²⁹.

Lorsque le prévenu n'est pas représenté par un avocat, l'institution de l'ordonnance pénale crée un déséquilibre. Dans un tel cas de figure, nous remettons en question la doctrine Piquerez et Donatsch, reprise par le TF. Ils considèrent l'ordonnance pénale comme une proposition de jugement simplifié de la part de l'autorité de poursuite pénale adressée au prévenu – dans le cadre d'une relation d'égal à égal – que ce dernier est libre d'accepter (tacitement) ou de rejeter (en formant opposition)³⁰. Ne perdons pas de vue la nature même de la procédure dont il est question ici ainsi que les enjeux et stigmatisations causés par une condamnation pénale dans la vie d'un individu. De par son statut de « prévenu », la personne fai-

25 *Dongois* (n. 2), 43.

26 ATF 138 IV 142, consid. 2.2.1 ; ATF 130 IV 90, consid. 3.2 ; ATF 127 I 196, consid. 2b = JdT 2006 IV 240 ; ATF 124 I 76, consid. 2 = JdT 2000 IV 158 ; ATF 112 Ia 142, consid. 2c = JdT 1987 IV 13 ; arrêts du TF 1B_224/2010 du 11.1.2011, consid. 4.5 ; 1B_78/2010 du 31.8.2010, consid. 2 ; 1B_282/2008 du 16.1.2009, consid. 2.3 ; 1P.80/2002 du 27.5.2002, consid. 4.4 ; arrêt du TPF BB.2018.190 + BB.2018.198 du 17.6.2019, consid. 3.2 ; arrêt du Tribunal cantonal de Neuchâtel ARMP.2012.12 du 20.3.2012, consid. 8 ; Y. Jeanneret, Ordonnance pénale et procédure simplifiée, in : Y. Jeanneret/A. Kuhn (édit.), Procédure pénale suisse – Approche théorique et mise en œuvre cantonale, Neuchâtel 2010, N 3 ; Kiener/Cupa (n. 6), 400 ; R. Schweizer, Die Aufsicht über die Staatsanwaltschaften, PJA 2013, 1378, 1386 s.

27 En raison de sa célérité et de ses coûts peu élevés, l'institution de l'ordonnance pénale représente plus de 90 % des condamnations pénales en Suisse. *Geth* (n. 11), 368 ; *Schweizer* (n. 26), 1380 et 1388.

28 P. Albrecht, Brauchen wir « Schnellrichter » in der Strafjustiz ?, PJA 2004, 899, 900 ; M. Brun, Staatsanwaltschaft und Fehlurteilsrisiken im Vorverfahren, Bâle 2015, 183 ; F. Riklin, in : Basler Kommentar StPO, M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (édit.), 2^e éd., Bâle 2014, Art. 354 N 3.

29 M. H. F. Mohler, Die Behörden-Beurteilungen des Bundesanwalts in der FIFA-Affäre, Jusletter du 2.11.2020, N 108 ; W. Wohlens, Die Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft in Deutschland – mit « Ausblicken » in die Schweiz, forumpoenale 2018, 327, 338.

30 G. Piquerez, Le droit à un juge indépendant et impartial garanti par les articles 58 Cst. et 6 ch. 1 CEDH impose-t-il de manière absolue une séparation des fonctions judiciaires ? Réflexions d'un praticien, SJ 1989 114, 125 ss ; A. Donatsch, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, RPS 1994, 317, 324 s.

sant l'objet d'une ordonnance pénale se trouve *ipso facto* en position de faiblesse vis-à-vis du ministère public. En ce sens, il ne peut être exclu que le prévenu privilégie les avantages liés à la procédure de l'ordonnance pénale en termes de garantie quant à la peine maximale encourue, de coûts, de rapidité et de discrétion plutôt que la recherche de la vérité matérielle et les désagréments liés à la procédure ordinaire (notamment lenteur et coût de la procédure ainsi qu'audience publique), quand bien même celle-ci le disculperait, du moins en partie³¹.

Pour des raisons d'efficacité de la procédure, nous pouvons certes concevoir le choix du législateur de faire exception au principe de séparation des fonctions répressives en permettant au ministère public de juger lui-même par le biais de l'ordonnance pénale, si les conditions légales sont remplies. Toutefois, afin de rétablir quelque peu l'entorse faite au procès équitable impliquant pour le prévenu de renoncer à ses droits fondamentaux découlant de son statut d'accusé³², il est impératif qu'en sus de certaines modifications du CPP³³, le législateur garantisse au prévenu que le ministère public en charge d'exercer de telles fonctions judiciaires présente des garanties d'indépendance institutionnelle similaires à celles des tribunaux.

4. La surveillance du ministère public par un organe indépendant

L'indépendance du ministère public n'est pas une fin en soi et ne devrait aucunement être accordée pour l'autorité elle-même. La mise en place d'une surveillance renforcée visant à identifier et empêcher tout dysfonctionnement systémique dans l'activité, la structure et la conduite du ministère public par le procureur général doit être considérée comme consubstantielle à l'indépendance dont l'autorité bénéficie afin d'éviter tout abus de pouvoir qui pourrait naître d'une telle indépendance incontrôlée³⁴.

Dans ce cadre, la détermination de l'organe de surveillance, sa composition, son mode d'élection, ses ressources financières et humaines, l'étendue de ses compétences en matière de surveillance ainsi que la haute surveillance jouent un rôle

31 BSK StPO-Riklin (n. 28), Art. 354 N 3; Brun (n. 28), 183 ss; Schweizer (n. 26), 1388.

32 Donatsch (n. 30), 326 s; Jeanneret (n. 26), N 8; L. Moreillon, L'ordonnance pénale: simplification ou artifice?, RPS 2010, 22, 26 ss; M. Thommen, Kurzer Prozess/fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, Berne 2013, 38 ss.

33 Dans le cadre d'un projet de modifications (ponctuelles) du CPP, le Conseil fédéral a proposé de rendre obligatoire l'audition du prévenu dans le cas où le ministère public entendrait le condamner à une peine privative de liberté (FF 2019 6351, 6412 s et FF 2019 6437, 6447). À ce sujet, voir également Schweizer (n. 26), 1388. Par ailleurs, nous préconisons que la procédure de l'ordonnance pénale figure parmi les cas de défense obligatoire au sens de l'art. 130 CPP, ceci afin d'avoir la garantie que le prévenu renonce – en toute connaissance de cause – à ses droits fondamentaux découlant de son statut de prévenu.

34 Kiener/Cupa (n. 6), 403; Martenet (n. 23), 128 s; Ochsner/Killias (n. 18), 9.

fondamental tant en ce qui concerne la légitimité de l'autorité de surveillance que celle du ministère public. Toutefois, en raison des contraintes formelles de cette contribution, nous ne serons pas en mesure d'analyser l'ensemble de ces critères.

5. Le cas du Ministère public de la Confédération

Les arguments en faveur d'une indépendance marquée du ministère public et d'une surveillance renforcée de cette institution valent à plus forte raison en ce qui concerne le MPC.

S'agissant en premier lieu de son indépendance, dans la mesure où le MPC diligente des procédures d'envergure nationale ou internationale, susceptibles d'impliquer des membres d'un organe ou d'une institution étatique ainsi que des personnalités influentes, cette autorité pénale se trouve d'autant plus exposée à des pressions médiatiques et politiques³⁵. Par ailleurs, compte tenu du fait qu'une partie non négligeable des infractions à sa charge protège un intérêt collectif, les décisions de non-entrée en matière ou de classement en lien avec de telles procédures ont plus de chances d'échapper à tout contrôle judiciaire. Dans un tel contexte, la légitimité du MPC se mesure à l'aune de son indépendance vis-à-vis des pouvoirs politiques.

En ce qui concerne la nécessité d'une surveillance renforcée, en sus du pouvoir d'appréciation conféré aux procureurs par le CPP, la Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération du 19 mars 2010 (ci-après : LOAP)³⁶ attribue au procureur général de la Confédération une autonomie organisationnelle et de gestion considérable. Contrairement aux tribunaux dirigés de manière collégiale, le MPC est soumis à une direction monocratique.

Dans ce cadre, l'art. 9 al. 2 LOAP confère au seul procureur général la responsabilité de mettre en place une organisation rationnelle ainsi que de veiller à une affectation efficace des ressources humaines, des moyens financiers et de l'infrastructure. Le procureur général de la Confédération dispose également d'un pouvoir étendu d'émettre des directives à l'intention de tous les collaborateurs du MPC et de donner des instructions en lien avec la conduite de toutes les procédures pénales diligentées par le MPC (art. 13 LOAP)³⁷. De telles prérogatives sont susceptibles d'engendrer des abus de pouvoir de la part du procureur général que seule une autorité de surveillance indépendante et composée d'experts est apte à prévenir.

35 *Ochsner/Killias* (n. 18), 9.

36 RS 173.71.

37 *Ochsner/Killias* (n. 18), 9.

III. L'élection du procureur général de la Confédération

1. Les travaux préparatoires LOAP

En date du 10 septembre 2008, le Conseil fédéral a adopté le message relatif à la LOAP³⁸. Malgré les avis peu favorables émis dans le cadre de la consultation préalable du projet LOAP³⁹, l'art. 18 du Projet de loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (ci-après : P-LOAP) prévoyait l'élection du procureur général et de ses suppléants par le Conseil fédéral⁴⁰, en continuité avec l'ancien régime (art. 16 al. 2 et 3 de l'ancienne Loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934, ci-après : aPPF⁴¹).

Le Conseil fédéral a justifié son choix par le fait que le ministère public relevait, selon lui, de l'exécutif et non pas du judiciaire dans la mesure où celui-ci n'exerçait aucune fonction juridictionnelle. Il a indiqué en particulier que le prononcé d'une ordonnance pénale constituait un acte administratif, ce qui n'est, au vu de la jurisprudence actuelle, pas le cas⁴². Il a également constaté que l'appartenance à l'exécutif avait des racines historiques⁴³. Ce dernier argument pour justifier la compétence du Conseil fédéral n'est pas convaincant, bien au contraire. Le MPC tel qu'il fut institué par la Constitution fédérale de 1848 a connu de si profondes transformations au fil des années qu'il ne s'agit plus de la même institution que l'on connaît aujourd'hui⁴⁴. À l'origine, le procureur général exerçait des tâches administratives dans le cadre de l'administration de la justice et de la police dont la haute responsabilité incombait au Conseil fédéral⁴⁵. Dans ce domaine, la subordination administrative du procureur général au Conseil fédéral était donc chose naturelle⁴⁶. Au fil des années, la compétence fédérale n'a cessé de s'étendre⁴⁷. À partir du 1^{er} janvier 2002, le MPC conduit ses propres enquêtes dans les domaines de

38 FF 2008 7371.

39 *Ibidem*, 7377 ; Résumé du DFJP des résultats de la consultation relative au rapport et à l'avant-projet de loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération, Berne, septembre 2008, 10 s.

40 FF 2008 7431.

41 [RS 312.0].

42 Cf. chapitre II. 3.

43 FF 2008 7371, 7386.

44 *M. Luminati*, Die Entstehung der Staatsanwaltschaft in der Schweiz – ein rechtshistorischer Streifzug, *forumpenale* 2018, 340, 347 s.

45 Art. 103 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 [RS 101].

46 Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les faits en corrélation avec le décès du procureur général Dubois et la condamnation de l'inspecteur de la police fédérale Max Ulrich du 23 août 1958, FF 1958 II 696, 718.

