

(Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 19. Dezember 2002 zu Handen der Delegation der Geschäftsprüfungskommissionen ; Avis de droit du 19 décembre 2002 rendu par l'Office fédéral de la justice à l'intention de la Délégation des commissions de gestion)

Administrativuntersuchung. Begriff und rechtliche Grundlagen. Kompetenzen der mit einer Administrativuntersuchung beauftragten Personen gegenüber Angestellten der Bundesverwaltung sowie gegenüber Privatpersonen. Möglichkeiten der Rechtshilfe und der Amtshilfe. Ausweitung der Untersuchung in den Hoheitsbereich von Drittstaaten.

- Die Administrativuntersuchung ist ein verwaltungsinternes Verfahren, mit welchem die Behörde, welche an der Spitze der jeweiligen Verwaltungshierarchie steht, aufgetauchte oder vermutete Probleme und Mängel bei der Aufgabenerfüllung untestellter Dienststellen bzw. ihre Ursachen abklärt (Kap. B).
- Die Administrativuntersuchung stützt sich auf die Organisations-, Personal- und Verfahrensgesetzgebung (Kap. B).
- Personen ausserhalb der Bundesverwaltung, die gestützt auf Art. 97 Abs. 4 BPV mit einer Administrativuntersuchung betraut wurden, können, soweit es ihr Auftrag vorsieht, Einsicht in die Unterlagen nehmen, Angestellte der Bundesverwaltung oder Privatpersonen befragen, Privatpersonen zur Mitwirkung an der Untersuchung heranziehen und über ihre Wahrnehmungen einen Bericht erstellen. Da hierfür keine Grundlage in einem formellen Gesetz besteht, dürfen sie hingegen keine Verfügungen über die Rechte oder Pflichten von bestimmten Personen erlassen und insbesondere keine formellen Zeugeneinvernahmen durchführen (Kap. C Ziff. 2, 3, 10, 11, 13 und 21).
- Aufgrund des personalrechtlichen Unterstellungsverhältnisses sind die Angestellten des Bundes gehalten, am Verfahren der Administrativuntersuchung mitzuwirken (Kap. C Ziff. 8). Der Untersuchungsauftrag entbindet hingegen die durch die Untersuchung betroffenen Stellen nicht von der Einhaltung des DSG (Kap. C Ziff. 7).
- Privatpersonen haben keine generelle Verpflichtung, an einer Administrativuntersuchung mitzuwirken; bei einer Befragung müssen sie auf ihr Aussageverweigerungsrecht aufmerksam gemacht werden (Kap. C Ziff. 4).
- Der mit der Untersuchung Beauftragte ist befugt, andere Dienststellen zur Amtshilfe anzusprechen. Der Entscheid darüber, welche Hilfe von Dienststellen ausserhalb des Aufsichtsbereichs des anordnenden Departements unter Berücksichtigung der gesetzlichen Schweigepflichten und des Datenschutzes geleistet werden kann, liegt aber bei der angesprochenen Dienststelle bzw. ihrer Aufsichtsbehörde (Kap. C Ziff. 16).
- Da die Administrativuntersuchung nicht als formelles, prozessrechtlich geregeltes Verfahren zu verstehen ist, fallen Rechtshilfebegehren der Untersuchungsbeauftragten an gerichtliche Instanzen des Bundes und der Kantone oder gar anderer Staaten ausser Betracht (Kap. C Ziff. 18).
- Die Beauftragten handeln in staatlichem Auftrag und dürfen daher in anderen Staaten nur mit deren Einverständnis sowie im Zusammenwirken mit den für die Aussenpolitik zuständigen Dienststellen tätig werden (Kap. C Ziff. 6).

Enquête administrative. Notion et bases légales. Compétences des personnes chargées d'enquête vis-à-vis des employés de l'administration fédérale et des personnes privées. Possibilités d'entraide judiciaire et d'entraide administrative. Extension de l'enquête dans la sphère de souveraineté d'Etats tiers.

- L'enquête administrative est une procédure interne à l'administration par laquelle l'autorité se trouvant à la tête de la hiérarchie administrative concernée tente d'élucider des problèmes ou de tirer au clair des manquements, avérés ou supposés, dans l'accomplissement des tâches des unités administratives qui lui sont subordonnées et d'en établir les causes (chap. B).
- L'enquête administrative est fondée sur la législation en matière d'organisation, de personnel et de procédure (chap. B).
- Les personnes extérieures à l'administration fédérale chargées d'une enquête administrative sur la base de l'art. 97 al. 4 OPers peuvent, dans la mesure où leur mandat le prévoit, avoir accès aux documents, interroger des employés de l'administration fédérale ou des personnes privées, s'adjoindre la collaboration de personnes privées et rédiger un rapport sur ce qu'elles ont découvert. En revanche, faute d'une base légale formelle, elles ne sont habilitées ni à prendre des décisions sur les droits ou les devoirs de personnes données, ni à procéder à l'audition formelle de témoins (chap. C ch. 2, 3, 10, 11, 13 et 21).
- En vertu de leur statut de subordonné, les employés de la Confédération qui dépendent du département concerné ont l'obligation de coopérer à la procédure d'enquête administrative (chap. C ch. 8). Le mandat d'enquête ne délie en revanche pas les services concernés par l'enquête de l'obligation d'observer la LPD (chap. C ch. 7).
- Les personnes privées n'ont aucune obligation de coopérer à une enquête administrative; lors d'un entretien, celles-ci doivent être rendues attentives au fait qu'elles peuvent refuser de répondre (chap. C ch. 4).
- Le chargé d'enquête est habilité à adresser une demande d'entraide administrative à d'autres unités de l'administration fédérale. Lorsque l'enquête a été ordonnée par un département dont l'unité sollicitée ne dépend pas, il appartient à celle-ci ou à l'autorité de surveillance de décider dans quelle mesure l'entraide peut être accordée dans le respect des prescriptions relatives au secret de fonction et à la protection des données (chap. C ch. 16).
- L'enquête administrative ne reposant pas sur le droit du contentieux, un chargé d'enquête ne peut pas adresser une demande d'entraide judiciaire à des instances judiciaires de la Confédération, des cantons ou, à plus forte raison, d'autres Etats (chap. C ch. 18).
- Les chargés d'enquête accomplissent leur mission pour le compte de l'Etat et ne peuvent dès lors agir dans d'autres Etats qu'avec le consentement de ces derniers et en collaboration avec les services chargés de la politique étrangère (chap. C ch. 6).

Inchiesta amministrativa. Nozione e basi legali. Competenze delle persone incaricate di svolgere un'inchiesta amministrativa rispetto ad impiegati dell'Amministrazione federale e a privati. Possibilità di assistenza giudiziaria e assistenza amministrativa.

Estensione dell'inchiesta nella sfera di sovranità di Stati terzi.

- L'inchiesta amministrativa è una procedura interna all'amministrazione, con la quale l'autorità che si trova al vertice della gerarchia amministrativa chiarisce problemi e lacune reali o presunti emersi nell'esercizio dei compiti da parte delle unità amministrative che le sono subordinate risp. ne stabilisce le cause (cap. B).

- L'inchiesta amministrativa si basa sulla legislazione inerente l'organizzazione, il personale e la procedura (cap. B).

- Le persone esterne all'Amministrazione federale, alle quali è stata affidata un'inchiesta amministrativa sulla base dell'art. 97 cpv. 4 BPV possono, nella misura in cui il loro mandato lo prevede, consultare gli atti, interrogare impiegati dell'Amministrazione federale o privati, avvalersi della collaborazione di privati e redigere un rapporto sulle constatazioni di questi ultimi. Dato però che non vi è una base legale formale, queste persone non possono invece emanare decisioni sui diritti e sui doveri di determinate persone e in particolare non possono procedere all'audizione formale di testimoni (cap. C n° 2, 3, 10, 11, 13 e 21).

- Sulla base del rapporto di subordinazione che risulta dal diritto del personale, gli impiegati della Confederazione sono tenuti a collaborare alla procedura di inchiesta amministrativa (cap. C n°8). Anche se vi è un mandato di svolgere un'inchiesta, i servizi oggetto dell'inchiesta sono comunque tenuti ad osservare la LPD (cap. C n°7).

- I privati non hanno un obbligo generale di collaborare ad un'inchiesta amministrativa; quando sono interrogati devono essere resi attenti sul loro diritto di rifiutare di testimoniare (cap. C n°4).

- Chi ha ricevuto l'incarico di svolgere un'inchiesta amministrativa ha il diritto di consultare altri servizi per l'assistenza amministrativa. La decisione concernente il genere di aiuto fornito da parte di servizi che non rientrano nell'ambito di sorveglianza del Dipartimento che ordina l'inchiesta, tenendo conto degli obblighi di riservatezza legali e della protezione dei dati, è di competenza del servizio consultato risp. della sua autorità di sorveglianza (cap. C n°16).

- Poiché l'inchiesta amministrativa non va intesa come una procedura regolata in modo formale dal diritto processuale, non sono possibili richieste di assistenza giudiziaria rivolte da chi conduce l'inchiesta ad istanze giudiziarie della Confederazione e dei cantoni o di altri Stati (cap. C n°18).

- Gli incaricati agiscono su mandato dello Stato e possono quindi essere attivi in altri Stati solo con l'approvazione di questi ultimi e in collaborazione con i servizi competenti per la politica estera (cap. C n°6).

A. Zum Auftrag

(...)

B. Allgemeines zum Institut der Administrativuntersuchung

Um die Beantwortung der Einzelfragen zu vereinfachen, rechtfertigt es sich, das Institut der Administrativuntersuchung und seine hier interessierenden Besonderheiten kurz in allgemeiner Form darzustellen.

Als Administrativuntersuchung wird in der Regel ein verwaltungsinternes aufsichtsrechtliches Verfahren bezeichnet, mit dem die Behörde, welche an der Spitze der jeweiligen Verwaltungshierarchie steht, aufgetauchte oder vermutete Probleme und Mängel bei der Aufgabenerfüllung unterstellter Dienststellen bzw. ihre Ursachen abklärt[1]. Eine spezifische formellgesetzliche Regelung solcher Abklärungsverfahren besteht in der Bundesgesetzgebung nicht. Die Erwähnung der Administrativuntersuchung in Art. 65 Abs. 3 des Geschäftsverkehrsgesetzes[2] regelt zwar unter anderem auch das Verhältnis der Administrativuntersuchung zum Verfahren einer parlamentarischen Untersuchungskommission. Die Bestimmung macht vor allem klar, dass bei der Erfassung der gleichen Sachverhalte durch die Untersuchungen das parlamentarische Untersuchungsverfahren vorgeht. Art. 65 Abs. 3 GVG schafft selbst aber keine formellgesetzliche Grundlage für die Administrativuntersuchung als eigenständiges gesetzliches Verfahren, sondern die Formulierung setzt das Institut als gegeben voraus. Dies bestätigt die Auffassung, dass sich die Abklärungen im Rahmen einer Administrativuntersuchung materiell auf das Organisationsrecht, das Personalrecht und das Verfahrensrecht des Bundes abstützen.