47 *D. Bouverat*, in : Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Y. Jeanneret/A. Kuhn/C. Perrier Depeursinge (édit.), 2^e éd., Bâle 2019, Art. 23 N 2.

la criminalité organisée, du blanchiment d'argent et de la corruption (compétence obligatoire) ainsi que de la criminalité économique pour les cas complexes de dimension nationale ou internationale (compétence facultative)⁴⁸. Désormais, la répartition matérielle des compétences entre la Confédération et les cantons est régie par les art. 23 ss CPP. Dès lors, l'argument de l'appartenance historique pour justifier le rattachement du MPC au Conseil fédéral est non seulement inadéquat mais devrait être utilisé pour justifier la position inverse, à savoir que compte tenu de la nouvelle nature du MPC, il est impératif que celui-ci se détache du Conseil fédéral.

Dans son rapport du 3 juin 2009, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (ci-après : CAJ-E), après avoir examiné de manière approfondie notamment la question de l'élection du procureur général et de ses suppléants, s'est écartée sensiblement des propositions faites par le Conseil fédéral et a proposé à l'unanimité qu'ils soient élus par l'Assemblée fédérale afin de garantir son indépendance⁴⁹. La proposition de la CAJ-E a été approuvée le 19 mars 2010, date de l'adoption de la LOAP⁵⁰. La LOAP est entrée en vigueur en même temps que le CPP en date du 1^{er} janvier 2011⁵¹.

2. Le système en vigueur

L'art. 20 al. 1 LOAP attribue à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) la compétence d'élire le procureur général et ses suppléants. La Commission judiciaire (ci-après : CJ), instituée par le bureau de l'Assemblée fédérale et composée de douze membres du Conseil national et de cinq membres du Conseil des États, est chargée de préparer l'élection (art. 39 al. 4 et 40a al. 1 let. c de la Loi sur l'Assem-

48 Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États (CAJ-E) relatif à la loi sur l'organisation des autorités pénales. Élection du procureur général de la Confédération et surveillance du MPC, 3. 6. 2009, 1 s ; Examen par la Commission de gestion du Conseil national (CdG-N) du fonctionnement des autorités de poursuite pénale de la Confédération, Berne, 17. 4. 2007, 1793 ; Rapport annuel 2006 des Commissions de gestion (CdG) et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, Berne, 19. 1. 2007, 2953 ; Rapport annuel 2005 des CdG et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, Berne, 20. 1. 2006, 4121 ; Rapport d'activité 2016 de l'AS-MPC, 12 s ; *D. Marty*, Haute surveillance et surveillance des autorités judiciaires dans le canton de Vaud, situation actuelle et solutions possibles, 14. 11. 2014, 10 ; *N. Raselli*, Schweizerische Bundesanwaltschaft – Lieber ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende, recht 2020, 213, 214.

49 Communiqué de presse de la Commission des affaires juridiques relatif à l'élection du procureur général de la Confédération par l'Assemblée fédérale, Berne, 12. 5. 2009 ; Rapport CAJ-E (n. 48), 2 ss.

50 BO 2010 CN 336 ss.

51 Art. 79 LOAP et art. 457 CPP.

blée fédérale du 13 décembre 2002, ci-après : LParl⁵²). En ce qui concerne la procédure d'élection, la CJ se charge de la mise au concours publique des postes vacants puis, après avoir procédé à une sélection des candidats, soumet ses propositions à l'Assemblée fédérale (art. 40a al. 2 et 3 LParl).

S'agissant de la marche à suivre pour la procédure de sélection des candidats, la LParl ne fixe aucune règle⁵³. Ainsi, la CJ est libre d'en définir les modalités en organisant par exemple des auditions des candidats, en exigeant la fourniture de certificats et de références ou encore en soumettant les candidats à une procédure d'évaluation externe⁵⁴.

En ce qui concerne les critères de sélection, à l'exception de la détention de la nationalité suisse exigée par l'art. 20 al. 1^{bis} LOAP, la CJ décide en toute souveraineté si un candidat est qualifié pour exercer la fonction de procureur général de la Confédération ou de sa suppléance. En pratique, une description de critères professionnels, personnels et linguistiques apparaît dans l'annonce de mise au concours⁵⁵. En revanche, contrairement aux postes de juge aux tribunaux fédéraux, la CJ affirme que les critères politiques ne jouent aucun rôle en ce qui concerne le MPC⁵⁶.

3. Appréciation critique

a) En lien avec les recommandations internationales

Les principales recommandations émises par certaines instances internationales⁵⁷ en rapport avec le mode de désignation du procureur général concernent premièrement, l'implication d'experts dans le processus de sélection et, secondement, la codification de critères objectifs et non discriminatoires d'éligibilité.

52 RS 171.10.

53 K. Marti, La Commission judiciaire de l'Assemblée fédérale, « Justice – Justiz – Giustizia » 2014, 3.

54 *Ibidem*, 4 et 11.

55 Quatrième cycle d'évaluation du GRECO, Prévention de la corruption des parlementaires, des juges et des procureurs, Rapport d'évaluation de la Suisse, Strasbourg, 2. 12. 2016, N 209; Poste de Procureur/e général/e de la Confédération mis au concours par la CJ de l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) à deux reprises, numéros de référence : 43319 et 44094.

56 Informations relatives aux postes mis au concours par la CJ, <https://www.parlament.ch/fr/organe/commissions/autres-commissions/commission-cj/postes-gk> (3.6.2021); Rapport GRECO Suisse (n. 55), N 209; Marti (n. 53), 11.

57 Telles que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), le Groupe d'États contre la corruption (GRECO), le Conseil consultatif de procureurs européens (CCPE), l'ONU ou encore l'Association internationale des procureurs (IAP).

S'agissant du mode de désignation du procureur général, selon la Commission de Venise, la confiance du peuple ne peut être accordée qu'en présence d'une composante non politique dans le processus de sélection, lequel devrait impliquer la création d'une commission de nomination formée d'experts⁵⁸. Dans les modèles de justice pénale prévoyant une élection du procureur général par le pouvoir législatif impliquant à l'évidence un risque de politisation du processus de nomination, celui-ci pourrait être réduit si une commission parlementaire préparait l'élection en tenant compte de l'avis d'experts⁵⁹. Par ailleurs, le Conseil de l'Europe relève que la réélection (ou l'élection) du procureur général ne devrait pas coïncider avec la législature⁶⁰.

Concernant les critères d'éligibilité, dans les modèles de justice pénale ne prévoyant pas l'institution d'une commission d'experts compétente pour désigner le procureur général, la collaboration avec des spécialistes issus de la communauté juridique et de la société civile afin de définir les critères de sélection et d'identifier les qualifications professionnelles réellement déterminantes des candidats pour le poste permettrait d'éviter une sélection du procureur général sur la base de critères politiques ou de tout autre élément partisan⁶¹.

En ce qui concerne l'élection du procureur général du MPC et de ses suppléants, le transfert de compétence du Conseil fédéral vers l'Assemblée fédérale constitue non seulement une avancée majeure en faveur de l'indépendance de cette autorité pénale mais garantit également une légitimité démocratique plus directe aux représentants de cette institution, essentielle à l'exercice de leur fonction. Toutefois, attribuer à la CJ seule la compétence de préparer l'élection et de sélectionner les candidats à de tels postes, qui plus est en l'absence de tout critère défini dans la loi, si ce n'est celui de détenir la nationalité suisse (art. 20 al. 1^{bis} LOAP), peut mener à certaines dérives. En sus de la difficulté de préserver la confidentialité au sein d'un organe politique composé de 17 parlementaires, en tant que commission de milice, tous les membres de la CJ ne disposent pas forcément des connaissances nécessaires pour procéder à une sélection optimale des candidats.

58 Rapport Commission de Venise (n. 12), N 34.

59 *Ibidem*, N 36.

60 *Ibidem*, N 37. Voir aussi C. Lüscher, Dépolitisation de l'élection du procureur général de la Confédération, initiative parlementaire n° 19.485, Berne, 23.9.2019. Cette initiative vise à réduire la forte politisation de l'élection du procureur général et de ses suppléants en évitant que celle-ci intervienne en même temps que les élections du Parlement.

61 Rapport Commission de Venise (n. 12), N 35 ; Recommandation Comité des Ministres (n. 1), N 5 et 7 ; Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet, adoptés par le 8^e Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, La Havane, 7.9.1990, par. 2 let. a. Ces exigences résultent également des art. 8 al. 2 Cst. féd. et 25 let. c Pacte ONU II.

À cet égard, les propos d'un membre de la CJ rapportés par le journal le Temps en date du 28 septembre 2019 dans le cadre de la réélection de Michael Lauber sont éloquentes. Alors qu'il présidait la CJ, ledit membre a admis que « [...] la discussion autour des torts reprochés au procureur général s'était développée en termes juridiques qu'un « homme de médecine vétérinaire comme lui avait du mal à suivre »⁶². Ce genre d'aveux suscite certaines interrogations lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'expertise d'une telle commission en vue de procéder, en l'absence de l'appui d'un groupe de spécialistes, à la meilleure sélection des candidats sur la base de critères objectifs et non discriminatoires⁶³.

En effet, face à la complexité des problématiques juridiques, le manque d'expertise, inévitable de la part d'une commission composée de miliciens, peut conduire à deux écueils, à tout le moins. Premièrement, il est susceptible de causer d'importants déséquilibres entre les membres de la CJ puisque les positions de ceux disposant de connaissances juridiques suffisantes auront de grandes chances d'influencer l'opinion des autres. Toutefois, cette hypothèse constitue un moindre mal par rapport au second cas de figure ; à défaut de pouvoir juger une problématique ou un candidat en fonction de critères objectifs, les membres de la commission ne disposant pas des connaissances juridiques nécessaires seront plus susceptibles de forger leur opinion sur la base de considérations subjectives, discriminatoires et/ou de nature politique. Pour ces mêmes raisons, la discrétion laissée à une commission parlementaire de milice en ce qui concerne la définition des critères de sélection n'est pas non plus de nature à inspirer une pleine confiance de la part du peuple dans le système d'élection actuel. Il s'ensuit que l'implication d'experts indépendants dans le processus de sélection ainsi que la définition des critères d'éligibilité méritent d'être sérieusement étudiées (cf. chapitre III. 4).

b) En lien avec la procédure de sélection du procureur général de la Confédération (2021-2024)

En date du 1^{er} septembre 2020, le poste de procureur général de la Confédération a été mis au concours suite au départ de Michael Lauber, pour une entrée en fonction le 1^{er} janvier 2021⁶⁴. Toutefois, au terme de la procédure de sélection, estimant qu'aucun des candidats ne possédait les qualifications requises, la CJ a décidé de n'en présenter aucun à l'Assemblée fédérale et a remis une nouvelle fois le poste

62 B. Busslinger, Michael Lauber en ballottage favorable, Le Temps, 28.9.2019.

63 La procédure d'évaluation externe (*assessment*) sur laquelle la CJ s'appuie pour évaluer les candidats n'est pas satisfaisante notamment dans la mesure où le public ignore tout du profil des « experts » mandatés ainsi que de la procédure et des critères d'évaluation.

64 Poste de Procureur/e général/e de la Confédération mis au concours par la CJ de l'Assemblée fédérale (Chambres réunies), numéro de référence : 43319.

au concours⁶⁵, en vain. En effet, la CJ a décidé, une seconde fois, de ne proposer aucun candidat. Le poste a été remis au concours pour la troisième fois, en vue d'une élection par l'Assemblée fédérale à la session d'automne ou d'hiver 2021⁶⁶.

De cette tournure des événements, trois observations peuvent être faites. En premier lieu, la CJ est habilitée à décider souverainement de l'éviction définitive de l'ensemble des candidats au poste de procureur général sans que l'organe d'élection, soit l'Assemblée fédérale (Chambres réunies), n'ait son mot à dire. Une telle prérogative apparaît disproportionnée.

En deuxième lieu, il ressort de divers articles de presse qu'en dépit d'une condamnation pénale prononcée par l'un des candidats à l'encontre d'un membre de la CJ pour des faits commis en 2012, ce dernier a tout de même participé aux délibérations ayant mené à l'éviction du candidat en question⁶⁷. Une telle participation est susceptible de faire naître le doute que cette candidature a été rejetée sur la base de considérations partisans, ce qui est de nature à causer une atteinte à l'impartialité de la CJ en sa qualité d'organe chargé de préparer l'élection.

Enfin, et dans le même sens, le rejet d'un candidat connu pour avoir diligué un certain nombre de procédures pénales à l'encontre de personnalités politiques influentes⁶⁸ fait également naître le soupçon d'une volonté de la CJ d'élire une personnalité plus complaisante vis-à-vis des institutions. Avéré ou non, un tel soupçon, inévitable en présence d'une commission composée exclusivement de politiciens, porte préjudice à l'indépendance du MPC.

4. Propositions de réformes

À titre liminaire, il sied de relever que l'idée d'instaurer une commission formée d'experts indépendants impliqués dans l'élection de magistrats n'est pas nouvelle. À cet égard, il est fait référence aux propositions formulées par la CAJ-E en 2001 déjà, dans le cadre de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale⁶⁹. La Commission avait alors proposé de créer un Conseil de la magistrature,

65 Communiqué de presse de la CJ, Remise au concours du poste de procureur général de la Confédération, Berne, 25. 11. 2020 ; Poste de Procureur/e général/e de la Confédération mis au concours par la CJ de l'Assemblée fédérale (Chambres réunies), numéro de référence : 44094.

66 Communiqué de presse de la CJ, Remise au concours du poste de Procureur général de la Confédération, Berne, 19. 5. 2021 ; Poste de Procureur/e général/e de la Confédération mis au concours par la CJ de l'Assemblée fédérale (Chambres réunies), numéro de référence : 45919.

67 Article de la RTS du 19. 12. 2014, <https://www.rts.ch/info/regions/geneve/6397917-lelu-udc-yves-nidegger-condamne-pour-conduite-brutale-a-geneve.html> (3. 6. 2021) ; C. Lüscher, Il faut revoir le mode d'élection du procureur général de la Confédération, Le Temps, 27. 11. 2020.

68 Telles que Yves Nidegger, Pierre Maudet et Eric Stauffer.

69 Rapport additionnel de la CAJ-E relatif au projet de loi fédérale sur le Conseil de la magistrature, Berne, 16. 11. 2001, FF 2002 1128.

composé de spécialistes hautement qualifiés et élus par l'Assemblée fédérale (lui assurant ainsi une haute légitimité) notamment compétent pour participer à l'élection des juges des tribunaux fédéraux en mettant au concours les postes vacants, en étudiant les dossiers de candidature et en soumettant des propositions à l'Assemblée fédérale⁷⁰. Suite au refus du Conseil des États de créer un tel Conseil, la CAJ-E avait proposé, en date du 3 mars 2002, d'instituer aux côtés de la CJ, un organe consultatif d'experts externe chargé de l'assister pour la préparation des élections⁷¹.

Un tel système aurait permis de garantir une procédure de sélection basée sur des critères objectifs⁷² tout en assurant au candidat élu une forte légitimité démocratique puisque la compétence électorale de l'Assemblée fédérale restait inchangée⁷³. Les Chambres fédérales ont refusé d'instituer un organe consultatif au motif notamment que la CJ était en mesure d'évaluer elle-même l'aptitude des candidats⁷⁴.

La CAJ-E s'est inspirée en partie des propositions précitées pour élaborer avec succès son rapport du 3 juin 2009 relatif à la question de l'élection du procureur général et de ses suppléants par l'Assemblée fédérale⁷⁵. Toutefois, elle n'avait pas repris l'idée qu'elle avait émise en mars 2002 d'instituer, aux côtés de la CJ, un organe consultatif d'experts externe chargé de l'assister pour la préparation des élections.

De cette manière, et considérant l'analogie entre les activités du MPC et celles des autorités judiciaires⁷⁶, la procédure d'élection du procureur général et de ses suppléants a été alignée à celle prévue pour les juges des tribunaux fédéraux. Il n'en demeure pas moins qu'une différence non négligeable subsiste entre l'élection des juges des tribunaux fédéraux et celle du procureur général et de ses suppléants. Tandis que dans le cadre de la première, la CJ veille à une représentation des différentes forces politiques, les critères politiques ne jouent théoriquement aucun rôle s'agissant de la seconde⁷⁷.

Dans la mesure où aucun critère politique n'entre en ligne de compte, l'implication de la CJ dans le processus d'élection du procureur général et de ses suppléants apparaît encore moins indispensable, en tout cas pas en tant que protagoniste unique. Il se justifierait dès lors d'instituer, en lieu et place de la CJ ou aux

70 *Ibidem*, 1132 s.

71 BO 2002 CE 197 ss.

72 Rapport additionnel CAJ-E (n. 69), 1129.

73 *Ibidem*.

74 Organisation judiciaire fédérale. Révision totale, projets 5 et 5a, <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20010023> (3. 6. 2021); *Marti* (n. 53), 4 ss; Rapport CAJ-E (n. 48), 1; BO 2002 CE 206.

75 Rapport CAJ-E (n. 48), 1.

76 Rapport de la CAJ-E, Rapports de travail et traitement du procureur général de la Confédération et de ses suppléants, Berne, 20. 5. 2010, FF 2010 3737, 3738.

77 Informations relatives aux postes mis au concours par la CJ, <https://www.parlament.ch/fr/organe/commissions/autres-commissions/commission-cj/postes-gk> (3. 6. 2021); Rapport GRECO Suisse (n. 55), 50; *Marti* (n. 53), 11.

côtés de celle-ci, un Conseil des procureurs, composé d'experts, chargé de préparer l'élection du procureur général et de ses suppléants⁷⁸. Élu par le Parlement, ce Conseil des procureurs bénéficierait d'une forte légitimité démocratique et permettrait de garantir une procédure de sélection approfondie et professionnelle, basée sur des critères objectifs fixés au préalable.

Dans le canton de Fribourg par exemple, le Conseil de la magistrature, autorité indépendante élue par le Grand Conseil, donne son préavis lors des élections du Ministère public⁷⁹. Ce préavis est remis à la Commission de justice du Grand Conseil, qui rend à son tour un préavis à l'intention du Grand Conseil fondé sur le rapport du Conseil de la magistrature⁸⁰. Le canton du Valais a récemment institué un Conseil de la magistrature doté de compétences similaires⁸¹. La réforme en cours dans le canton de Vaud visant à instituer un Conseil de la magistrature prévoit également d'attribuer à celui-ci certaines compétences en lien avec la procédure de sélection des candidats aux postes de procureurs, aux côtés de la Commission de présentation vaudoise⁸².

Au niveau fédéral, un tel procédé serait tout à fait envisageable et pourrait rapidement être implémenté dans la mesure où nous disposons déjà d'une autorité indépendante composée d'experts, compétente en matière de surveillance, l'Autorité de surveillance du MPC (ci-après : AS-MPC). Celle-ci pourrait reprendre les attributions de la CJ en matière de préparation des élections aux postes de procureur général et de procureurs généraux suppléants, respectivement appuyer cette dernière dans le cadre de ses compétences actuelles. Dans ce dernier cas de figure toutefois, il faudrait veiller à ce que les compétences dévolues à l'AS-MPC ne fassent pas « *double emploi* » avec celles de la CJ afin d'apporter une réelle plus-value à la procédure d'élection et d'éviter des « *risques concrets de blocages et de tensions entre ces deux organes* »⁸³.

En ce qui concerne plus particulièrement la procédure de sélection ainsi que les critères d'éligibilité, il est essentiel que ceux-ci soient codifiés en vue de garan-

78 Cf. également *Marty* (n. 48), 25.

79 Art. 103 al. 1 let. d et e, 125 et 128 Cst.-FR.

80 Art. 13 al. 2 de la Loi fribourgeoise sur la justice du 31 mai 2010 (RS/FR 130.1) et art. 16 al. 1 let. b de la Loi fribourgeoise sur le Grand Conseil du 6 septembre 2006 (RS/FR 121.1); *A. De Weck*, Élection, réélection et surveillance : rencontre des pouvoirs judiciaire et politique, « *Justice – Justiz – Giustizia* » 2008, N 34.

81 Art. 65a al. 5 let. d Cst.-VS; art. 46 s de la Loi valaisanne sur le Conseil de la magistrature du 13 septembre 2019 (RS/VS 173.7).

82 Rapport explicatif du Conseil d'État du canton de Vaud et avant-projet de loi sur le Conseil de la magistrature, Lausanne, 29. 4. 2020, 9 et 20.

83 À ce propos, voir les craintes émises par le Tribunal cantonal vaudois dans le cadre de ses déterminations relatives à l'avant-projet de loi sur le Conseil de la magistrature, Lausanne, 3. 9. 2020, 4.

tir une certaine transparence⁸⁴. Il est également indispensable de légiférer sur la récusation des experts, respectivement des membres de la CJ, afin d'éviter qu'un nouvel incident de ce type ne se reproduise⁸⁵.

Par ailleurs, contrairement aux prérogatives actuellement dévolues à la CJ, le ou les organes chargés de préparer l'élection du procureur général et de ses suppléants devraient uniquement disposer de la compétence de préavisier les candidatures à l'attention de l'Assemblée fédérale et non pas celle d'exclure les candidats de manière souveraine sans que le Parlement n'ait son mot à dire.

Enfin, il est fondamental que la période d'élection du procureur général et de ses suppléants ne coïncide pas avec celle des membres de l'Assemblée fédérale⁸⁶.

IV. La période de fonction, la réélection, la révocation et la non-réélection du procureur général de la Confédération

1. Les travaux préparatoires LOAP

En continuité avec l'ancien régime (art. 16 al. 2 aPPF), l'art. 18 al. 3 P-LOAP prévoyait une période de fonction de tous les procureurs du MPC pour une durée de quatre ans. De plus, le Conseil fédéral souhaitait que le statut de l'ensemble des collaborateurs du MPC continue d'être régi par le droit applicable au personnel de la Confédération (art. 19 P-LOAP)⁸⁷. Dans son message, le Conseil fédéral explique avoir maintenu une période de fonction fixe afin d'offrir aux procureurs « *une certaine garantie face aux influences illicites [...]* »⁸⁸. En effet, bien que le Conseil fédé-

84 Par exemple, art. 128 Cst.-FR, art. 27 ss du Règlement fribourgeois du Conseil de la magistrature du 14 janvier 2019 (RS/FR 130.21) ; art. 8a de la Loi jurassienne d'organisation judiciaire du 23 février 2000 (RS/JU 181.1), art. 8a et 8b du Règlement jurassien du Conseil de surveillance de la magistrature du 14 juin 2007 (RS/JU 181.112) ; Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010, art. 100 (RS/ZH 211.1), Verordnung über das Wahlfähigkeitszeugnis für Staatsanwältinnen und Staatsanwälte vom 22. Juni 2005, art. 2 ss (RS/ZH 213.23) ; Legge sull'organizzazione giudiziaria del 10 maggio 2006, art. 2 ss et 17 (RS/TI 177.100), Regolamento della Commissione d'esperti indipendenti per l'esame e il preavviso delle nuove candidature all'elezione dei magistrati del 24 settembre 2019, art. 2 ss (RS/TI 177.415).