Das Bundespersonalgesetz[3] regelt das Vorgehen bei der Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten durch einzelne Angestellte[4], das Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz[5] legt u. a. die Struktur der Verwaltung sowie die Führungsgrundsätze und Verantwortlichkeiten fest[6]. Diese Gesetze bilden die materielle Rechtsgrundlage für das Institut der Administrativuntersuchung. Eine direkte Regelung wesentlicher Aspekte des Instituts findet sich schliesslich in Art. 97 der Bundespersonalverordnung[7]. Damit steht fest, dass es sich bei der Administrativuntersuchung um ein Verfahren handelt, das sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt, und dass im Verhältnis zu allenfalls von der Untersuchung betroffenen Personen die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns von Art. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft[8] sowie der Grundrechtskatalog von Art. 7 ff. BV uneingeschränkt zu respektieren sind. Die wichtigsten Verfahrensgesetze des Bundes finden allerdings infolge ihrer Geltungsbereichsumschreibung keine integrale Anwendung:

- Das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren[9] wird nur auf Verfahren angewendet, welche mittels Verfügung oder Beschwerde zu erledigen sind[10] - dies ist bei der Administrativuntersuchung gerade nicht der Fall[11]. Eine im vorliegenden Fall ebenfalls massgebende Geltungsbereichseinschränkung hinsichtlich dienstlicher Anordnungen enthält zudem Art. 3 Bst. b VwVG.

- Die Bundesgesetze über den Bundeszivilprozess[12] sowie über die Bundesstrafrechtspflege[13] beschränken ihre Anwendbarkeit auf Zivil- bzw. Strafsachen[14]; insbesondere der Anwendungsbereich des BZP wird aber durch Verweisungen im VwVG partiell auf Verwaltungsangelegenheiten erweitert[15].

Das heisst, dass die Kompetenzzuweisungen für den Erlass von Verfügungen und die Rechtsmittelbestimmungen des VwVG für die Administrativuntersuchungen keine Geltung finden, dass aber die gesetzlichen Regelungen, soweit sie die Grundrechtsordnung der BV konkretisieren und die Rechtsstellung der von einem Verfahren Betroffenen schützen, zur Anwendung zu bringen sind. Ein entsprechender Hinweis findet sich denn auch in Art. 97 Abs. 5 BPV.

Der Bundesrat hat am 18. November 1981 Richtlinien[16] erlassen, welche den Zweck und die Durchführung solcher

Untersuchungen in der Bundesverwaltung umschreiben. Die Ziff. 11 der Richtlinien bestätigt die oben dargestellte Qualifizierung der Administrativuntersuchung.

Bei diesen Richtlinien handelt es sich um eine sogenannte Verwaltungsverordnung. Darunter werden generelle Dienstanzweisungen einer Behörde an diejenigen Dienststellen verstanden, die ihr untergeordnet sind[17]. Die Benennung dieser Instrumente ist uneinheitlich: Neben dem Terminus «Richtlinie» werden auch etwa die Bezeichnungen «Weisung», «Kreisschreiben» (etwa im Verkehr mit kantonalen Dienststellen) und «Reglement» (etwa im Militär- und Polizeibereich) verwendet. Zumindest nach der herrschenden Lehre und Praxis sind die Verwaltungsverordnungen zwar für die von ihnen angesprochenen Behörden und Dienststellen verbindlich, legen aber keine Rechte und Pflichten Privater fest bzw. gelten nicht als Rechtsquellen[18]. Verwaltungsverordnungen können aufgrund des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit staatlichen Handelns[19] immer nur im Geltungsbereich der anwendbaren Rechtsquellen Wirkungen entfalten; sie haben sich in jedem Fall nach den geltenden Gesetzen und Rechtsverordnungen zu richten. Mit den Verwaltungsverordnungen wird in der Regel ein sachgerechter und einheitlicher Vollzug gesetzlicher Regelungen sichergestellt oder eine interne organisatorische Vorkehrung getroffen. Bei den Richtlinien über Administrativuntersuchungen handelt es sich um eine Mischform, welche sowohl Vollzugsanweisungen (s. insbesondere Ziff. 1, 3 und 4 der Richtlinien von 1981) als auch organisatorische Anweisungen (s. Ziff. 2 Richtlinien von 1981) enthält.

C. Zu den einzelnen Fragen

1. Stehen die Richtlinien des Bundesrates vom 18. November 1981 noch in Kraft? Sofern nicht, wann wurden sie aufgehoben? Sofern ja, wie weit wurden sie durch das Inkrafttreten des BPG und der BPV geändert?

a. Diese Richtlinien[20] stehen noch in Kraft und sind formell nicht geändert worden. Dass ihre materiellen gesetzlichen Grundlagen seit der Inkraftsetzung durch neue Erlasse ersetzt worden sind - das Verwaltungsorganisationsgesetz[21] wurde durch das RVOG und das Beamtengesetz[22] durch das BPG abgelöst - hindert die grundsätzliche Anwendbarkeit der Richtlinien von 1981 nicht. Da es sich aber um eine Verwaltungsverordnung ohne Rechtsquellencharakter handelt[23], fällt die Anwendbarkeit ihrer Bestimmungen dort dahin, wo in der Zwischenzeit durch Rechtsquellen (Bundesverfassung, Staatsvertrag, Gesetz, Verordnung)[24] entgegenstehende Regelungen geschaffen worden sind.

b. Gewisse Abweichungen der Richtlinien von 1981 gegenüber dem geltenden Recht sind insbesondere bei den Zuständigkeitsbestimmungen der Ziff. 216 («Schulrat der Eidgenössischen Technischen Hochschulen»), 22 («Generaldirektionen der PTT und der SBB») sowie 23 (Hinweis auf das 1981 massgebende Organisationsrecht) festzustellen. Soweit die erwähnten Dienststellen, Anstalten und Betriebe noch unter der Aufsicht des Bundesrates stehen und die Spezialgesetzgebung nichts anderes vorsieht, steht aber einer sinngemässen Anwendung der Richtlinien von 1981 auf die den damaligen Bezeichnungen entsprechenden Stellen nichts entgegen.

c. Überschneidungen - aber keine eigentlichen inhaltlichen Widersprüche - ergeben sich mit Art. 97 BPV. Hinsichtlich des Zwecks der Administrativuntersuchung übernehmen Art. 97 Abs. 1 und 2 BPV zwei Grundsätze aus den Ziff. 11 und 12 der Richtlinien von 1981. Für die Zuständigkeit zur Anordnung hat Art. 97 Abs. 3 BPV die Grundregelung von Ziff. 21 der Richtlinien von 1981 übernommen; sie wird durch eine Ermächtigung der Departemente ergänzt, die Zuständigkeit in ihrem Bereich an eine unterstellte Stelle zu delegieren. Die Regelung in Art. 97 Abs. 4 BPV, wonach die Administrativuntersuchung nicht durch Personen im betreffenden Aufgabenbereich geführt werden soll und an Personen ausserhalb der Verwaltung übertragen werden kann, entspricht inhaltlich wesentlichen Grundsätzen von Ziff. 14 der Richtlinien von 1981. Die Richtlinien von 1981 stehen ferner nicht in Widerspruch zu der in Art. 97 Abs. 5 BPV festgelegten Anwendbarkeit der Verfahrensgrundsätze des VwVG; auch die Richtlinien von 1981 verweisen in den Ziff. 31 und 36 für einzelne Verfahrensabläufe auf das VwVG.

d. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Richtlinien von 1981 formell weiterhin gelten, dass aber ihre Bedeutung insofern abgenommen hat, als wesentliche Inhalte durch die Übernahme auf die Ebene unmittelbar anwendbaren Verordnungsrechts obsolet geworden sind.

2. Welches sind gegenüber den Angestellten eines Departementes die Rechte und Pflichten einer Person, die vom Departementchef mit der Durchführung einer Administrativuntersuchung beauftragt worden ist?

a. Ziff. 34 der Richtlinien von 1981 bestimmt, dass das «Untersuchungsorgan im Rahmen seines Untersuchungsauftrags die Rechte und Pflichten eines Vorgesetzten» hat, «der nur dem Auftraggeber verantwortlich ist.» Was diese «Rechte und Pflichten» zum Inhalt haben, wenn eine Person ausserhalb der Bundesverwaltung mit der Untersuchung betraut wird, ist aber nicht von vorneherein klar. Nach Art. 97 Abs. 4 BPV kann zwar die Durchführung einer Administrativuntersuchung Personen ausserhalb der Bundesverwaltung übertragen werden. In der Literatur wurde allerdings die Frage aufgeworfen, ob «eine Auslagerung der Dienstaufsichtspflichten ohne gesetzliche Ermächtigung überhaupt zulässig» sei; es wurde in der Folge auf Art. 57 Abs. 1 RVOG verwiesen, welcher es dem Bundesrat und den Departementen gestattet, Organisationen und Personen, die nicht der Bundesverwaltung angehören, zur Beratung beizuziehen, doch wurde auf eine nähere Prüfung der Zulässigkeit verzichtet[25].

b. In der Tat verlangt Art. 178 Abs. 3 BV für die Übertragung von Verwaltungsaufgaben an Private eine gesetzliche Grundlage. Art. 57 Abs. 1 RVOG schafft diese Grundlage in genereller Form für den Beizug Privater zu Beratungszwecken. Sollen an Dritte andere Aufgaben übertragen werden, die den Vollzug eines Gesetzes zum Gegenstand haben, ist dazu eine spezifische formellgesetzliche Grundlage erforderlich. Dies gilt in besonderem Masse für die Übertragung von Befugnissen, mit denen dem Rechtsunterworfenen einseitig ein Handeln, Unterlassen oder Dulden vorgeschrieben werden kann bzw. mit denen Rechte, Pflichten oder Status der Rechtsunterworfenen begründet oder durchgesetzt werden[26].

c. Von der Übertragung eigentlicher Verwaltungsaufgaben im oben umschriebenen Sinn ist der Beizug von Personen zu unterscheiden, die nicht der Bundesverwaltung angehören, die aber beim Vollzug durch die Behörden Hilfsfunktionen übernehmen. Die sogenannte administrative Hilfstätigkeit im Rahmen des (gesetzlich abgestützten) Vollzugs benötigt nach herrschender Praxis und Lehre keine besondere formellgesetzliche Grundlage[27]. Als Kriterium für die Abgrenzung der administrativen Hilfstätigkeit von der Übertragung spezifischer Verwaltungsaufgaben dürfte massgebend sein, ob mit dem Auftrag bzw. dem Beizug ein Ermessensspielraum für die Festlegung bzw. Durchsetzung von Rechten und Pflichten übertragen wird[28]. Schliesst der Auftrag ein derartiges einseitiges Handeln gegenüber Dritten nach pflichtgemässen Ermessen ein, deutet dies auf eine Übertragung von Verwaltungsaufgaben hin; fehlt hinsichtlich der Festlegung bzw. Durchsetzung der Rechte und Pflichten ein solcher Ermessensspielraum, ist eine blosser Hilfstätigkeit zu vermuten. Das folgende Beispiel kann diese Unterscheidung veranschaulichen: Würde die Festnahme einer bestimmten Person vollständig einem privaten Sicherheitsdienst übertragen,

würden damit spezifische

Verwaltungsbefugnisse übertragen, da die Modalitäten der Festnahme bzw. die situationsbedingt anzuwendenden Zwangsmittel eine erhebliche Ermessensausübung bedeuten. Der Beizug von Angestellten eines privaten Dienstes für eine Festnahme, die unmittelbar von einem staatlichen Organ geleitet wird, wäre dagegen als Hilfstätigkeit der Privaten zu qualifizieren, da diese für ihre Aktivitäten kaum eigenen Ermessensspielraum hätten.