85 Par exemple, art. 24 du Règlement fribourgeois du Conseil de la magistrature du 14 janvier 2019 (RS/FR 130.21) ; art. 4 du Règlement jurassien du Conseil de surveillance de la magistrature du 14 juin 2007 (RS/JU 181.112).

86 Rapport Commission de Venise (n. 12), N 37 ; Lüscher (n. 60).

87 FF 2008 7431, 7435 ; FF 2008 7371, 7400 s.

88 FF 2008 7371, 7400. Durant la période de fonction des procureurs, une résiliation par l'autorité de nomination ne peut avoir lieu qu'en présence d'un motif de résiliation immédiate ne permettant plus d'exiger la continuation des rapports de travail. En revanche, au terme de la période de fonction, une résiliation ordinaire demeure possible (art. 12 al. 6 et 7 de la Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1 ; art. 32 al. 3 let. a et b de l'Ordonnance sur le personnel de la Confédération du 3 juillet 2001, RS 172.220.111.3, dans leur version initiale).

ral ait estimé que le ministère public relevait, selon lui, de l'exécutif, compte tenu de ses fonctions et de ses racines historiques⁸⁹, il a néanmoins admis qu'en tant qu'autorité de poursuite pénale, le procureur général devait tout de même jouir d'une certaine indépendance vis-à-vis de l'exécutif afin d'éviter tout abus de pouvoir de la part du Conseil fédéral⁹⁰.

Dans son rapport du 3 juin 2009, la CAJ-E avait maintenu le principe d'une période de fonction pour l'ensemble des procureurs fédéraux, également fixée à quatre ans. Concernant leur statut, elle avait en revanche fait une distinction entre, d'une part, le procureur général de la Confédération et ses suppléants pour lesquels une ordonnance régissant spécifiquement leurs rapports de travail devait être édictée par l'Assemblée fédérale et, d'autre part, les autres procureurs fédéraux qui restaient soumis au droit applicable au personnel de la Confédération⁹¹. En matière de destitution du procureur général et de ses suppléants, la CAJ-E prévoyait d'attribuer la compétence à l'Assemblée fédérale assurant ainsi une symétrie entre la nomination et la destitution⁹². La proposition de la CAJ-E a été approuvée par le Parlement le 19 mars 2010, date de l'adoption de la LOAP⁹³.

2. Le système en vigueur

L'art. 20 al. 3 LOAP prévoit une période de fonction du procureur général et de ses suppléants d'une durée de quatre ans. Compte tenu de leur statut de magistrats⁹⁴, ces procureurs ne sont pas soumis à la législation applicable au personnel de la Confédération (art. 22 LOAP). Leurs rapports de travail sont régis par une ordonnance de l'Assemblée fédérale⁹⁵, tout comme les juges du TPF et du TAF⁹⁶.

La CJ est compétente pour préparer l'élection (la réélection) et la révocation du procureur général et de ses suppléants et soumet ses propositions y relatives à l'Assemblée fédérale. Dans ce cadre, les Commissions de gestion ainsi que la Délégation des finances sont tenues de lui communiquer tout élément qui met sérieu-

89 FF 2008 7371, 7386.

90 FF 2008 7371, 7387.

91 Rapport CAJ-E (n. 48), 4 s.

92 BO 2009 CE 592.

93 BO 2010 CN 336 ss.

94 Rapport CAJ-E (n. 76), FF 2010 3737, 3738 ; Avis du Conseil fédéral sur l'initiative parlementaire relative aux Rapports de travail et traitement du procureur général de la Confédération et de ses suppléants, Berne, 4.6.2010, FF 2010 3763, 3764.

95 Ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les rapports de travail et le traitement du procureur général de la Confédération et des procureurs généraux suppléants du 1^{er} octobre 2010, RS 173.712.23.

96 *Burger-Mittner* (n. 24), 202 s.

sement en cause l'aptitude professionnelle ou personnelle des procureurs (art. 40a al. 1 let. c, al. 3 et al. 6 LParl). S'agissant de ce dernier élément, la CJ ne disposant d'aucune compétence en matière de surveillance, le devoir d'information auquel sont tenues les Commissions de gestion et la Délégation des finances revêt une importance particulière⁹⁷.

S'agissant de la problématique liée à la non-réélection, la LOAP ne contient aucune règle spécifique en la matière⁹⁸. En ce qui concerne la question de la révocation, l'art. 21 LOAP dispose que l'autorité peut révoquer un membre du MPC avant la fin de sa période de fonction s'il a commis une violation grave de ses devoirs de fonction de manière intentionnelle ou par négligence grave (let. a) ou s'il n'est durablement plus capable d'exercer sa fonction (let. b).

En date du 3 mars 2011, la CJ a édicté des Principes d'action concernant la procédure à suivre en vue de révocation et de non-réélection, notamment applicables au procureur général du MPC et à ses suppléants (ci-après : Principes d'action)⁹⁹. Ces Principes d'action fixent notamment les principes généraux en lien avec la procédure à suivre en vue de révocation et de non-réélection (art. 2), les devoirs de récusation des membres de la CJ (art. 3) ainsi que les conditions d'ouverture d'une procédure de révocation (art. 5).

3. Appréciation critique

a) En lien avec les recommandations internationales

Afin de garantir la stabilité du mandat du procureur général et d'éviter tout risque de complaisance de ce dernier vis-à-vis de son organe de désignation – à plus forte raison lorsqu'il s'agit du Gouvernement ou du Parlement, lesquels sont régulièrement affectés par des changements politiques –, il est impératif que le représentant du ministère public soit nommé pour une période suffisamment longue ou à titre permanent¹⁰⁰. À défaut de mandat unique, il est essentiel dans une société démocratique que le pouvoir de réélire le représentant du ministère public ne soit

97 *Marti* (n. 53), 3.

98 ATAF 2016/11, consid. 4.1 ; arrêts du TAF A-4319/2015 du 16.3.2016, consid. 3.1 ; A-4054/2015 du 15.2.2016, consid. 3.1.

99 Ces principes ont d'abord fait l'objet d'une publication au RO (RO 2011 5221). Ainsi que le relèvent *P. Mahon et R. Schaller*, ils ont par la suite été retirés, sans doute suite au constat qu'ils n'avaient pas qualité de règles de droit. Cf. *P. Mahon/R. Schaller*, Le système de réélection des juges : évidence démocratique ou épée de Damoclès ?, « Justice – Justiz – Giustizia » 2013, n° 27.

100 Avis N 9 du Conseil consultatif de procureurs européens sur les normes et principes européens concernant les procureurs, Strasbourg, 17.12.2014, N 56.

détenu ni par le pouvoir législatif ni par le pouvoir exécutif¹⁰¹. Si cette compétence devait quand même être attribuée auxdits pouvoirs, le Conseil de l'Europe insiste sur le fait que « [l]a durée du mandat ne devrait pas coïncider avec la législature, afin de garantir une plus grande stabilité au procureur et de le mettre à l'abri des changements politiques »¹⁰².

En Suisse, le système de réélection applicable au procureur général et à ses suppléants n'est pas conforme aux recommandations internationales. Non seulement les procureurs sont nommés pour une période de fonction courte, mais en plus la compétence de les réélire est attribuée au pouvoir législatif sans égard à la période à laquelle intervient le renouvellement de l'Assemblée fédérale. S'agissant de ce dernier élément, une initiative parlementaire a été déposée en date du 23 septembre 2019 visant à dépolitiser l'élection du procureur général de la Confédération en prévoyant un certain laps de temps entre les élections fédérales et l'élection du procureur général et de ses suppléants¹⁰³.

En matière de révocation, de nombreux modèles de justice pénale attribuent la compétence de révoquer le représentant du ministère public au Parlement, à tout le moins lorsque celui-ci est en charge de son élection¹⁰⁴. Dans un tel cas de figure, quand bien même le procureur général bénéficierait du droit d'être entendu afin de plaider sa cause équitablement¹⁰⁵, un risque de politisation de la procédure de révocation subsiste. En effet, ainsi que le relève la Commission de Venise, « [n]on seulement il faut tenir compte du risque que constituent les pressions populistes susceptibles d'être exercées au sein du Parlement concernant une affaire donnée, mais aussi la responsabilité devant le Parlement peut inciter indirectement un procureur à éviter de prendre des décisions impopulaires et à prendre des mesures notoirement populaires au Parlement »¹⁰⁶. Par ailleurs, s'agissant des motifs de révocation, ceux-ci doivent être prévus par la loi¹⁰⁷.

En Suisse, la compétence de révoquer le procureur général et ses suppléants appartient à l'Assemblée fédérale. De ce fait, un risque de politisation ne peut être exclu. Toutefois, attribuer la compétence à un autre organe que le Parlement ôterait un degré important de légitimité démocratique à un tel processus, ce qui n'est pas souhaitable. En revanche, compte tenu des enjeux d'une telle procédure et afin

101 Rapport Commission de Venise (n. 12), N 37.

102 *Ibidem*.

103 *Lüscher* (n. 60). Voir également *Marty* (n. 48), 14 s.

104 Avis du Conseil de l'Europe sur le projet de loi relatif au parquet et sur le projet de loi relatif au Conseil des procureurs de l'ex-République yougoslave de Macédoine», Strasbourg, 20.3.2007, N 25 ; Rapport Commission de Venise (n. 12), N 42.

105 Rapport Commission de Venise (n. 12), N 40.

106 Rapport Commission de Venise (n. 12), N 42 ; Avis Conseil de l'Europe (n. 104), N 25.

107 Rapport Commission de Venise (n. 12), N 39.

de limiter le risque de politisation, il est essentiel qu'en sus des motifs de révocation (art. 21 LOAP), la LOAP décrive également la procédure de révocation. Celle-ci est actuellement définie par des Principes d'action qui ne revêtent pas la qualité de règles de droit, ce qui n'est pas satisfaisant du point de vue de la sécurité du droit.

b) En lien avec la non-réélection du procureur général de la Confédération Erwin Beyeler

Depuis l'entrée en vigueur de la LOAP, la première réélection sur laquelle l'Assemblée fédérale eut à se prononcer fut celle du procureur général Erwin Beyeler pour la période de fonction 2012 à 2015.

Après avoir procédé à des investigations approfondies, la CJ a adopté, en date du 25 mai 2011, sa proposition définitive à l'intention de l'Assemblée fédérale. Par 9 voix contre 7 et 1 abstention, la CJ proposa de réélire Erwin Beyeler, estimant infondées les critiques émises contre celui-ci en ce qui concerne son intégrité et sa capacité de direction¹⁰⁸.

Le 15 juin 2011, alors qu'Erwin Beyeler est soutenu par le groupe libéral-radical, le groupe socialiste, le groupe PDC/PEV/PVL ainsi que le groupe PBD, à l'exception du groupe UDC¹⁰⁹, celui-ci n'obtient que 109 voix sur 227 bulletins. La majorité absolue étant fixée à 114 voix, il n'est donc pas réélu par l'Assemblée fédérale¹¹⁰.

En ce qui concerne les interventions parlementaires préalables au vote, il ressort du bulletin officiel qu'une seule intervention visant à convaincre l'Assemblée fédérale de ne pas réélire Erwin Beyeler eut lieu. À l'appui de sa proposition de non-réélection, le parlementaire en question s'est insurgé principalement de l'existence d'une procédure pénale diligentée à l'encontre d'un ancien intermédiaire financier, Oskar Holenweger. Cette procédure pénale, ouverte par l'ancien procureur général Valentin Roschacher, s'est soldée par un acquittement au TPF lorsqu'Erwin Beyeler dirigeait le MPC¹¹¹.

Les circonstances ainsi que la couverture médiatique entourant cette procédure pénale méritent d'être abordées plus en détail car elles ont joué un rôle non négligeable dans le départ de Valentin Roschacher et, au vu de l'intervention du parlementaire en question, dans la non-réélection d'Erwin Beyeler.

En juin 2006, la Weltwoche publie un article très critique à l'encontre du procureur Roschacher et des méthodes d'investigation du MPC en lien avec la pro-

108 Rapport de la Commission judiciaire, Procureur général et procureurs généraux suppléants. Élection pour la période de fonction 2012-2015, Berne, 25. 5. 2011, 2.

109 BO 2011 AF 1304 ss.

110 *Ibidem.*

111 *Ibidem.*

cédure pénale en cours contre Holenweger¹¹². Cet article a suscité de vives réactions. À cette période, la Cour des plaintes du TPF – alors autorité de surveillance matérielle du MPC – avait déclaré à certains médias qu'aucune intervention immédiate de sa part ne se justifiait et qu'elle prévoyait d'examiner cette affaire dans le cadre de ses activités de surveillance ordinaires. Pourtant, quelques jours plus tard, après que le chef du DFJP, qui connaissait personnellement Oskar Holenweger¹¹³, eut contacté le président de la Cour des plaintes afin de procéder à une appréciation de la situation, les deux autorités de surveillance du MPC décidèrent de procéder à un examen extraordinaire de l'activité du MPC dans leur domaine de compétence respectif¹¹⁴.

Bien que les deux rapports de surveillance ainsi que le rapport d'enquête de la Commission de gestion du Conseil national (ci-après : CdG-N) relevant de la haute surveillance parlementaire concluent à l'absence de dysfonctionnement au sein du MPC¹¹⁵, la pression médiatique autour de cette affaire ainsi que la tournure des événements ont contribué de manière substantielle à la détérioration de la relation de confiance entre le chef du DFJP et Valentin Roschacher qui s'est soldée par le départ, sous pression, du procureur général de la Confédération un mois plus tard¹¹⁶.

Par ailleurs, il sied de relever qu'en raison des informations contenues dans le rapport d'enquête relevant de la haute surveillance élaboré en 2007 par la CdG-N, le chef du DFJP ainsi qu'un second élu UDC – qui s'avère être le parlementaire qui est intervenu à l'Assemblée fédérale quatre ans plus tard afin de convaincre celle-ci de ne pas voter en faveur de la réélection d'Erwin Beyeler – ont déposé, courant 2008, une plainte pénale auprès du MPC contre des membres de la CdG-N et du MPC pour violation du secret de fonction, tentative de contrainte et groupement illicite, en vain¹¹⁷. Autrement dit, l'instruction pénale contre Holenweger avait pris une tournure politique.

En succédant à Valentin Roschacher, Erwin Beyeler a hérité de ce dossier fortement controversé. Or il ressort des investigations approfondies menées par la CJ dans le cadre de la procédure de réélection d'Erwin Beyeler¹¹⁸ qu'aucun reproche

112 Examen par la CdG-N du fonctionnement des autorités de poursuite pénale de la Confédération, Berne, 5.9.2007, 1827.

113 *Ibidem*, 1860.

114 La Cour des plaintes est l'autorité de surveillance matérielle du MPC et le DFJP, sur mandat du Conseil fédéral, exerce la surveillance administrative du MPC. Examen CdG-N (n. 112), 1828.

115 Examen CdG-N (n. 112), 1790 s, 1827 ss, 1838 ss et 1846 ss.

116 *Ibidem*, 1856 ss.

117 Rapport annuel 2009 des CdG et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, Berne, 22.1.2010, 2490 s ; Rapport annuel 2008 des CdG et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, Berne, 23.1.2009, 2257 ss.

118 Rapport CJ 2012-2015 (n. 108).

sérieux tel que des erreurs de jugement répétées ne pouvait être formulé à son encontre, de sorte que les critiques émises contre celui-ci notamment par les médias étaient infondées¹¹⁹. Il apparaît dès lors que les reproches formulés par le parlementaire en question en lien avec la procédure pénale contre Holenweger à l'appui de la non-réélection du procureur général étaient de nature purement politique.

Une fois élu, le procureur général ne devrait pas craindre de perdre son poste au motif qu'il a ouvert (ou continué d'instruire) une procédure pénale à l'encontre de personnes proches de forces politiques dominantes¹²⁰. Pour reprendre les propos de Corboz, au sujet des juges, transposables à notre avis aux procureurs : « [a]vec la non-réélection, un juge pourrait être écarté sur la base de rumeurs, sans avoir pu s'expliquer, sans que des preuves soient administrées et sans rendre une décision motivée ; il suffit de constater que le candidat à la réélection n'a pas réuni le nombre de voix requis. Ce système permet d'éliminer un juge sans devoir donner d'autres explications que le nombre de voix, ce qui peut cacher des motivations inavouables »¹²¹. Le cas d'Erwin Beyeler illustre qu'un tel risque n'est pas seulement théorique.

Par conséquent, compte tenu de l'existence du système de réélection par l'Assemblée fédérale, le procureur général sera, à l'évidence, plus enclin à éviter de prendre des risques en s'abstenant de poursuivre des personnes influentes. Un tel système porte dès lors un lourd préjudice à l'indépendance du MPC.

c) En lien avec la réélection du procureur général de la Confédération
Michael Lauber

Initialement, la réélection du procureur général devait avoir lieu à la session d'été 2019. La CJ avait planifié l'adoption de sa proposition définitive à l'intention de l'Assemblée fédérale en mai 2019¹²².

Toutefois, en date du 10 mai 2019, l'AS-MPC a annoncé l'ouverture d'une enquête disciplinaire à l'encontre de Michael Lauber en raison notamment de la découverte de nouveaux éléments en lien avec les rencontres informelles entre le procureur général et le président de la FIFA.

Suite à cette annonce, la CJ a procédé à des investigations supplémentaires dans le cadre de la réélection du procureur général et a proposé à l'Assemblée fédérale de reporter la réélection à la session d'automne 2019, espérant ainsi dispo-

119 *Ibidem*, 2 ; Conférence de presse de la CJ, Berne, 25.5.2011, <https://www.parlament.ch/fr/services/news/Pages/2011/mm-sda-2011-05-25.aspx> (3.6.2021).

120 En ce sens (mais à propos de la réélection des juges), Mahon/Schaller (n. 99), N 32 ; B. Corboz, L'indépendance des juges et le système de la réélection périodique, « Justice – Justiz – Giustizia » 2011, N 5.

121 Corboz (n. 120), N 8 ; Mahon/Schaller (n. 99), N 32.

122 Rapport de la CJ, Procureur général. Élection pour la période de fonction 2020-2023, 2.

ser d'un rapport intermédiaire sur l'état d'avancement de l'enquête disciplinaire dans l'intervalle¹²³. Toutefois, compte tenu des droits procéduraux du procureur général ainsi que du droit à l'information limité de la CJ, un tel espoir d'obtenir des informations sur l'avancement de l'enquête s'est révélé vain¹²⁴.

En date du 12 septembre 2019, la CJ a adopté sa proposition à l'intention de l'Assemblée fédérale. Par 9 voix contre 6 et 1 abstention, elle a proposé de ne pas réélire Michael Lauber. Une minorité des membres de la commission a toutefois déposé une proposition en faveur de la réélection du procureur général¹²⁵.

Le 25 septembre 2019, malgré la proposition de non-réélection émise par la majorité des membres de la CJ, l'Assemblée fédérale a décidé de réélire Michael Lauber pour la période de fonction 2020 à 2023, par 129 voix sur 244 (la majorité absolue étant fixée à 122 voix)¹²⁶.

En date du 2 mars 2020, l'AS-MPC a rendu une décision disciplinaire à l'encontre de Michael Lauber de laquelle il ressort en substance que celui-ci a violé plusieurs devoirs de fonctions¹²⁷. Prenant acte de cette décision ainsi que du recours déposé par le procureur général à l'encontre de celle-ci auprès du TAF, la CJ a décidé d'ouvrir, en date du 20 mai 2020, une procédure de révocation à l'encontre de Michael Lauber en raison d'un soupçon fondé de violation grave de ses devoirs de fonction. Toutefois, une minorité des membres de la CJ préconisait d'attendre la décision du TAF avant de se prononcer sur l'ouverture d'une procédure de révocation¹²⁸.

Dans l'intervalle, le TAF a confirmé la grave violation des devoirs de fonction du procureur général constatée par l'AS-MPC dans le cadre de sa décision disciplinaire¹²⁹. Prenant acte de l'arrêt du TAF, Michael Lauber a résilié ses rapports de travail au 31 janvier 2021, mais a quitté ses fonctions de manière anticipée au 31 août 2020¹³⁰.

Tandis que la non-réélection d'Erwin Beyeler illustre les dangers d'une décision politique de la part de l'Assemblée fédérale, la réélection du procureur général Michael Lauber démontre quant à elle l'inefficacité d'un tel système à prévenir les dysfonctionnements imputables à la direction du MPC.

123 *Ibidem.*

124 *Ibidem*, 3.

125 *Ibidem*, 3 ss.

126 BO 2019 AF 2009 ss.

127 Rapport d'enquête disciplinaire de l'AS-MPC contre le Procureur général du Ministère public de la Confédération Michael Lauber, Berne, 2. 3. 2020.

128 Communiqué de presse de la CJ, Ouverture d'une procédure de révocation à l'encontre du procureur général de la Confédération Michael Lauber, Berne, 20. 5. 2020.

129 Arrêt du TAF A-2138/2020 du 22. 7. 2020.

130 Communiqué de presse de la CJ, Le procureur général de la Confédération Michael Lauber quittera ses fonctions au 31 août 2020, Berne, 19. 8. 2020.

Ainsi que le relèvent Mahon et Schaller, « [l]a procédure de réélection à intervalles réguliers, ou plutôt la non-réélection, ne paraît en effet pas le moyen le plus propre pour se débarrasser d'un magistrat qui « dysfonctionnerait » gravement, ou ne remplirait plus les conditions d'éligibilité, ne serait-ce que parce qu'il faudrait alors parfois attendre plusieurs années, jusqu'au terme prévu de la réélection, avant de pouvoir le révoquer. La non-réélection comme instrument de surveillance suscite ainsi plus de questions qu'elle n'en résout [...] Pour ne prendre qu'un seul exemple de ces questions : à supposer qu'une instruction disciplinaire ou administrative soit ouverte à l'encontre d'un magistrat peu avant l'échéance de son mandat, c'est-à-dire peu avant sa réélection, cette instruction lie-t-elle l'autorité de réélection et, le cas échéant, dans quelle mesure (sachant que la réélection – ou la non-réélection – doit intervenir dans un certain délai) ? À l'inverse, la réélection de ce magistrat par l'autorité « politique » compétente en la matière a-t-elle pour effet de l'amnistier en quelque sorte, c'est-à-dire d'effacer l'ardoise de l'instruction disciplinaire ou administrative, ou reste-t-elle au contraire sans aucun effet sur celle-ci ? »¹³¹.