d. Eine formellgesetzliche Regelung für die in Art. 97 Abs. 4 BPV vorgesehene Übertragung von Administrativuntersuchungen an Personen ausserhalb der Bundesverwaltung gibt es derzeit nicht. Daraus ist zu schliessen, dass mit dem Auftrag zur Durchführung einer Administrativuntersuchung an Dritte keine Verwaltungsaufgaben im oben umschriebenen Sinn übertragen werden können. Nun weist zwar Art. 14 Abs. 3 VwVG implizit auf die Möglichkeit hin, dass Personen mit einer «amtlichen Untersuchung» betraut werden können, die nicht der Bundesverwaltung angehören. Diese Bestimmung stellt aber nach ihrem Wortlaut selbst keine generelle Grundlage für eine solche Aufgabenübertragung dar, sondern setzt voraus, dass die Übertragung - in Berücksichtigung von Art. 178 Abs. 3 BV - gestützt auf eine spezialgesetzliche Grundlage bereits erfolgt ist. Für diesen Fall ermächtigt sie die auftraggebenden Behörden, die Beauftragten auch mit formellen Zeugeneinvernahmen zu betrauen[29].

e. Die Stellen, die für die Anordnung einer Administrativuntersuchung zuständig sind, können daher in Anwendung von Art. 97 Abs. 4 BPV an Personen ausserhalb der Bundesverwaltung lediglich Aufgaben insbesondere im Bereiche der Beratung nach Art. 57 Abs. 1 RVOG und der administrativen Hilfstätigkeit übertragen. Sie können dazu - materiell abgestützt insbesondere auf Art. 38 RVOG und Art. 24 RVOV - die unter ihrer Aufsicht stehenden Angestellten verpflichten, im Rahmen ihrer anstellungsrechtlichen Aufgaben den mit einer Administrativuntersuchung beauftragten Personen zuhänden des Auftraggebers die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen und die entsprechenden Auskünfte zu erteilen[30]. Die Untersuchungsbeauftragten erhalten dadurch selbst keinen Ermessensspielraum für eine Festlegung bzw. Durchsetzung von Rechten und Pflichten, sondern sie handeln als Beauftragte und Hilfsorgane des zuständigen Auftraggebers. Sie können daher gemäss ihrem Auftrag Einsicht in die Unterlagen des Departementes nehmen, die Angestellten des Departementes befragen und über ihre Wahrnehmungen einen Bericht erstellen, nicht aber selbständig Dienstanweisungen erteilen oder Verfügungen erlassen.

3. Gleiche Frage im Hinblick auf die Angestellten anderer eidgenössischer Departemente.

Der Grundsatz, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als dass ihm selbst zustehen, gilt auch im Bereich des Verwaltungsrechts. Der Auftrag zu einer Administrativuntersuchung ist daher klar auf die Zuständigkeiten und Kompetenzen des Auftraggebers begrenzt. Entsprechend sieht Art. 97 Abs. 3 BPV (ebenso früher Ziff. 211 der Richtlinien von 1981) vor, dass für die Anordnung von Administrativuntersuchungen, welche den Aufgabenbereich mehrerer Departemente betreffen, der Bundesrat zuständig ist. An der grundsätzlichen Stellung der Beauftragten ändert sich nichts; ihre Kompetenzen richten sich strikte nach dem erteilten Auftrag.

4. Gleiche Frage im Hinblick auf Privatpersonen in der Schweiz.

Soweit dies im Auftrag vorgesehen ist, steht einer blossen Befragung von Personen ausserhalb der Bundesverwaltung durch die Beauftragten an sich nichts entgegen. Die rechtliche Situation dieser Personen gegenüber dem Auftraggeber ist aber eine grundsätzlich andere, als diejenige der Angestellten des Departementes. Die Personen ausserhalb der Bundesverwaltung haben keinerlei primäre Verpflichtung zur Mitwirkung, und allfällige Auskünfte erfolgen auf freiwilliger Basis; bei einer Befragung sind diese Personen auf ihr Aussageverweigerungsrecht aufmerksam zu machen[31]. Eine Mitwirkungspflicht müsste auf eine formellgesetzliche Grundlage abgestützt werden können, sei es im Bereich des Verwaltungsrechts, sei es im Bereich des Strafrechts. Könnte aber eine Mitwirkungspflicht beispielsweise aus einem bestehenden verwaltungsrechtlichen Verhältnis der betreffenden Person mit dem untersuchenden Departement abgeleitet werden (etwa im Rahmen von Subventionsgewährungen oder dgl.), müssten bei einer Auskunftsverweigerung die Auskunftspflicht bzw. die Rechtsfolgen der Weigerung in Anwendung des VwVG gegebenenfalls durch Verfügung bestätigt werden. Diese könnte in keinem Fall durch die Beauftragten selbst erlassen werden. Da die Festlegung von Rechten und Pflichten durch Verfügung als Verwaltungsaufgabe zu qualifizieren ist[32], könnte eine solche Verfügung ausschliesslich durch die zuständige Behörde selbst erlassen werden.

5. Gleiche Frage im Hinblick auf Angestellte der öffentlichen Gemeinwesen im Ausland.

a. Es ist zu unterscheiden zwischen der Befragung von Angestellten des Bundes, die sich zu dienstlichen Zwecken im Ausland aufhalten (z. B. schweizerische Angestellte einer schweizerischen diplomatischen Niederlassung) und zwischen Angestellten oder Beamten eines anderen Staates.

b. Der Geltungsbereich des Personalrechts des Bundes mit den daraus resultierenden Pflichten erstreckt sich auch auf Angestellte des Bundes, die sich zu dienstlichen Zwecken im Ausland aufhalten[33]. Für ihre Auskunftspflicht im Rahmen einer Administrativuntersuchung gelten die gleichen Regelungen wie für die übrigen Angestellten des Bundes. Das Gleiche gilt für die Zuständigkeit der Beauftragten zur Befragung[34].

c. Demgegenüber haben die schweizerischen Behörden keine Befugnis, im Rahmen einer Administrativuntersuchung die Befragung von Angestellten oder Beamten anderer Staaten oder internationaler Organisationen durchzusetzen[35].

6. Gleiche Frage im Hinblick auf Privatpersonen im Ausland.

Die Befragung privater Personen im Ausland als Auskunftspersonen zum Zwecke einer Administrativuntersuchung durch die Beauftragten hat vorweg - wie die Befragung Privater in der Schweiz - den Grundsatz der Freiwilligkeit einer Auskunfterteilung zu berücksichtigen. Aber auch bei Bereitschaft einer allfälligen freiwilligen Auskunfterteilung durch Private ist durch die Beauftragten zu berücksichtigen, dass sie in staatlichem Auftrag tätig sind und daher in anderen Staaten nur mit deren Einverständnis tätig werden dürfen[36]; ob dies in Form einer direkten Befragung oder auf dem Korrespondenzwege erfolgt, spielt dabei im Grundsatz keine Rolle[37]. Aktivitäten ausserhalb des schweizerischen Hoheitsgebietes hätten auf alle Fälle unter Einbezug des Eidgenössischen Departementes für auswärtige Angelegenheiten (EDA) zu erfolgen und es wäre gegebenenfalls ein Entscheid des Bundesrates einzuholen[38].

7. Sind Angestellte ausserhalb des betroffenen Departementes gegenüber der mit einer Untersuchung beauftragten Person von ihrer amtlichen Schweigepflicht entbunden? Müssen sie einer Einladung zur Anhörung Folge leisten? Sofern ja, gestützt auf welche Bestimmungen?

a. Der Kreis der Angestellten des Bundes, die in eine Administrativuntersuchung einbezogen werden können, hängt unmittelbar von den Aufsichtskompetenzen der anordnenden Stelle und ihrer Auftragsformulierung ab. Die Aufsichtskompetenzen des Bundesrates erstrecken sich auf die gesamte ihm unterstellte Bundesverwaltung, diejenigen eines Departementes auf die ihm unterstellten Dienststellen. Hat ein Departement in seinem Zuständigkeitsbereich eine Administrativuntersuchung angeordnet, sind die Angestellten der anderen Departemente mangels aufsichtsrechtlicher Verpflichtungen nicht unmittelbar verpflichtet, dem Beauftragten Einsicht in die Akten ihres Departementes zu geben oder ihm Auskünfte zu erteilen bzw. seiner Einladung zur Auskunfterteilung Folge zu leisten.

b. Der strafrechtliche Schutz des Amtsgeheimnisses erfolgt durch Art. 320 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs[39]. Der strafrechtliche Geheimnisbegriff wird etwas enger gefasst als der personalrechtliche bzw. verwaltungsrechtliche[40]. Für die Beantwortung der gestellten Frage ist aber primär der Inhalt der Schweigepflicht für Angestellte des Bundes nach Art. 22 BPG sowie für Angehörige der Armee nach Art. 33 des Bundesgesetzes über die Armee und die Militärverwaltung[41] massgebend.

c. Es ist darauf hinzuweisen, dass nach herrschender Lehre und Praxis die Schweigepflicht zumindest im Grundsatz auch zwischen den einzelnen Dienststellen zu respektieren ist[42]. Soweit nicht auf Gesetzes- oder Verordnungsebene Auskunfts- und Informationspflichten bestehen, gilt sie «horizontal» gegenüber anderen Dienststellen, in der Regel aber nicht «vertikal» gegenüber der jeweiligen Aufsichtsbehörde[43]. Im Rahmen des Untersuchungsgegenstandes entbindet daher der Auftrag eines Departementschefs für eine Administrativuntersuchung alle dem Departement unterstellten Angestellten von der Schweigepflicht gegenüber den Untersuchungsbeauftragten[44]. Da sich die Aufsichtskompetenz eines Departementschefs aber nicht auf die Geschäfte der anderen Departemente oder der Bundeskanzlei erstreckt, müssen die Beauftragten für das Einholen von Informationen aus dem Zuständigkeitsbereich anderer Departemente das Einverständnis des jeweiligen Departements einholen[45], sofern die gewünschten Informationen unter die Schweigepflicht fallen. Dies mag zwar im Einzelfall eine taugliche Lösung sein, doch kann relativ rasch unklar werden, welche konkreten Informationen noch unter die Schweigepflicht fallen. Lehre und Praxis[46] führen darunter etwa auf:

- Tatsachen, welche die Geheimsphäre von Personen betreffen;
- Tatsachen, deren Bekanntgabe öffentliche Interessen beeinträchtigen würde;
- Äusserungen eines Angestellten oder Behördemitgliedes, die in amtlicher Verrichtung erfolgt sind und die zur Verfolgung oder Belästigung des Urhebers Anlass geben könnten;
- Inhalt von noch nicht eröffneten Entscheiden.

d. Um den im Zusammenhang mit der Schweigepflicht entstehenden Schwierigkeiten bei einer departementsübergreifenden Untersuchung vorzubeugen, sieht Art. 97 Abs. 3 BPV vor, dass der Bundesrat die Untersuchung anordnen soll, wenn departementsübergreifende Abklärungen notwendig sind.

e. Nicht identisch mit der Schweigepflicht sind die Anforderungen des Schutzes von Personendaten. Der Untersuchungsauftrag entbindet die betroffenen Stellen nicht generell von der Einhaltung der Schutzbestimmungen des Bundesgesetzes über den Datenschutz[47]. Jede Dienststelle, die von den Untersuchungsbeauftragten zur Offenlegung geschützter Personendaten aufgefordert wird, hat daher in eigener Kompetenz zu überprüfen, ob die Anforderungen des DSG für eine Weitergabe erfüllt sind.