La réélection de Michael Lauber illustre parfaitement une telle problématique. Celle-ci est intervenue alors qu'une procédure disciplinaire à son encontre était en cours. Bien que la réélection par le Parlement ait été reportée une première fois, dans l'espoir (vain) d'obtenir dans l'intervalle des informations sur l'état d'avancement de la procédure diligentée par l'AS-MPC, elle a quand même dû avoir lieu avant les résultats de la procédure disciplinaire. Dans ces circonstances, le système de réélection n'a fait que de renforcer les tensions suscitées par l'affaire FIFA et a porté un coup à la crédibilité de l'institution puisque celle-ci a hérité d'un procureur général visé par une enquête disciplinaire en cours.

Résultat. Cinq mois plus tard, l'AS-MPC rend sa décision à l'encontre de Michael Lauber fraîchement réélu. Constatant de nombreux manquements graves de la part du procureur général, l'AS-MPC le sanctionne par une réduction de 8 % de son salaire pendant un an mais ne requiert pas sa révocation ainsi que le lui permet l'art. 19 de l'Ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant l'organisation et les tâches de l'autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération du 1^{er} octobre 2010 (ci-après : Ordonnance AS-MPC)¹³². Or en l'absence d'une telle proposition de révocation, la CJ a été confrontée à une problématique que le législateur n'avait pas réglementée de manière claire, celle de l'articulation entre la procédure disciplinaire et la procédure de révocation¹³³. Elle a ainsi requis un avis de droit à l'Office fédéral de la justice sur la question. Dans l'intervalle, Michael Lauber a démissionné, rendant sans objet la procédure de révocation dirigée à son en-

131 Mahon/Schaller (n. 99), N 61.

132 RS 173.712.24 ; Rapport d'enquête disciplinaire AS-MPC (n. 127), 41 ; Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 22.

133 Mohler (n. 29), N 86.

contre. Toutefois, le flou juridique demeure. Il est dès lors indispensable de légiférer sur la question afin de mieux coordonner ces procédures.

Dans un tel contexte, nous concluons ce chapitre en reprenant les propos de Mahon et Schaller qui suivent : « [...] le rôle de la procédure < politique > de la réélection en devient fort ambigu, pour ne pas dire totalement obscur, puisqu'elle fait en quelque sorte double emploi avec ces procédures disciplinaires ou administratives : à quoi sert le mécanisme de la réélection si, d'un côté, il ne saurait conduire à des non-réélections pour des motifs d'ordre purement politique, sous peine de violer l'indépendance de la justice, mais en même temps, d'un autre côté, il n'est pas nécessaire, ni même approprié, pour corriger les éventuelles < erreurs de casting >, puisqu'il existe à cet effet des moyens plus adéquats et appropriés [à savoir, dans ce cas de figure, la révocation prévue par l'art. 21 LOAP] »¹³⁴.

4. Propositions de réformes

En ce qui concerne la durée de fonction du procureur général et de ses suppléants, il ressort des recommandations internationales, de la casuistique du MPC et de la doctrine¹³⁵ que le système de réélection périodique des procureurs n'est plus satisfaisant.

Comme préconisé par plusieurs auteurs¹³⁶, la solution choisie par le canton de Fribourg pourrait servir de modèle puisqu'elle garantit aux procureurs et aux juges le maintien dans leurs fonctions, sous réserve de la révocation. En vertu de l'art. 121 al. 2 Cst.FR, « [l]es membres du pouvoir judiciaire et du Ministère public sont élus pour une durée indéterminée. Ils peuvent être révoqués par l'autorité d'élection dans les seuls cas prévus par la loi ». Une telle solution devrait être appliquée à tous les procureurs, et non pas seulement au procureur général ainsi qu'à ses suppléants. En effet, la casuistique produite sous l'ère Lauber a démontré que le régime applicable aux autres procureurs fédéraux ne permettait pas de les protéger d'un licenciement injustifié de la part de l'autorité de nomination, en particulier au mo-

134 Mahon/Schaller (n. 99), N 60.

135 S'agissant des procureurs : Kiener/Cupa (n. 6), 413 s ; Marty (n. 48), 14, 20 et 26. Pour un avis contraire, voir Burger-Mittner (n. 24), 204 s. En ce qui concerne les juges : Corboz (n. 120), N 4 ; De Weck (n. 80), N 46 ; R. Kiener, *Richterliche Unabhängigkeit*, Berne 2001, 279 ; Mahon/Schaller (n. 99), 1 et N 64.

136 En ce qui concerne les procureurs : Marty (n. 48), 20 et 26. En ce qui concerne les juges : Kiener (n. 135), 279 ; D. Longo, *Le procureur : véritable magistrat ou « simple » fonctionnaire ?*, « Justice – Justiz – Giustizia » 2019, N 12 ; Mahon/Schaller (n. 99), 1 et N 64.

ment de la reconduction des rapports de travail des procureurs pour une nouvelle période de fonction¹³⁷.

En ce qui concerne la procédure de révocation, il est indispensable que celle-ci soit décrite de manière détaillée dans une loi comme c'est le cas dans plusieurs cantons¹³⁸ et non pas dans des Principes d'action.

Par ailleurs, le modèle fribourgeois prévoit une solution très intéressante en ce qui concerne le poste de procureur général. Selon l'art. 66 al. 3 de la Loi fribourgeoise sur la justice du 31 mai 2010¹³⁹, seul un procureur peut être désigné procureur général, ceci pour une période de fonction de cinq ans. Il n'est rééligible que deux fois. En cas de non-réélection, la personne concernée continue d'assumer la fonction de procureur pour laquelle elle a été élue pour une durée indéterminée¹⁴⁰.

V. La surveillance

1. L'historique et les travaux préparatoires LOAP

Depuis sa création et jusqu'en 2002, le Conseil fédéral avait la compétence de surveiller le MPC, par l'intermédiaire du DFJP. Avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2002, du projet tendant à l'amélioration de l'efficacité et de la légalité dans la

137 À l'issue de leur période de fonction, cinq procureurs fédéraux n'ont pas été reconduits par le procureur général. S'agissant des raisons ayant incité Michael Lauber à ne pas reconduire les mandats en question, celui-ci a relevé que le principal problème n'était pas les compétences professionnelles des procureurs en question, mais leur conduite personnelle (AS-MPC, Inspektion des Generalsekretariat der Bundesanwaltschaft, Berne, 7.12.2020, 80 s). Trois d'entre eux ont recouru au TAF contre leur décision de non-reconduction. Les recours ont été partiellement admis. Dans ce cadre, après avoir relevé des vices de procédures graves de la part du procureur général tels que la violation du droit d'être entendu des procureurs fédéraux et l'absence d'avertissement préalable au prononcé de leur non-reconduction, le TAF a retenu que les décisions litigieuses ont été rendues en l'absence de motifs objectivement suffisants et étaient de ce fait injustifiées. Il a également admis l'existence d'une atteinte à la personnalité des procureurs fédéraux en lien avec la façon dont le MPC a mis un terme aux rapports de travail. Toutefois, malgré le degré élevé d'illicéité dont les décisions litigieuses étaient entachées, le TAF n'a pas considéré ces licenciements comme abusifs de sorte que les procureurs n'ont pas pu réintégrer leur poste. (ATAF 2016/11, consid. 9.1, 10.6; arrêts du TAF A-4319/2015 du 16.3.2016, consid. 4.2, 5.2.3, 5.3, 7.2.3, 7.3.3, 7.4, 9.3 et A-4054/2015 du 15.2.2016, consid. 4.2, 5.2.4, 7.2.3, 7.2.4, 7.3.3, 7.4, 9.3).

138 Par exemple, art. 103 ss de la Loi fribourgeoise sur la justice du 31 mai 2010 (RS/FR 130.1); art. 32 ss de la Loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 (RS/VD 173.01); Legge sull'organizzazione giudiziaria del 10 maggio 2006, art. 80 ss (RS/TI 177.100).

139 RSF 130.1.

140 Message N 175 du Conseil d'État au Grand Conseil accompagnant le projet de loi sur la justice (LJ), Fribourg, 14.12.2009, 25.

poursuite pénale¹⁴¹, la surveillance du MPC a été répartie en deux volets distincts, administratif et matériel. Cette répartition avait pour ambition d'assurer l'indépendance fonctionnelle du MPC par rapport au Conseil fédéral tout en soumettant les actes et les omissions du procureur général à un contrôle judiciaire. En ce qui concerne le volet administratif, en sa qualité d'autorité de nomination, le Conseil fédéral tenait à préserver certaines attributions de surveillance en matière de personnel, disciplinaire et financière¹⁴². Ainsi, d'un point de vue administratif, le MPC était subordonné au DFJP en tant qu'unité décentralisée de l'administration fédérale¹⁴³. S'agissant du volet matériel de la surveillance, celui-ci portait notamment sur les plaintes dirigées contre des opérations ou des omissions du procureur général ainsi que sur les recherches de la police judiciaire et sur l'instruction préparatoire¹⁴⁴. La surveillance matérielle du MPC fut attribuée à la Chambre d'accusation du TF, puis à la Cour des plaintes du TPF, à partir de son entrée en fonction le 1^{er} avril 2004¹⁴⁵. Confrontée à la pratique, la réglementation de la surveillance duale du MPC s'est rapidement avérée lacunaire, créant d'importantes incertitudes en ce qui concerne la délimitation des compétences¹⁴⁶.

Par conséquent, dans son message relatif à la LOAP, le Conseil fédéral a proposé de réunir la surveillance entre les mains du Conseil fédéral *in corpore*, exercée par le DFJP, en précisant qu'il lui était interdit de donner des instructions au MPC relatives à une procédure déterminée¹⁴⁷.

Dans son rapport du 3 juin 2009, la CAJ-E, après avoir examiné de manière approfondie la question de la surveillance du MPC, s'est sensiblement écartée des propositions faites par le Conseil fédéral et a proposé à l'unanimité qu'une autorité indépendante, élue par l'Assemblée fédérale, exerce la surveillance sur le MPC afin de garantir une indépendance suffisante à cette autorité pénale, en précisant que l'attribution de la surveillance au Conseil fédéral pourrait également porter préjudice à celui-ci dans la mesure où « *[il] pourrait facilement être accusé de s'immiscer dans des enquêtes particulièrement délicates qui mettraient en cause son activité ou*

141 FF 1998 II 1253.

142 FF 2008 7371, 7378 ; Avis du Conseil fédéral sur le Rapport du 5 septembre 2007 de la CdG-N relatif à l'examen du fonctionnement des autorités de poursuite pénale de la Confédération, Berne, 28. 11. 2007, 1893 ; Examen CdG-N (n. 112), 1881.

143 Examen CdG-N (n. 112), 1873.

144 Art. 28 de la Loi fédérale sur le Tribunal pénal fédéral du 4 octobre 2002 [RS 173.71].

145 FF 2001 4000, 4160 ; Examen CdG-N (n. 48), 1793.

146 Rapport de la Commission des affaires juridiques suite à la motion N 04.3411 déposée le 18. 6. 2004 par Urs Hofmann. Ministère public de la Confédération. Revoir la surveillance, Berne, 14. 2. 2005, 2 ; N. Oberholzer, Die Aufsichtsbehörde über die Staatsanwaltschaft aus der Sicht des Präsidenten der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft, forumpoenale 2018, 354, 354 s.

147 FF 2008 7371, 7384 ss et 7401 ss.

celle de ses agents »¹⁴⁸. La proposition de la CAJ-E a été approuvée par le Parlement le 19 mars 2010, date de l'adoption de la LOAP¹⁴⁹. L'AS-MPC est entrée en fonction le 1^{er} janvier 2011¹⁵⁰.

2. L'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération

L'AS-MPC est une autorité de surveillance indépendante *sui generis*¹⁵¹. Elle est régie par les art. 23 ss LOAP, l'Ordonnance AS-MPC et le Règlement de l'autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération, lequel a récemment fait l'objet d'une révision totale par l'AS-MPC (ci-après : Règlement AS-MPC¹⁵²)¹⁵³.

L'AS-MPC est composée de sept membres exerçant leur activité à titre accessoire (art. 23 al. 2 LOAP et 3 Ordonnance AS-MPC)¹⁵⁴. Les membres de l'AS-MPC sont élus par l'Assemblée fédérale (art. 23 al. 1 LOAP)¹⁵⁵. L'AS-MPC fait rapport uniquement à l'Assemblée fédérale qui exerce la haute surveillance sur l'AS-MPC et sur le MPC (art. 29 al. 1 LOAP et 26 LParl)¹⁵⁶.

148 Rapport CAJ-E (n. 48), 2 ss.

149 BO 2010 CN 336 ss.

150 Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 7; Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 6; Rapport d'activité 2016 de l'AS-MPC 2016, 6; Rapport d'activité 2015 de l'AS-MPC, 7.

151 Rapport des Commissions de gestion du Conseil national et du Conseil des États (CdG) sur la relation de surveillance entre le Ministère public de la Confédération et son autorité de surveillance, Berne, 24. 6. 2020, 7 et 10; Prise de position de l'AS-MPC concernant le Rapport des CdG du 24 juin 2020 Berne, 21. 9. 2020, FF 2020 9375, 9450; F. *Uhlmann*, Nature juridique et compétences en matière de surveillance de l'AS-MPC, Brève expertise, 30. 5. 2018 (publiée dans le Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 32); Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 6; Rapport d'activité 2019 de l'AS-MPC, 3; Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 7; Rapport d'activité 2016 de l'AS-MPC, 6.

152 RS 173.712.243. L'AS-MPC a adopté ce nouveau Règlement le 15 février 2021, abrogeant ainsi le Règlement du 4 novembre 2010.

153 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 6; Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 29; Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 7; Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 6; Rapport d'activité 2016 de l'AS-MPC, 6; Rapport d'activité 2015 de l'AS-MPC, 7.

154 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 6 s; Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 29; Rapport d'activité 2019 de l'AS-MPC, 11, annexe; Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 8; Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 6; Rapport d'activité 2015 de l'AS-MPC, 7.

155 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 7; Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 29.

156 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 7.

L'AS-MPC se constitue elle-même (art. 27 al. 1 LOAP)¹⁵⁷. Elle nomme son président pour une période de deux ans, lequel peut être reconduit une seule fois dans cette fonction (art. 7 Ordonnance AS-MPC)¹⁵⁸.

Les tâches et les compétences de l'AS-MPC sont décrites succinctement aux art. 29 à 31 LOAP ainsi que dans l'Ordonnance AS-MPC et le Règlement AS-MPC¹⁵⁹. En substance, l'AS-MPC est chargée de surveiller le MPC sur le plan matériel et administratif¹⁶⁰. Elle peut édicter des directives de portée générale à l'égard du MPC relatives à la manière dont il doit s'acquitter de ses tâches, étant précisé que toute instruction dans un cas d'espèce en lien avec l'ouverture, le déroulement, la clôture, la représentation de l'accusation au tribunal et les voies de recours est exclue (art. 29 al. 2 LOAP)¹⁶¹. Toutefois, en ce qui concerne l'ampleur et la portée de cette surveillance, ni la LOAP ni l'Ordonnance AS-MPC n'apportent de précision¹⁶².

Courant 2012, l'AS-MPC a élaboré de brèves lignes directrices régissant son activité de surveillance¹⁶³. En 2018, constatant à nouveau la nécessité de clarifier ses compétences en matière de surveillance, l'AS-MPC a mandaté le professeur Felix Uhlmann afin de rédiger un avis de droit sur la question¹⁶⁴. À titre liminaire, le professeur Uhlmann constate que dans la mesure où l'AS-MPC « *ne peut être rattaché[e] à aucune activité étatique déterminée [...] Il s'ensuit qu'en cas de question ouverte, on ne peut se référer à un organe similaire et qu'on doit, dans la mesure du possible, déduire les réponses des spécificités de l'AS-MPC* »¹⁶⁵. En outre, il ressort de cet avis de droit notamment que les compétences de l'AS-MPC « *vont au-delà d'une haute surveillance parlementaire* » et que l'autorité de surveillance « *jouit de prérogatives par rapport au personnel qui, même si elles sont limitées, relèvent typiquement d'un rapport hiérarchique de surveillance et de gestion* »¹⁶⁶. En ce qui concerne

157 *Ibidem*.

158 L'AS-MPC a nommé les personnes suivantes en qualité de président de l'AS-MPC : M. Hansjörg Seiler (périodes de fonction 2011-2012 et 2013-2014) ; M. Niklaus Oberholzer (périodes de fonction 2015-2016 et 2017-2018) et M. Hanspeter Uster (périodes de fonction 2019-2020 et 2021-2022). Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 29 s ; Rapport d'activité 2019 de l'AS-MPC, 11, annexe ; Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 9 ; Rapport d'activité 2015 de l'AS-MPC, 9 ; Rapport d'activité 2014 de l'AS-MPC, 9.

159 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 7.

160 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 7 ; Rapport d'activité 2016 de l'AS-MPC, 6.

161 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 7 ; Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 29 ; Rapport d'activité 2016 de l'AS-MPC, 6 ; Rapport d'activité 2015 de l'AS-MPC, 7 ; Oberholzer (n. 146), 357.

162 Oberholzer (n. 146), 356 ; Uhlmann (n. 151), 28 et 31.

163 Principes de la surveillance par l'AS-MPC de l'activité de poursuite pénale du MPC du 26.3.2012, annexe au rapport d'activité 2012 de l'AS-MPC, 17.

164 Uhlmann (n. 151).

165 Uhlmann (n. 151), 30.

166 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 9 ; Uhlmann (n. 151), 32.

l'examen du cas d'espèce, celui-ci devrait être possible lorsqu'il « revêt une importance systémique »¹⁶⁷.

Concrètement, les activités de surveillance de l'AS-MPC consistent à (i) tenir régulièrement des séances de surveillance avec la direction du MPC portant sur des thèmes prioritaires ainsi que des questions essentielles d'organisation de l'autorité pénale¹⁶⁸; (ii) examiner à intervalles réguliers, sur la base de rapports remis par le MPC, l'état des procédures pénales en cours¹⁶⁹; (iii) procéder à des inspections auprès des divisions du MPC en lien avec la gestion générale et l'analyse détaillée de procédures pénales sélectionnées par l'AS-MPC dans le but de déceler d'éventuelles lacunes structurelles, procédurales ou en termes de personnel¹⁷⁰.

3. Appréciation critique

a) En lien avec les recommandations internationales

Selon le Conseil de l'Europe, l'instauration de procédures spécifiques en matière de responsabilité est d'autant plus nécessaire que le ministère public est indépendant¹⁷¹. À cet effet, un nombre toujours croissant de modèles de justice pénale prévoit un Conseil des procureurs¹⁷². Ce Conseil présente l'avantage d'offrir une expertise précieuse en matière de procédures disciplinaires, protégeant ainsi l'institution contre le risque de politisation, à condition toutefois que le Conseil des procureurs soit lui-même indépendant¹⁷³.

Au niveau fédéral, le modèle instauré par le législateur est exemplaire. Bénéficiant d'une indépendance similaire au MPC¹⁷⁴ et composée d'experts élus par l'Assemblée fédérale, l'AS-MPC jouit non seulement d'une légitimité démocratique élevée mais offre également l'assurance que les enquêtes, critiques, recommandations, décisions et directives élaborées dans le cadre de la surveillance sont exemptes de toute considération politique et basées sur une expertise professionnelle et technique que les pouvoirs politiques ne pourraient pas offrir¹⁷⁵.

167 *Ibidem*.

168 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 11 ss; Rapport d'activité 2015 de l'AS-MPC, 5.

169 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 20; Rapport d'activité 2015 de l'AS-MPC, 5.

170 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 14 ss; Rapport d'activité 2015 de l'AS-MPC, 5.

171 Rapport Commission de Venise (n. 12), N 44.

172 *Ibidem*, N 64 et 68.

173 *Ibidem*, N 65.

174 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 65.

175 *Geth* (n. 11), 373.

En revanche, dans ses détails, la marge d'amélioration de ce modèle demeure importante. S'agissant par exemple de l'ampleur et de la portée de la surveillance, les différents textes de lois n'apportent aucune précision¹⁷⁶, ce qui n'est pas satisfaisant du point de vue de la sécurité du droit. Par ailleurs, dans la mesure où l'AS-MPC manque de ressources financières et humaines, elle n'est pas en mesure d'exercer correctement ses fonctions (cf. chapitre V. 4).

b) En lien avec le mode de surveillance exercé jusqu'à fin 2018

aa) *Les approbations implicites*

De l'aveu de l'AS-MPC, le mode de surveillance pratiqué jusqu'en 2017 à tout le moins induisait le risque d'une approbation implicite dans la mesure où c'était le MPC et non pas l'AS-MPC qui proposait les thèmes à couvrir dans le cadre des séances de surveillance¹⁷⁷.

L'AS-MPC a justifié cette manière de procéder par le fait que le MPC, en charge de l'activité opérationnelle et comptant plus de 220 collaborateurs, bénéficiait d'une avance en matière d'information par rapport à l'autorité de surveillance qui elle, devait composer avec ses modestes ressources¹⁷⁸. À titre d'exemple, on peut lire dans le rapport d'activité de l'AS-MPC pour l'année 2017 que lors des séances de surveillance, le MPC soumettait à l'AS-MPC « *des problématiques de nature systémique ainsi que des cas d'actualité* »¹⁷⁹.

Pourtant, compte tenu de son statut d'autorité de surveillance indépendante, il incombait non pas au MPC mais bien à l'AS-MPC de définir de manière autonome les activités du MPC qui devaient être qualifiées de systémiques¹⁸⁰. Une telle compétence constituait un point crucial de la surveillance puisque l'AS-MPC se limitait, lors de ses séances, à ne traiter justement que de problématiques systémiques, à tout le moins en ce qui concernait les procédures pénales¹⁸¹. Il s'ensuit que la maîtrise des problématiques soumises à surveillance appartenait non pas à l'AS-MPC mais au procureur général.

Afin de réduire ce risque, l'AS-MPC avait annoncé qu'à partir de 2018, elle comptait effectuer un suivi des thèmes abordés lors des séances de surveillance et protocoler les décisions prises suite à celles-ci. En revanche, l'AS-MPC n'a pas abordé plus en détail la façon dont les thèmes devaient être choisis ni les activités qualifiées de systémiques¹⁸².

176 *Uhlmann* (n. 151), 28 et 31.

177 Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 9; Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 9.

178 Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 9; Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 9.

179 Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 9.

180 Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 6; Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 7.

181 Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 9.

182 Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 9; Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 9.

Compte tenu de ce qui précède, force est de constater que la surveillance exercée par l'AS-MPC jusqu'à fin 2018 se rapprochait plus d'une activité de coaching que d'une surveillance proprement dite¹⁸³.