8. Welches ist die Rechtsstellung der Personen, die von den mit einer Administrativuntersuchung Beauftragten angehört werden?

a. Der Status bzw. die Rechte und Pflichten von Angestellten des Bundes, die im Rahmen einer Administrativuntersuchung befragt werden, werden vorweg durch das BPG umschrieben. Ihre Rechte und Pflichten werden aus dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis abgeleitet[48] und durch den jeweils abgeschlossenen Arbeitsvertrag präzisiert. Ihre Mitwirkungspflicht in einem solchen Verfahren ist daher in einem personalrechtlichen Unterstellungsverhältnis und den aufsichtsrechtlichen Kompetenzen der vorgesetzten Stellen begründet.

b. Der Status bzw. die Rechte und Pflichten von Privatpersonen, die in ein solches Verfahren einbezogen werden, wird durch die grundrechtlich geschützte Privatautonomie vorgegeben[49]. Ihre Mitwirkung beruht auf Freiwilligkeit, es sei denn es bestehe ein auf einer Spezialgesetzgebung abgestütztes verwaltungsrechtliches Verhältnis[50].

9. Welches sind im Einzelnen die allgemeinen Bestimmungen des VwVG, die auf eine Administrativuntersuchung anwendbar sind (vgl. Art. 97 Abs. 5 BPV)? Handelt es sich um andere, als die - im übrigen in Ziff. 36 der Richtlinien von 1981 erwähnten - Art. 12 und 13 VwVG? Sofern ja, um welche?

a. Art. 97 Abs. 5 BPV erklärt die «allgemeinen Verfahrensgrundsätze» des VwVG auf die Administrativuntersuchung anwendbar. Damit wird aber keine integrale Anwendung des VwVG festgelegt, sondern es sind seine verfahrensrechtlichen Grundsätze auf das aufsichtsrechtliche Verfahren der Administrativuntersuchung anzuwenden[51]. Das VwVG fasst seine «Allgemeinen Verfahrensgrundsätze» im zweiten Abschnitt des Gesetzes (Art. 7 ff. VwVG) zusammen. Personen, die mit einer Administrativuntersuchung betraut sind, müssen insbesondere die Regelungen, die dem Schutz der verfassungsmässigen Rechte der Betroffenen dienen und die nicht spezifisch auf die Vorbereitung und den Erlass einer Verfügung ausgerichtet sind, eingehalten werden. Es handelt sich insbesondere um die nachfolgend aufgeführten Bestimmungen:

b. Art. 7 VwVG (Prüfung der Zuständigkeit von Amtes wegen): Bei allen Untersuchungshandlungen haben sich die Beauftragten zu vergewissern, ob sie im Rahmen ihres Auftrages und ihrer rechtlichen Möglichkeiten vorgehen[52].

c. Art. 10 VwVG (Ausstand bei Befangenheit): Die Beachtung der Ausstandsregeln gehört zu den grundlegenden verfassungsmässigen Anforderungen an ein unabhängiges Verfahren. Zwar haben die mit der Administrativuntersuchung betrauten Personen selbst keine Verfügungen zu treffen, doch dient ihr Bericht unter Umständen als Grundlage für formelle Verfahren. Eine Missachtung der Ausstandsregeln stellt eine schwere Missachtung der Verfahrensgrundsätze dar und kann den Bericht als Ganzes oder in Teilen entwerfen.

d. Art. 11 VwVG (Vertretung und Verbeiständung): Es ist zu berücksichtigen, dass für Angestellte des Bundes, die der

vorgesetzten Behörde bzw. den Beauftragten im Rahmen einer Administrativuntersuchung zur Auskunft über ihre Tätigkeit verpflichtet sind, im Hinblick auf eine Selbstbelastung (z. B. für ein späteres Disziplinar- oder Strafverfahren) heikle Abgrenzungsprobleme entstehen können, für die ihnen fachliche oder rechtliche Beratung oder Verbeiständung nicht verweigert werden darf[53].

e. Art. 12 VwVG (Feststellung des Sachverhaltes): Die Beweismittel, die für das Verwaltungsverfahren in Frage kommen (Urkunden, Auskünfte der Parteien sowie Dritter, Augenschein, Gutachten von Sachverständigen) sind auch für eine aufsichtsrechtliche Abklärung im Rahmen der Administrativuntersuchung massgebend[54].

f. Art. 13 Abs. 1 Bst. c (Mitwirkung der Parteien): Die befragten Angestellten des Bundes haben Mitwirkungspflichten soweit diese ihnen personalrechtlich, etwa durch die Treuepflicht nach Art. 20 BPG und vertragliche Verpflichtungen, auferlegt sind[55].

g. Art. 26-28 VwVG (Akteneinsicht): Soweit für die Ermittlung des Sachverhaltes auf schriftliche Unterlagen abgestellt wird, welche beispielsweise befragte Personen belasten, sind die erwähnten Bestimmungen von den Beauftragten sinngemäss anzuwenden[56].

h. Art. 29 VwVG (rechtliches Gehör): Auch wenn die Administrativuntersuchung nicht mittels Verfügung abgeschlossen wird, haben die einbezogenen Personen den verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör: Nach Art. 29 Abs. 1 und 2 BV erstreckt sich der Anspruch auf alle Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen[57].

i. Art. 31 VwVG (Anhören der Gegenpartei): Für die seriöse Abklärung eines Sachverhaltes ist es unumgänglich, dass von allen Vorbringen Kenntnis genommen wird, die zur Beurteilung beitragen können; widerstreitende oder «unbequeme» Aussagen dürfen daher nicht einfach ignoriert werden[58].

j. Art. 32 VwVG (Prüfung der Parteivorbringen): Die mit einer Administrativuntersuchung Beauftragten schliessen diese zwar nicht mit einer Verfügung ab; in sinngemässer Anwendung von Art. 32 VwVG sind aber im Schlussbericht alle erheblichen Vorbringen der angehörten Personen zu würdigen[59].

k. Art. 33 VwVG (Beweisanerbieten): Die von den angehörten Personen angebotenen Beweismittel, welche zur Erhellung des Sachverhaltes tauglich erscheinen, dürfen nicht einfach abgelehnt werden[60].

10. Kann der mit einer Administrativuntersuchung Beauftragte Personen als Zeugen einvernehmen? Sofern ja, gestützt auf welche Bestimmungen (vgl. Art. 14 ff. VwVG gegenüber Ziff. 36 der Richtlinien von 1981)?

a. Als Zeugeneinvernahme gilt die Befragung von Personen, die gesetzlich unter Wahrheitspflicht und allenfalls unter Strafandrohung bei Weigerung oder unwahrer Angabe zur Auskunft verpflichtet sind[61]. Da es sich bei einer solchen Verpflichtung um einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit handelt, sind die Verfahrensmodalitäten (Kreis verpflichteter Personen, Aussage- und Mitwirkungspflichten, Verweigerungsgründe, Anwesenheit der Parteien, Strafdrohung usw.) Gegenstand ausführlicher formellgesetzlicher Regelungen. Auch das Verwaltungsverfahren des Bundes kennt die Zeugeneinvernahme; die Modalitäten werden in den Art. 14-18 VwVG geregelt. Die Zeugeneinvernahme darf nur angeordnet werden, wenn sich der Sachverhalt nicht auf andere Weise genügend abklären lässt (Subsidiarität) und die Anordnung hat durch eine beschwerdefähige Zwischenverfügung nach Art. 45 Bst. d VwVG zu erfolgen[62].

b. Die Administrativuntersuchung als aufsichtsrechtliche Abklärung ist kein unmittelbar auf das VwVG abgestütztes Verfahren[63]. Die mit einer Administrativuntersuchung beauftragten Personen haben mangels gesetzlicher Grundlage selbst keinerlei Verfügungskompetenzen[64], doch haben sie die Verfahrensgrundsätze des VwVG zur Anwendung zu bringen[65]. Nun sieht jedoch Art. 14 Abs. 3 VwVG vor, dass auch Personen, die nicht der Bundesverwaltung angehören und die mit einer amtlichen Untersuchung beauftragt sind, von der zuständigen Behörde zur Zeugeneinvernahme ermächtigt werden können. Die Bestimmung bietet zwar die Grundlage für die allfällige Ermächtigung zur Zeugeneinvernahme, doch setzt sie voraus, dass der Untersuchungsauftrag seinerseits auf einer spezialgesetzlichen Grundlage beruht[66]. Diese Voraussetzung ist bei der Administrativuntersuchung nicht gegeben[67]. Formelle Zeugeneinvernahmen durch die Beauftragten im Rahmen eines solchen Verfahrens sind daher ausgeschlossen[68]. Dies wird im Übrigen durch die Ziff. 36 der Richtlinien von 1981 ausdrücklich bestätigt.

11. Ist der mit einer Administrativuntersuchung Beauftragte befugt, gegenüber ausbleibenden Personen in eigenem Namen Massnahmen mit Sanktionscharakter auszusprechen (vgl. Art. 19 VwVG in Verbindung mit Art. 60 VwVG)?

Aus den Ausführungen unter Buchstabe C Ziff. 2, 3 und 9 oben ergibt sich, dass die mit einer Administrativuntersuchung beauftragten Personen, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen, keinerlei Verfügungskompetenzen haben. Sie sind somit auch nicht befugt, Sanktionen gegenüber befragten Personen anzudrohen oder auszusprechen.

12. Bestehen mit Südafrika Verträge oder Verwaltungsvereinbarungen über die Zurverfügungstellung von Informationen oder Beweisen im Verwaltungsbereich?

Nach Angaben der Direktion für Völkerrecht bestehen keine solchen Verträge oder Vereinbarungen.

13. Ist eine Administrativuntersuchung als Hoheitsakt zu bewerten?

a. Die Kriterien, nach denen Lehre und Praxis das staatliche Handeln als hoheitlich bzw. nicht hoheitlich beurteilen, sind uneinheitlich. Der Begriff des hoheitlichen Handelns wird sowohl für die Abgrenzung gegenüber dem staatlichen Handeln in den Formen des Privatrechts als auch für die Abgrenzung zum so genannten schlichten Verwaltungshandeln verwendet[69]. Angesichts der Einführung des allgemeinen Begriffs der «Verwaltungsaufgabe» durch Art. 178 Abs. 3 BV hat der Bundesrat bei der am 22. August 2002 erfolgten Revision der RVOV[70] auf die Differenzierung ganz verzichtet. Als hoheitliches Handeln im Sinne der vorliegenden Fragestellung dürfte die Ausübung von Befugnissen gemeint sein, mit denen gegenüber den Rechtsunterworfenen einseitig und autoritativ ein Handeln, Unterlassen oder Dulden vorgeschrieben wird[71] bzw. Rechte, Pflichten oder Status der Rechtsunterworfenen begründet oder durchgesetzt werden[72].

b. Die Administrativuntersuchung ist unbestrittenermassen ein Verfahren, das auf öffentlichem Recht beruht. Anerkannt erscheint ferner, dass es sich um ein aufsichtsrechtliches Instrument der Verwaltungshierarchie handelt, mit dem die oberen

Hierarchiestufen (insbesondere Bundesrat und Departemente) das Bestehen und die Ursachen von Problemen und Mängeln innerhalb der Verwaltung ermitteln wollen[73]. Das Verhältnis zu anderen, formellgesetzlich geregelten Verfahren ist dagegen nicht ganz unumstritten: Während die Ziff. 12 und 14 der Richtlinien von 1981 die absolute Subsidiarität der Administrativuntersuchung gegenüber den gesetzlich geregelten Verfahren (insbesondere gegenüber dem personalrechtlich geregelten Disziplinarverfahren) betonen, scheint die Praxis zu zeigen, dass die Administrativuntersuchung oft als eine Art Vorstufe zum Disziplinarverfahren benutzt wird und dass sie nicht selten parallel zu Strafuntersuchungen und parlamentarischen Untersuchungsverfahren geführt wird[74]. Zu beachten ist aber, dass eine parallele Durchführung bzw. Weiterführung neben dem Verfahren einer parlamentarischen Untersuchungskommission nur mit Ermächtigung dieser Kommission gestattet ist[75]. Die in der Praxis etwas fließende

Abgrenzung gegenüber den formellen Untersuchungsverfahren ändert aber nichts am rechtlichen Charakter des Instituts und seinen Auswirkungen auf die Betroffenen. Soweit den betroffenen Angestellten des Bundes im Rahmen einer Administrativuntersuchung Verpflichtungen erwachsen, beruhen diese nicht auf der unmittelbaren, selbständigen und einseitigen Anwendung gesetzlicher Verfahrensregelungen durch die Beauftragten, sondern auf den im Rahmen der Personalgesetzgebung vertraglich eingegangenen Pflichten der Angestellten.

c. Die Administrativuntersuchung kann in keinem Fall unmittelbar die autoritative und einseitige Festlegung von Rechten und Pflichten einzelner Personen zum Inhalt haben. Sie kann daher nicht als Verfahren mit hoheitlichem Charakter im Sinne der Fragestellung gelten. Soweit Ihre Ergebnisse unter Wahrung der Verfahrensgrundsätze des VwVG zustande gekommen sind, können sie aber die Grundlage für spätere Verfahren, insbesondere Verwaltungs- und Disziplinarverfahren, bilden, welche ihrerseits die Festlegung von Rechten und Pflichten zum Ziel haben.

14. Ist der mit einer Administrativuntersuchung Beauftragte befugt, Beweismittel zu erheben, die sich im Ausland befinden, sowie im Ausland ohne Bewilligung des betroffenen Staates Abklärungen vorzunehmen? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen? Ist eine solche Aktivität mit dem Grundsatz der Souveränität einerseits und den Bestimmungen des Wiener Übereinkommens über diplomatische und konsularische Beziehungen andererseits vereinbar?

a. Welche Beweismittel die mit einer Administrativuntersuchung beauftragten Personen zu erheben haben, ergibt sich im Grundsatz aus dem Untersuchungsauftrag. Dieser hat den Gegenstand der Untersuchung festzulegen bzw. abzugrenzen. Sofern Beweismittel benötigt werden, über deren Verfügbarkeit die auftraggebende Behörde nicht selbst entscheiden kann, liegt es im Grundsatz an ihr, die Verfügbarkeit im Einvernehmen mit den zuständigen Privaten oder Behörden zu Handen der Beauftragten abzuklären und sicherzustellen. Dieser allgemeine Grundsatz gilt auch für allfällige Abklärungen im Ausland.

b. Die Erhebung von Beweismitteln im Ausland richtet sich dem Territorialitätsgrundsatz[76] folgend nach dem jeweiligen ausländischen Recht und dessen Anwendung durch die dort zuständigen Behörden. Soweit es sich um Materialien handelt, die nach der örtlichen Rechtspraxis etwa im Rahmen der Presse- und Informationsfreiheit uneingeschränkt zugänglich sind, dürfte einer Verwendung für eine Administrativuntersuchung nichts entgegenstehen. Handelt es sich dagegen um nicht frei zugängliche Unterlagen, dürfen diese nur mit dem Einverständnis der zuständigen Behörden oder Privatpersonen im Rahmen des örtlichen Rechts erhoben bzw. verwendet werden[77].

c. Ein Tätigwerden von Untersuchungsbeauftragten erfolgt zwangsläufig in amtlicher Funktion. Auch wenn mit dem Untersuchungsauftrag keine hoheitlichen Befugnisse übertragen werden, erfolgen die Untersuchungshandlungen im Auftrag und im Interesse der Behörden. Erstreckt sich die Beweiserhebung auf das Ausland, sind daher unweigerlich die Beziehungen der Schweiz zu den entsprechenden Staaten betroffen, unabhängig davon, ob die Beweismittel bei Privatpersonen oder Behörden erhoben werden sollen.

Aus Art. 41 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen[78] ist im übrigen zu schliessen, dass der amtliche Verkehr zwischen den staatlichen Behörden zumindest dem Grundsatz nach über die diplomatische Vertretung des Entsendestaates und das Aussenministerium des Empfangsstaates laufen sollte. Sind für die Abklärungen Absprachen mit ausländischen Behörden erforderlich, wäre daher in jedem Fall das Departement für auswärtige Angelegenheiten beizuziehen, welches auch landesrechtlich zur Koordination solcher Abläufe zuständig ist[79]. Soweit bei solchen Abklärungen Differenzen mit dem EDA entstehen, ist der Entscheidungsbereich eines einzelnen Departementes überschritten. Die entsprechenden Anordnungen müssten dann nach Art. 97 Abs. 3 BPV vom Bundesrat bestätigt werden.

15. Wie würde die Schweiz auf eine vergleichbare Untersuchung auf Ihrem Gebiet reagieren, wenn dazu keine Bewilligung der Bundesbehörden vorläge?

Art. 271 Ziff. 1 StGB verbietet ausländischen Behörden unter Vorbehalt der Bewilligung durch die schweizerischen Behörden die Vornahme von Amtshandlungen auf dem Gebiet der Schweiz. Als Amtshandlung gilt eine Tätigkeit, die «nach ihrem Wesen und Zweck sich als Amtstätigkeit charakterisiert»[80]. Zu solchen verbotenen Amtshandlungen werden u. a. neben polizeilichen Erhebungen, Festnahmen und prozessualen Vernehmungen auch Augenscheine und Erhebungen für ausländische Behörden gezählt[81]. Die Strafbarkeit ist unabhängig davon gegeben, ob die Handlung von einem Mitglied einer ausländischen Behörde selbst oder von einem Beauftragten[82] vorgenommen wird. Die vorgesehenen allfälligen Bewilligungen werden nach Art. 31 RVOV von der sachlich zuständigen Bundesbehörde erteilt; eine Bewilligungspraxis besteht in relativ vielen Sachbereichen. Oft sind solche Inspektionstätigkeiten staatsvertraglich geregelt, doch werden auch Einzelbewilligungen erteilt[83].

16. Ist der mit einer Administrativuntersuchung Beauftragte befugt, von Ämtern ausserhalb des betroffenen Departementes Amtshilfe zu verlangen? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und auf der Grundlage welcher Überlegungen?

a. Als Amtshilfe gilt das Zusammenwirken von Behörden, «wenn die Handlung der helfenden Behörde der Erfüllung der Aufgabe einer anderen Behörde dient und sie auf deren Ersuchen und ausserhalb prozessrechtlicher Verfahren vorgenommen wird»[84]. Gesetzliche Regelungen der Amtshilfe finden sich häufig in Spezialgesetzen[85]; eine grundsätzliche Verpflichtung der Bundesbehörden zur wechselseitigen Amtshilfe enthält zudem die Regelung von Art. 14 RVOV. Die Amtshilfeverpflichtungen gelten aber nur im Rahmen der Grundregelungen der jeweiligen Sachgebiete. Schranken der Amtshilfe werden vor allem durch die gesetzlichen Regelungen über die Schweigepflicht der Angestellten des Bundes bzw. der Angehörigen der Armee und durch den Schutz der Personendaten errichtet[86].

b. Im Rahmen ihres Auftrags sind die mit einer Administrativuntersuchung beauftragten Personen befugt, andere Dienststellen zur Amtshilfe im oben beschriebenen Sinne anzusprechen. Der Entscheid darüber, welche Hilfe im konkreten Fall von Dienststellen ausserhalb des Aufsichtsbereichs des anordnenden Departementes geleistet werden kann, liegt aber bei der angesprochenen

Dienststelle. Sie hat im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrages zu prüfen, für welche Art Amtshilfe sie befugt ist und wie weit beispielsweise die Zurverfügungstellung von Informationen durch ihre Schweigepflicht oder den Schutz von Personendaten beschränkt ist. Im Zweifelsfall hat sie sich von der eigenen Aufsichtsbehörde bzw. Departementsleitung zur Amtshilfe ermächtigen zu lassen.

17. Gleiche Frage im Hinblick auf kantonale Verwaltungsstellen? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und auf der Grundlage welcher Überlegungen?

Die Befragung von Personen, die einer kantonalen Verwaltung unterstehen, kann im Rahmen einer bundesrechtlichen Administrativuntersuchung ohne spezifische gesetzliche Grundlage nicht mittels einer aufsichtsrechtlichen Dienstanweisung erfolgen; die vom Bundesrat ausgeübte Verbandsaufsicht über die Kantone richtet sich unter Respektierung der kantonalen Organisationsautonomie primär an die Kantonsregierung, und der direkte Durchgriff auf die Kantonsverwaltungen erfolgt nur im Rahmen einer entsprechenden gesetzlichen Regelung[87]. Für Befragungen des Personals der Kantone benötigen die Untersuchungsbeauftragten im Grundsatz eine Verfügung des Auftraggebers[88], die ihrerseits einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage bedarf. Denkbar wäre es auch, dass das zuständige kantonale Exekutivmitglied auf Anfrage hin die Befragung gestattet und die betroffenen Bediensteten zur Auskunfterteilung ermächtigt oder verpflichtet.