À partir de 2019, la surveillance du MPC a été renforcée sur des points spécifiques. En particulier, les séances de surveillance avec Michael Lauber ont pour la première fois été organisées autour d'un planning thématique annuel défini à l'avance par l'AS-MPC¹⁸⁴.

bb) L'autocensure

Il ressort des différents rapports d'activité de l'AS-MPC pour les années 2012 à 2018 que celle-ci a émis des réserves considérables quant à ses propres compétences en matière de surveillance.

Ainsi l'AS-MPC n'a cessé de relever notamment ; qu'elle n'était pas habilitée à intervenir dans les questions opérationnelles liées aux affaires courantes¹⁸⁵ ; qu'elle ne se mêlait en principe pas de l'autonomie organisationnelle du procureur général¹⁸⁶ ; que dans la mesure où elle n'était pas « *positionnée au sommet d'une hiérarchie administrative* » elle ne pouvait pas prendre position au sujet des décisions individuelles du procureur général notamment en matière de personnel¹⁸⁷ ou encore, en ce qui concerne la consultation des dossiers, qu'elle ne pouvait accéder aux pièces de procédures pénales pendantes que dans des cas exceptionnels (une telle restriction n'est toutefois pas prévue par l'art. 30 al. 2 LOAP)¹⁸⁸. En somme, l'AS-MPC a émis tellement de réserves quant à l'étendue de sa surveillance, qu'elle en est presque venue à délégitimer sa propre raison d'être.

Pourtant, ainsi que le constatent les Commissions de gestion, en sa qualité d'autorité de surveillance jouissant d'une indépendance similaire à celle du MPC, l'AS-MPC « *ne viole pas l'indépendance de la poursuite pénale lorsqu'elle influence le MPC sur des questions de gestion systémiques ou stratégiques en enquêtant, critiquant, recommandant des améliorations et, si nécessaire, édictant des directives. L'intention du législateur était clairement d'autoriser l'AS-MPC à exercer une telle influence. Le MPC ne peut décider de la façon dont la surveillance s'exerce. La loi*

183 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 28.

184 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 13 s et 65 s ; Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 7 s et 35 ss ; Rapport d'activité 2019 de l'AS-MPC, 4.

185 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 21.

186 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 23 ; Rapport d'activité 2013 de l'AS-MPC, 11 ; Rapport d'activité 2012 de l'AS-MPC, 9 ; Oberholzer (n. 146), 358.

187 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 24 et 35 ; Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 7 ; Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 9 ; Rapport d'activité 2015 de l'AS-MPC, 5 et 11.

188 Principes de surveillance AS-MPC (n. 163), 17. En ce qui concerne les différents aspects administratifs qui devraient faire l'objet d'une surveillance, voir Schweizer (n. 26), 1381 ss et 1389.

interdit uniquement à l'autorité de surveillance de donner des instructions relatives à des procédures pénales »¹⁸⁹.

Par ailleurs, l'AS-MPC a également insisté sur le fait que ses modestes ressources ne lui permettaient pas de « reprendre minutieusement des procédures du passé, d'évaluer l'efficacité de nouvelles stratégies, voire d'exercer une influence formatrice sur le développement de nouveaux instruments en matière de lutte contre la criminalité »¹⁹⁰. Toutefois, à l'examen des budgets prévus par l'AS-MPC jusqu'en 2018, à aucun moment l'autorité de surveillance n'a sollicité des montants supplémentaires afin de pouvoir engager du personnel. Bien au contraire, pour les années 2016 à 2018, l'AS-MPC a souscrit – volontairement – à des plans d'économie du Conseil fédéral, de sorte que les montants annuels budgétés ont été revus à la baisse¹⁹¹.

Suite à l'entrée en fonction en 2019 de Hanspeter Uster en qualité de président de l'AS-MPC, les ressources financières sollicitées dans la planification de l'année 2019 ont doublé par rapport à l'année précédente pour s'élever à un montant total de CHF 1,6 million, dont CHF 300 000.– doivent être alloués à la création de deux postes supplémentaires de spécialistes, d'une durée indéterminée, au sein du secrétariat de l'AS-MPC afin « de renforcer l'expertise et les capacités d'évaluation de l'AS-MPC, ainsi que de suivre systématiquement les dossiers pertinents sous l'angle du droit de la surveillance »¹⁹². En ce qui concerne le plan financier 2021-2023, l'AS-MPC prévoit un budget similaire à celui de 2020¹⁹³.

En toute logique, la même constatation peut être faite dans le cadre de l'analyse de la dotation en personnel du secrétariat de l'AS-MPC, lequel fournit un soutien technique et administratif à l'autorité de surveillance (art. 10 Ordonnance AS-MPC). Comprenant initialement une seule collaboratrice juridique à un taux d'occupation de 80 %, puis un poste supplémentaire de secrétaire administratif à un taux d'occupation de 40 %, la dotation a augmenté lentement, en l'espace de huit ans, pour atteindre un taux d'occupation total de 180 % en 2018. À partir du 1^{er} mai 2019, soit en l'espace de quelques mois, ce taux s'est élevé à 260 %¹⁹⁴.

189 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 65.

190 Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 9 ; Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 5 et 9.

191 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 11 ; Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 20 ; Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 14 ; Rapport d'activité 2016 de l'AS-MPC, 15 ; Rapport d'activité 2015 de l'AS-MPC, 17 ; Rapport d'activité 2014 de l'AS-MPC, 18 ; Rapport d'activité 2013 de l'AS-MPC, 14 ; Rapport d'activité 2012 de l'AS-MPC, 12.

192 Rapport d'activité 2019 de l'AS-MPC, 13.

193 Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 33 ; Rapport d'activité 2019 de l'AS-MPC, 14.

194 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 11 ; Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 10 ; Rapport d'activité 2017 de l'AS-MPC, 7 ; Rapport d'activité 2014 de l'AS-MPC, 9. Le 1^{er} octobre 2020, une nouvelle collaboratrice a été engagée au sein du secrétariat. Son taux d'occupation n'a cependant pas été précisé par l'AS-MPC (cf. Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 30 et 33).

4. Propositions de réformes

Compte tenu des larges pouvoirs d'appréciation octroyés au procureur général tant dans le cadre de la conduite des procédures pénales que dans celui de la gestion du MPC ainsi que de son indépendance, indispensable à l'exercice de ses fonctions, il est essentiel que l'AS-MPC puisse renforcer sa surveillance à l'égard du MPC afin de limiter tout risque d'abus de pouvoir de la part de la direction¹⁹⁵.

Pour rappel, ainsi que le précisent les Commissions de gestion, en sa qualité d'autorité de surveillance indépendante, l'AS-MPC « *ne viole pas l'indépendance de la poursuite pénale lorsqu'elle influence le MPC sur des questions de gestion systémiques ou stratégiques en enquêtant, critiquant, recommandant des améliorations et, si nécessaire, édictant des directives. L'intention du législateur était clairement d'autoriser l'AS-MPC à exercer une telle influence. Le MPC ne peut décider de la façon dont la surveillance s'exerce. La loi interdit uniquement à l'autorité de surveillance de donner des instructions relatives à des procédures pénales* »¹⁹⁶.

Les tâches et les compétences de l'AS-MPC sont décrites succinctement aux art. 29 à 31 LOAP ainsi que dans l'Ordonnance AS-MPC et le Règlement AS-MPC¹⁹⁷. Toutefois, en ce qui concerne l'ampleur et la portée de cette surveillance, ni la LOAP ni l'Ordonnance AS-MPC n'apportent de précision¹⁹⁸. Pourtant, compte tenu des enjeux liés à une telle activité de surveillance, il est essentiel que le législateur clarifie de manière plus approfondie ses compétences en matière de surveillance¹⁹⁹, tout en gardant à l'esprit que l'AS-MPC est une autorité indépendante et qu'à ce titre elle est légitimée à effectuer une surveillance renforcée du MPC sans porter atteinte à l'indépendance de l'autorité pénale.

Par ailleurs, la crédibilité et l'indépendance d'une autorité sont aussi liées à la question de savoir si celle-ci dispose de ressources financières et humaines suffisantes et adéquates pour accomplir ses tâches de manière indépendante²⁰⁰. Or en ce qui concerne l'AS-MPC, tel n'est pour l'instant pas le cas.

À l'heure actuelle, l'AS-MPC est composée de sept membres exerçant leur activité à titre accessoire (art. 23 al. 2 LOAP et 3 Ordonnance AS-MPC). Les membres de l'AS-MPC ne perçoivent des indemnités que pour les séances et les inspections auxquelles ils participent (art. 15 al. 1 Ordonnance AS-MPC). Le président de l'AS-MPC est d'avis que pour exercer une surveillance adéquate du MPC, les

195 *Geth* (n. 11), 369 ; Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 22.

196 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 65.

197 *Ibidem*, 7 ; Rapport d'activité 2015 de l'AS-MPC, 7.

198 *Uhlmann* (n. 151), 28 et 31. L'AS-MPC a formulé des propositions de réformes dans son rapport d'activité 2020, 24 ss.

199 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 51 et 53 ; Rapport d'activité 2018 de l'AS-MPC, 8 ; *Uhlmann* (n. 151), 32.

200 *B. Bertossa*, *La justice, les affaires, la corruption*, Paris 2009, 40 s.

membres devraient aussi être rémunérés pour les activités qu'ils exercent dans le cadre de l'étude des dossiers et les rapports de surveillance²⁰¹. Par ailleurs, la dotation en personnel du secrétariat de l'AS-MPC est faible par rapport à l'ampleur des tâches. Quand bien même l'autorité a pu augmenter son secrétariat d'un poste de juriste à 1,8 poste, courant 2019, puis d'un poste supplémentaire en octobre 2020²⁰², cette augmentation n'est pas suffisante²⁰³. À titre de comparaison, l'Autorité de surveillance indépendante des activités de renseignement dispose de dix collaborateurs²⁰⁴.

VI. Conclusion

Les critères d'indépendance institutionnelle ainsi que la surveillance renforcée du parquet visent à garantir un système de justice pénale soucieux d'assurer le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales tout en veillant à une application effective et uniforme de la loi, hors de toute influence ou de pressions politiques illégitimes. En ce sens, l'indépendance du ministère public constitue un corollaire indispensable à l'indépendance des tribunaux, dans la mesure où, en matière pénale, le magistrat du siège ne statue que sur les affaires que le parquet lui soumet.

Au niveau fédéral, compte tenu des similitudes entre les juges aux tribunaux fédéraux et le procureur général de la Confédération ainsi que ses suppléants tant en ce qui concerne leur procédure d'élection que leur période de fonction, magistrats du siège et magistrats du parquet sont confrontés, en partie, aux mêmes problématiques d'indépendance vis-à-vis des pouvoirs politiques. À cet égard, les pressions politiques subies par un juge du TF dans le cadre de sa récente réélection en raison de jugements rendus prétendument contraires à la politique de son parti démontrent que le système actuel a atteint ses limites.

L'évolution en cours appelle la reconnaissance d'une indépendance marquée des magistrats vis-à-vis des pouvoirs politiques. À cet effet, l'octroi de garanties aux magistrats en ce qui concerne le maintien dans leurs fonctions ainsi que l'institution d'un Conseil de la magistrature formé d'experts indépendants et doté d'attributions élargies en matière d'élection et de surveillance s'avèrent désormais nécessaires.

201 Rapport CdG sur la relation de surveillance (n. 151), 53 s.

202 Le taux d'occupation n'a cependant pas été précisé par l'AS-MPC (cf. Rapport d'activité 2020 de l'AS-MPC, 30 et 33).

203 *Ibidem*, 53 ; Rapport d'activité 2019 de l'AS-MPC, 17.

204 *Ibidem*.