18. Ist der mit einer Administrativuntersuchung Beauftragte befugt, Rechtshilfe zu beanspruchen? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und auf der Grundlage welcher Überlegungen? Ist der mit einer Administrativuntersuchung Beauftragte befugt, in die Akten von Rechtshilfeverfahren Einsicht zu nehmen, wenn diese noch nicht abgeschlossen sind? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und auf der Grundlage welcher Überlegungen?

a. Als Rechtshilfe gilt die gegenseitige Unterstützung von Behörden bzw. Amtsstellen im Rahmen prozessual formell geregelter Handlungen[89]; ihre Hauptanwendungsgebiete sind die prozessualen Verfahren im Gebiet des Strafrechts und des Zivilrechts. Die Rechtshilfeverfahren werden im internationalen Bereich durch Staatsverträge, Bundesgesetze und interkantonale Konkordate geregelt[90]. In diesen Instrumenten wird in der Regel auch festgelegt, welche Behörden für die Geltendmachung der Rechtshilfe legitimiert sind.

b. Da die Administrativuntersuchung gerade nicht als formelles, prozessrechtlich geregeltes Verfahren zu verstehen ist[91], fallen formelle Rechtshilfebegehren der Untersuchungsbeauftragten an gerichtliche Instanzen des Bundes und der Kantone oder gar anderer Staaten ausser Betracht.

c. Die Einsichtnahme der mit einer Administrativuntersuchung beauftragten Personen in Unterlagen der für Rechtshilfeverfahren zuständigen Behörden richtet sich im Rahmen ihres Auftrages[92] primär nach dem jeweils anwendbaren Verfahrensrecht und, sofern dieses keine besonderen Regelungen enthält, nach den Grundsätzen des Amtsgeheimnisses zwischen den Dienststellen[93].

d. Auf der Ebene des Bundes dürften im vorliegenden Fall vor allem die internationale Rechtshilfe in Strafsachen eine Rolle spielen. Das innerstaatliche Verfahren zur Behandlung ausländischer Gesuche um Rechtshilfe richtet sich nach den Bestimmungen des IRSG. Dieses sieht keine spezifischen Einsichtsrechte anderer Dienststellen in die Verfahrensakten vor. Nach Art. 12 Abs. 1 IRSG sind aber auf solche Begehren sinngemäss entweder das VwVG - soweit es sich inhaltlich um Verwaltungsverfahren handelt -, oder das Strafprozessrecht - soweit es sich um prozessuale Verfahren handelt - anwendbar. Für allfällige Einsichtnahmen der mit einer Administrativuntersuchung beauftragten Personen in Akten der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen könnte, soweit sie Administrativvorgänge betrifft, nur das zuständige Justiz- und Polizeidepartement oder der Bundesrat die Einsichtnahme anordnen[94]; soweit sie sich auf eigentliche Prozessakten erstrecken sollte, ist sie ausgeschlossen[95].

e. Soweit sich die verlangte Einsichtnahme auf die Akten kantonalen Rechtshilfe erstreckt, kommt das kantonale Verwaltungs- und Prozessrecht zur Anwendung; unmittelbare Aufsichtskompetenzen der Bundesbehörden bestehen in diesem Bereich nicht[96].

19. Ist der mit einer Administrativuntersuchung Beauftragte befugt, in die Akten gerichtspolizeilicher Verfahren Einsicht zu nehmen, die noch nicht abgeschlossen sind? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und auf der Grundlage welcher Überlegungen?

a. Als gerichtliche Polizei werden in der Regel jene Polizeiorgane bezeichnet, welche vor der formellen Eröffnung eines Strafprozesses zu Händen der Staatsanwaltschaft und der gerichtlichen Untersuchungsbehörden das Material für eine allfällige Anklage zusammentragen[97]; die gesetzliche Grundlage dieser Tätigkeit, ihre Aufteilung in verschiedene Verfahrensabschnitte und die Zuständigkeitsverteilung zwischen Polizei, Untersuchungsrichter und Staatsanwaltschaft sind allerdings auf der Ebene des Bundes und der Kantone sehr unterschiedlich[98]. Auf Bundesebene wird die gerichtliche Polizei nach Art. 17 BStP vom Bundesanwalt geleitet sowie von den kantonalen Staatsanwälten und den zuständigen Polizeiorganen der Kantone und des Bundes ausgeübt.

b. Bei den Akten der gerichtlichen Polizei handelt es sich - je nach gesetzlicher Regelung und Verfahrensstadium - entweder um Akten einer Vorabklärung bzw. Vorermittlung, einer Ermittlung oder einer eigentlichen Strafuntersuchung. Die Vorabklärung ist in der Regel auf gesetzlicher Ebene nicht ausdrücklich vorgesehen, sondern beruht auf dem generellen gesetzlichen Auftrag der Polizei[99]. Das Ermittlungsverfahren wird zumindest in den Grundzügen durch die jeweils anwendbare Strafprozessgesetzgebung geregelt. Bei der eingliedrigen Untersuchung kann die Polizei zwar von sich aus Ermittlungen aufnehmen, doch der Untersuchungsrichter kann auch direkt eine Strafuntersuchung eröffnen oder in die Ermittlungen der Polizei eingreifen[100]. Bei der zweigliedrigen Untersuchung besteht eine klare Trennung zwischen der Ermittlung als polizeilichem Verfahren unter der Leitung der Staatsanwaltschaft[101] und der von einem Untersuchungsrichter formell eröffneten Strafuntersuchung bzw. Voruntersuchung[102], welche formell mit einer Einstellung des Verfahrens oder einer Anklageerhebung abgeschlossen wird.

c. Soweit in einem gerichtspolizeilichen Verfahren Bundesrecht zur Anwendung kommt, gelten für eine allfällige Einsichtnahme die relativ restriktiven Bestimmungen des BStP. Art. 102quater BStP enthält eine abschliessende Liste der Behörden und Dienststellen, welchen Daten aus einer Vorabklärung und einer Ermittlung bekannt gegeben werden dürfen; die mit einer Administrativuntersuchung beauftragten Personen sind in der Liste nicht aufgeführt und fallen für eine solche Datenbekanntgabe soweit ausser Betracht, als sie nicht in unmittelbarem Auftrag des Bundesrates[103] handeln. Noch einschränkender ist die

Regelung für die Akteneinsicht während der Voruntersuchung: Art. 119 beschränkt dieses Einsichtsrecht auf den Bundesanwalt und - mit Einschränkungen - auf den Beschuldigten und seinen Verteidiger[104].

d. Bei gerichtspolizeilichen Ermittlungen nach kantonalem Recht besteht für die mit einer bundesrechtlichen Administrativuntersuchung beauftragten Personen kein bundesrechtlicher Anspruch auf Akteneinsicht[105]. Gesuche um Akteneinsicht müssten von den kantonalen Behörden nach dem jeweils anwendbaren kantonalen Prozessrecht behandelt werden.

20. Ist der mit einer Administrativuntersuchung Beauftragte befugt, in die Personendaten Einsicht zu nehmen, welche in Datenbearbeitungssystemen gespeichert sind (z. B. in ISIS)? Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen und auf der Grundlage welcher Überlegungen?

a. Art. 17 DSGVO verlangt für das Bearbeiten von Personendaten durch die Bundesbehörden eine gesetzliche Grundlage; für die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten ist eine Ermächtigung in einem formellen Gesetz erforderlich. Entsprechend sind heute die nach Personen geordneten und aufschlüsselbaren Datensammlungen der Bundesverwaltung durch eine Verordnung geregelt. Werden in der Datensammlung besonders schützenswerte Daten bearbeitet, werden Inhalt und Zweck der Sammlung in einem Bundesgesetz festgehalten.

b. Den allgemeinen Rahmen für die Bekanntgabe umschreibt Art. 19 DSGVO. In der Regel enthalten die Verordnungen über die Datenbanken selbst detaillierte Vorschriften über die Erhebung, die Verwendung und die Weitergabe der Daten sowie über die Zugriffsberechtigung zur Datenbank. Die gestellte Frage kann daher in diesem Rahmen nicht in genereller, für alle Datenbanken gültiger Weise, sondern nur anhand einiger Beispiele beantwortet werden. Es ist im Übrigen auch bei dieser Problematik darauf hinzuweisen, dass die mit einer Administrativuntersuchung beauftragten Personen den aufsichtsrechtlichen Kompetenzbereich ihres Auftraggebers nicht überschreiten können[106].

c. Ist der Untersuchungsauftrag auf der Ebene des Bundesrates erteilt worden, sind die Untersuchungsbeauftragten in Anwendung von Ziff. 34 der Richtlinien von 1981 aufsichtsrechtlich ermächtigt, in alle Datenbanken Einsicht zu nehmen, welche dem Bundesrat unterstehen. Es versteht sich, dass diese Einsichtnahme streng auf den Gegenstand der Untersuchung begrenzt ist und dass nur eine rein aufsichtsrechtliche Verwendung der gewonnenen Informationen gestattet ist.

d. Sofern der Untersuchungsauftrag auf der Ebene des Departements erteilt worden ist, beschränkt sich diese Ermächtigung auf diejenigen Datenbanken, welche der Aufsicht des Departements unterstellt sind. Hinsichtlich der Einsichtnahme in Datenbanken, welche in die Zuständigkeit eines anderen Departementes fallen, besteht für die Beauftragten die Möglichkeit, sich vom zuständigen Departement die erforderlichen aufsichtsrechtlichen Ermächtigungen erteilen zu lassen. Andernfalls richtet sich ein allfälliges Einsichtsrecht nach den jeweils für die Datenbank anwendbaren Regelungen.

e. Die jeweiligen Spezialverordnungen unterscheiden klar zwischen den Zugriffsberechtigungen und der Datenweitergabe; letztere erfolgt entweder unter bestimmten Voraussetzungen kontinuierlich oder auf begründete Anfrage hin. In der Regel sind die Zugriffsberechtigungen sowohl was die berechtigten Dienststellen und Personen als auch was die Zugriffsbereiche anbelangt, restriktiv gefasst[107]. Etwas weniger streng erscheinen die Regelungen für die Datenweitergabe; es handelt sich aber nie um integrale Weitergaben, sondern durchwegs um bestimmte Daten oder Datengruppen, die zu ganz bestimmten Verwendungszwecken weitergegeben oder zur Einsicht verlangt werden können[108]. Während eine Weitergabe einzelner Informationen an die mit einer Administrativuntersuchung betrauten Personen auf Anfrage hin anhand der geltenden Weitergaberegelungen zu prüfen wäre und zumindest nicht in jedem Fall von vorneherein ausgeschlossen erscheint, ist keine Regelung ersichtlich, welche den Untersuchungsbeauftragten ausserhalb der aufsichtsrechtlichen Kompetenzen eine integrale Einsichtnahme in solche Datenbanken gestatten würde.

21. Wann und unter welchen Voraussetzungen kann der mit einer Administrativuntersuchung Beauftragte Privatpersonen zur Mitwirkung an seiner Untersuchung heranziehen? Kann er ihnen bestimmte Aufgaben bei der Beweiserhebung übertragen? Wenn ja, welche? Können diesen Personen die dienstliche bzw. die militärische Schweigepflicht entgegengehalten werden, wenn sie im Untersuchungsauftrag des Departementschefs nicht erwähnt sind?

a. Wird eine Administrativuntersuchung angeordnet, hat der Auftraggeber auch zu bestimmen, auf welche Weise die Infrastruktur für die Untersuchung bereitgestellt wird. Das Mandat müsste also diese Fragen zumindest in den Grundzügen regeln[109]. Festzulegen wäre insbesondere, ob die Beauftragten ihrerseits Hilfspersonen - aus der Verwaltung oder extern - beiziehen dürfen und welche räumlichen und technischen Mittel der Auftraggeber zur Verfügung stellt bzw. abgeben wird[110].

b. Ein Beizug von verwaltungsexternen Hilfspersonen ist nicht ausgeschlossen; Art. 97 Abs. 4 BPV schliesst den Beizug von externem Hilfspersonal mit ein. Je nach Tragweite und Zweck der Untersuchung ist eine mehr oder weniger vollständige Externalisierung auch angebracht. Der Beizug externen Hilfspersonals müsste aber im Auftrag klar umschrieben sein. Die Funktion des Hilfspersonals hängt ebenfalls von der jeweiligen Auftragserteilung ab. Der Auftrag kann vorsehen, dass mehrere Personen mit der Untersuchung beauftragt werden oder dass einzelne Aufgaben vom Untersuchungsbeauftragten an bestimmte Personen übertragen werden können. Nicht zulässig erscheint dagegen eine selbständige Delegation wesentlicher Untersuchungshandlungen an Dritte ohne entsprechende Grundlage im Mandat. Das Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und verwaltungsexternen Untersuchungsbeauftragten orientiert sich sinngemäss an der vertragsrechtlichen Grundform des Auftrags nach Art. 394 des Obligationenrechts[111]. Dabei spielt an sich keine Rolle, ob das Vertragsverhältnis im konkreten Fall dem öffentlichen[112] oder dem privaten[113] Recht zugeordnet wird und ob es - insbesondere gegenüber der Verwaltung - mit einer Verfügung[114] ergänzt wird. Nach Art. 398 Abs. 3 OR sind übernommene Aufträge vom Beauftragten «persönlich zu besorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird.»

c. Setzen Untersuchungsbeauftragte für wesentliche Untersuchungshandlungen wie die Befragung von betroffenen Angestellten der Bundesverwaltung verwaltungsexterne Personen ein, ohne dass dies im erteilten Auftrag vorgesehen ist, müsste dies als Überschreitung der Auftragskompetenzen beurteilt werden. Befragte Bundesangestellte wären berechtigt, solchen Personen unter Berufung auf die Schweigepflicht nach Art. 22 BPG die Auskunft zu verweigern. Dies gilt gestützt auf Art. 33 MG ebenso für Angehörige der Armee.

22. Sind die Dossiers einer Administrativuntersuchung Akten eines gerichtlichen Verfahrens? Wenn ja, gestützt auf welche

Rechtsgrundlagen?

Die Administrativuntersuchung gilt als verwaltungsinternes aufsichtsrechtliches Verfahren, in welchem nicht verbindlich über Rechte und Pflichten entschieden wird^[115]. Die Akten, in welchen der Ablauf, die Ergebnisse und Bewertungen einer solchen Untersuchung festgehalten werden, sind daher nicht Akten eines gerichtlichen Verfahrens und können diesen auch nicht gleichgestellt werden.

23. Gibt es, unter Vorbehalt der Regelung von Art. 47quinquies Abs. 5 GVG, eine Bestimmung, welche es verbietet, dass Dokumente und Akten einer Administrativuntersuchung der Delegation der Geschäftsprüfungskommissionen zugänglich gemacht werden (vgl. Art. 47quinquies Abs. 4 GVG)?

Nach Art. 47quinquies Abs. 4 GVG ist die Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte im Grundsatz befugt, von allen Behörden des Bundes und der Kantone sowie von Privaten die Herausgabe von Akten zu verlangen; die einzige ausdrückliche Ausnahme von dieser Regel findet sich in Art. 47quinquies Abs. 5 GVG, nach welcher die Einsicht in Akten ausgeschlossen ist, wenn diese unmittelbar der Meinungsbildung des Bundesrates zu hängigen Geschäften dienen. Solche Akten sind namentlich die Unterlagen zu Geschäften, welche formell zur Behandlung durch den Gesamtbundesrat angemeldet sind und bei denen der entsprechende Beschluss des Bundesrates noch aussteht. Soweit ersichtlich bestehen keine gesetzlichen Regelungen, welche die Befugnisse der Geschäftsprüfungsdelegation ausdrücklich weiter einschränken. Unklar erscheint allerdings, ob sich die Einsichtnahme auch auf die Prozessakten zu hängigen Strafverfahren erstrecken kann. Wie in Buchstabe C Ziff. 19 Bst. c oben dargestellt wird, wird die Akteneinsicht aussenstehender Behörden etwa durch die Bestimmungen des BStP im Interesse der richterlichen Unabhängigkeit stark eingeschränkt. Es würde sich daher gegebenenfalls die Frage stellen, ob in diesem Punkt das GVG gegenüber dem

BStP oder der BStP gegenüber dem GVG als Spezialgesetz Geltung beanspruchen kann^[116]. Die Frage kann aber hier insofern offen bleiben, als die Akten einer Administrativuntersuchung in keinem Falle als Gerichtsakten im Sinne etwa des BStP gelten können^[117] und daher der Einsichtnahme durch die Geschäftsprüfungsdelegation nicht entzogen werden können.

A. Le mandat

(...)

B. Généralités sur l'institution de l'enquête administrative

Pour faciliter la réponse aux différentes questions posées, il paraît judicieux, dans un premier temps, de faire une présentation générale succincte de l'institution de l'enquête administrative et des particularités de celle-ci qui sont pertinentes pour le présent mandat.

En règle générale, on désigne par le terme d'enquête administrative une procédure, interne à l'administration et relevant du droit de la surveillance, par laquelle l'autorité se trouvant à la tête de la hiérarchie administrative concernée tente d'élucider des problèmes ou de tirer au clair des manquements, avérés ou supposés, dans l'accomplissement des tâches des unités administratives qui lui sont subordonnées, et d'en établir les causes^[118]. La législation fédérale ne contient pas de réglementation spécifique formelle de ce type de procédure d'enquête. L'art. 65 al. 3 de la loi sur les rapports entre les conseils^[119], qui mentionne l'enquête administrative, vise, entre autres, à la situer par rapport à la procédure d'enquête parlementaire. Il prévoit avant tout que, lorsque les enquêtes portent sur les mêmes faits, la procédure d'enquête parlementaire est prioritaire. L'art. 65 al. 3 LREC ne constitue cependant pas une base légale formelle instituant l'enquête administrative comme procédure légale autonome, mais il est formulé d'une manière qui présuppose que cette institution existe en tant que telle. Cette constatation confirme l'opinion selon laquelle, d'un point de vue matériel, les investigations effectuées dans le cadre d'une enquête administrative se fondent sur la législation fédérale en matière d'organisation, de personnel et de procédure.

La loi sur le personnel de la Confédération^[120] règle la procédure à suivre lorsqu'un employé manque à ses obligations professionnelles^[121], la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration^[122] définit, entre autre, la structure de l'administration, les principes de direction et les responsabilités^[123]. Ces lois forment la base légale matérielle de l'institution de l'enquête administrative. Une réglementation directe des aspects essentiels de cette institution figure, enfin, à l'art. 97 de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération^[124]. Il est ainsi établi que l'enquête administrative est une procédure basée sur le droit public fédéral et que les interactions avec les personnes qui pourraient être concernées par l'enquête doivent respecter intégralement les principes guidant l'activité de l'Etat de droit (art. 5 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse^[125]) et le catalogue des droits fondamentaux (art. 7 ss Cst.). En revanche, les principales lois de procédure de la Confédération ne peuvent s'appliquer intégralement, en raison de la délimitation de leur champ d'application:

- La loi fédérale sur la procédure administrative^[126] ne s'applique qu'aux procédures qui doivent être réglées par une décision ou par une décision sur recours^[127] - ce qui n'est justement pas le cas d'une enquête administrative^[128]. Par ailleurs, l'art. 3 let. b PA exclut également les prescriptions de service du champ d'application de la loi, ce qui est déterminant pour le cas qui nous occupe.

- La loi fédérale de procédure civile fédérale^[129] et la loi fédérale sur la procédure pénale^[130] ne s'appliquent, respectivement, qu'aux affaires civiles ou pénales^[131]; le champ d'application de la PCF est toutefois partiellement étendu aux affaires administratives par le biais de renvois dans la loi sur la procédure administrative^[132].

Cela signifie que l'attribution des compétences d'édicter des décisions et les dispositions de la PA sur les voies de droit ne s'appliquent pas aux enquêtes administratives, mais que les dispositions légales qui concrétisent les droits fondamentaux énoncés dans la Cst. et protègent le statut juridique des personnes concernées par une procédure d'enquête doivent être appliquées. L'art. 97 al. 5 OPers contient d'ailleurs une indication dans ce sens.

Le 18 novembre 1981, le Conseil fédéral a édicté des directives^[133] qui décrivent le but et le déroulement de telles enquêtes dans l'administration fédérale. Le ch. 11 de ces directives confirme les caractéristiques de l'enquête administrative telles que présentées ci-dessus.

Ces directives constituent ce qu'on a coutume d'appeler une ordonnance administrative. Sont regroupées sous ce vocable les instructions générales de service émises par une autorité à l'attention des unités administratives qui lui sont subordonnées^[134].

Les dénominations de ces instruments peuvent cependant varier: outre le terme de «directives», on trouve ceux d'«instruction», de «circulaire» (par ex. dans les rapports avec les services administratifs cantonaux) et de «règlement» (dans le domaine de l'armée et de la police). Selon la doctrine et la jurisprudence actuelles du moins, les ordonnances administratives ont un caractère impératif pour les autorités et les services auxquels elles s'adressent, mais aucun droit ni devoir n'en découlent pour les particuliers et elles ne sont pas considérées comme une source du droit[135]. Conformément au principe de la légalité de l'action de l'Etat[136], les ordonnances administratives ne peuvent déployer leurs effets que dans les limites du champ d'application de la source du droit applicable; elles doivent dans tous les cas être conformes à la législation en vigueur. En règle générale, l'ordonnance administrative permet d'assurer une application correcte et uniforme des prescriptions légales ou d'arrêter une mesure d'organisation interne. Sur ce plan, les directives de 1981 concernant les enquêtes administratives constituent une forme mixte, puisqu'elles contiennent aussi bien des instructions d'application (ch. 1, 3 et 4) que des instructions portant sur l'organisation (ch. 2).

C. Réponses aux différentes questions

1. Les directives du Conseil fédéral du 18 novembre 1981 sur les enquêtes administratives sont-elles toujours en vigueur? Si non, quand ont-elles été abrogées? Si oui, en quoi ont-elles été modifiées par l'entrée en vigueur de la LPers et de l'OPers?

a. Ces directives[137] sont toujours en vigueur et n'ont pas été modifiées formellement. Le fait que de nouvelles bases légales matérielles se soient substituées à celles sur lesquelles elles reposaient lors de leur entrée en vigueur - la LOGA a succédé à la loi sur l'organisation de l'administration[138] et la LPers, au Statut des fonctionnaires[139] - ne constitue en principe pas un obstacle à leur applicabilité. Comme ces directives relèvent toutefois de l'ordonnance administrative, qui n'a pas le caractère d'une source du droit[140], leurs dispositions ne sont plus applicables lorsque des dispositions contraires ont été créées par des sources du droit (Constitution fédérale, traité international, loi, ordonnance)[141].

b. On constate que, sur certains points, les directives de 1981 ne sont plus tout à fait conformes au droit en vigueur. C'est notamment le cas des dispositions qui fixent les compétences aux ch. 216 («Conseil des écoles», pour les Ecoles polytechniques fédérales [EPF]), 22 («Directions générales des PTT et des CFF») et 23 (référence aux actes normatifs réglant l'organisation de la Confédération en 1981). Dans la mesure où les unités administratives, institutions et services d'exploitation mentionnés sont encore soumis à la surveillance du Conseil fédéral, et à moins que la législation spéciale n'en dispose autrement, rien ne s'oppose à ce que les directives de 1981 s'appliquent, par analogie, aux services actuels correspondant aux dénominations de l'époque.

c. Les directives de 1981 abordent certains aspects de l'enquête administrative également traités à l'art. 97 de l'OPers, mais il n'y a pas de véritable contradiction sur le fond. Concernant le but de l'enquête administrative, l'art. 97 al. 1 et 2 OPers reprend deux principes que l'on trouve aux ch. 11 et 12 des directives de 1981. Pour ce qui est de la compétence d'ordonner l'enquête, l'art. 97 al. 3 OPers fait sienne la règle de base figurant au ch. 21 des directives de 1981 et la complète en autorisant le département à déléguer cette compétence à un service qui lui est subordonné. L'art. 97 al. 4 OPers, selon lequel l'enquête administrative ne doit pas être menée par des personnes du domaine en cause et peut être confiée à des personnes extérieures à l'administration fédérale, correspond, dans son esprit, aux grands principes énoncés au ch. 14 des directives de 1981. Les directives de 1981 ne sont pas non plus en contradiction avec l'applicabilité, prévue à l'art. 97 al. 5 OPers, des règles générales de procédure définies dans la PA; les ch. 31 et 36 des directives de 1981 renvoient, en effet, également à ce texte pour certaines procédures.

d. En résumé, on peut dire que les directives de 1981 sont toujours formellement en vigueur, mais que leur portée a diminué dans la mesure où certains aspects essentiels de leur contenu, repris dans des ordonnances directement applicables, sont devenus obsolètes.

2. Quels sont les droits et les obligations du chargé d'enquête administrative vis-à-vis des agents du département dont le chef a diligencé l'enquête?

a. Le ch. 34 des directives de 1981 pose que «dans le cadre de son mandat d'enquête, l'organe d'enquête a les droits et les devoirs d'un supérieur qui n'est responsable que devant son mandant». Il n'est cependant pas aisé de savoir ce que recouvrent exactement ces droits et devoirs lorsqu'une enquête administrative est confiée à une personne extérieure à l'administration fédérale, ce qu'autorise l'art. 97 al. 4 OPers. La question a toutefois été posée, dans la littérature spécialisée[142], de savoir s'il était admissible de transférer des compétences relevant du devoir de surveillance sans qu'une loi ne le prévoie explicitement; l'ouvrage en question mentionnait ensuite l'art. 57 al. 1 LOGA, qui habilite le Conseil fédéral et les départements à consulter des organisations et des personnes qui ne font pas partie de l'administration fédérale, mais renonçait à examiner plus en détail la question de l'admissibilité du transfert de compétences relevant du devoir de surveillance.

b. Effectivement, l'art. 178 al. 3 Cst. exige une base légale pour le transfert de tâches de l'administration à des particuliers. L'art. 57 al. 1 LOGA crée cette base sous forme générale pour la consultation de particuliers. Lorsque, en revanche, les tâches qui doivent être confiées à des tiers ont pour objet l'application d'une loi, une base légale formelle spécifique est nécessaire. Cette exigence est d'autant plus forte que les compétences à transférer permettent de prescrire unilatéralement au sujet de droit une action, une omission ou une tolérance, ou encore que ces compétences fondent ou imposent à ce sujet des droits, des devoirs ou un statut[143].

c. Il convient de distinguer le véritable transfert de tâches de l'administration, tel que décrit plus haut, du simple recours à des personnes extérieures à l'administration fédérale chargées d'assister les autorités dans l'exécution de leurs tâches. Cette assistance administrative apportée à l'exécution des tâches (dans les limites de la loi) ne nécessite pas, selon la doctrine et la jurisprudence actuelles, de base légale formelle spécifique[144]. Le critère déterminant permettant de séparer la simple assistance administrative du transfert de tâches d'administration spécifiques devrait être de savoir si le mandat donne à son bénéficiaire un certain pouvoir d'appréciation pour définir ou pour imposer des droits et des devoirs[145]. Si le mandat permet une telle action unilatérale à l'égard de tiers, sur la base d'une appréciation consciencieuse, il s'agit vraisemblablement d'un transfert de tâches d'administration. Si par contre le mandat ne comporte aucune marge d'appréciation concernant la définition ou l'imposition de droits ou de devoirs, il s'agit sans doute d'un simple cas d'assistance administrative. L'exemple suivant devrait permettre de mieux cerner cette distinction: Si l'on délègue entièrement à un service de sécurité privé l'arrestation d'une personne donnée, ce mandat comprend le transfert de compétences administratives spécifiques, puisque les modalités de l'arrestation et le choix des moyens de contrainte à mettre en oeuvre en fonction de la situation présupposent l'exercice d'un pouvoir d'appréciation considérable. En revanche, une arrestation menée directement par un organe de l'Etat avec le concours d'employés d'une entreprise de sécurité privée entrerait dans la catégorie d'une assistance administrative fournie par des particuliers, car ces derniers n'auraient pas de véritable pouvoir d'appréciation pour les tâches qu'il

leur reviendrait d'effectuer.

d. La possibilité, prévue à l'art. 97 al. 4 OPers, de confier des enquêtes administratives à des personnes extérieures à l'administration fédérale n'est actuellement pas réglementée dans une loi au sens formel. Force est donc de conclure que le mandat confiant une enquête administrative à des tiers ne peut transférer aucune tâche administrative au sens où nous l'avons expliqué ci-dessus. L'art. 14 al. 3 PA indique néanmoins, implicitement, qu'il est possible de charger d'une «enquête officielle» des personnes qui ne font pas partie de l'administration fédérale. Cette disposition n'est cependant pas formulée de manière à constituer, en elle-même, une base générale pour un tel transfert de tâches; elle présuppose plutôt que le transfert a été décidé auparavant, sur la base d'une loi spéciale, conformément à l'art. 178 al. 3 Cst. Si tel est le cas, la disposition en question habilite les autorités desquelles émane le mandat à confier aux mandataires l'audition formelle de témoins[146].

e. Les services qui ont la compétence d'ordonner une enquête administrative ne peuvent donc confier à des personnes extérieures à l'administration fédérale, en application de l'art. 97 al. 4 OPers, que des tâches relevant de la consultation, au sens de l'art. 57 al. 1 LOGA, ou de l'assistance administrative. Ils peuvent par ailleurs - en s'appuyant matériellement notamment sur l'art. 38 LOGA et l'art. 24 OLOGA - contraindre les agents soumis à leur surveillance, dans les limites des attributions prévues dans les conditions d'engagement, à mettre les documents nécessaires à disposition de la personne chargée d'une enquête administrative (qui les fera suivre au mandant) et les obliger à fournir les renseignements requis[147]. La personne chargée de l'enquête n'a aucune marge d'appréciation pour définir ou imposer des droits ou des devoirs; elle agit uniquement en qualité de mandataire et d'organe auxiliaire de l'autorité qui a émis le mandat. Elle peut donc, en vertu du mandat qu'il lui a été confié, avoir accès aux documents, interroger les employés du département et rédiger un rapport sur ce qu'elle a découvert, mais elle n'est pas habilitée à édicter elle-même des instructions de service ou à arrêter des décisions.

3. Même question en ce qui concerne les agents d'autres départements fédéraux.

Le principe en vertu duquel nul ne peut déléguer plus de droits qu'il n'en a lui-même vaut aussi dans le domaine du droit administratif. Le mandat d'une personne chargée d'une enquête administrative est donc clairement limité par les attributions et les compétences du mandant. L'art. 97 al. 3 OPers (et, auparavant, le ch. 211 des directives de 1981) prévoit ainsi que la compétence d'ordonner une enquête concernant plusieurs départements échoit au Conseil fédéral. Ces circonstances ne changent néanmoins pas fondamentalement le statut du chargé d'enquête, dont les compétences sont toujours strictement fonction du mandat qui lui a été confié.

4. Même question en ce qui concerne des personnes privées en Suisse.

Dans la mesure où leur mandat le prévoit, rien ne s'oppose, en soi, à ce que les chargés d'une enquête administrative interrogent des personnes extérieures à l'administration fédérale. La situation juridique de ces personnes par rapport au mandant est cependant complètement différente de celle des agents du département. Les personnes extérieures à l'administration n'ont aucune obligation primaire de coopérer et les renseignements qu'elles peuvent éventuellement fournir sont donnés à bien plaisir; lors de l'entretien, ces personnes doivent être rendues attentives au fait qu'elles peuvent refuser de répondre[148]. Une obligation de coopérer devrait pouvoir s'appuyer sur une base légale formelle, qu'elle relève du droit administratif ou du droit pénal. Dans l'hypothèse où l'obligation de coopérer pourrait être déduite d'un rapport relevant du droit administratif existant entre la personne en question et le département concerné par l'enquête (à cause, par exemple, de l'octroi de subventions, ou d'autres éléments similaires) et que la personne en question refuse de témoigner, son obligation d'informer et les conséquences de son refus devraient être confirmées, en application de la PA, par une décision. Cette décision ne pourrait en aucun cas être prise par les chargés d'enquête eux-mêmes. Le fait de définir des droits et des devoirs par une décision étant clairement une tâche administrative[149], il appartiendrait à l'autorité compétente d'arrêter elle-même cette décision.

5. Même question en ce qui concerne des agents publics à l'étranger.

a. Il convient tout d'abord d'établir une distinction entre les agents de la Confédération se trouvant à l'étranger pour des raisons de service (par ex. le personnel suisse d'une représentation diplomatique suisse) et les employés ou fonctionnaires d'un autre Etat.

b. Le champ d'application du droit du personnel de la Confédération, avec les obligations qui en découlent, s'étend aussi aux agents se trouvant à l'étranger pour des raisons de service[150]. Concernant leur obligation de fournir des renseignements dans le cadre d'une enquête administrative, ils sont soumis aux mêmes règles que les autres employés de la Confédération. L'analogie vaut également pour les compétences des chargés d'enquête qui procèdent à leur interrogation[151].

c. En revanche, dans le cadre d'une enquête administrative, les autorités suisses n'ont aucune compétence pour imposer l'audition des employés ou des fonctionnaires d'un autre Etat ou d'une organisation internationale[152].

6. Même question en ce qui concerne des personnes privées à l'étranger.

Les chargés d'une enquête administrative souhaitant interroger des particuliers à l'étranger pour obtenir des renseignements doivent, en premier lieu, respecter le principe selon lequel ces renseignements ne peuvent être fournis qu'à bien plaisir - comme c'est d'ailleurs le cas en Suisse. Cependant, même lorsque les personnes concernées sont disposées à fournir les renseignements demandés, les chargés d'enquête doivent savoir qu'ils accomplissent leur mission pour le compte de l'Etat et qu'ils ne peuvent dès lors agir dans d'autres Etats qu'avec le consentement de ces derniers[153]; que ce consentement soit obtenu suite à une demande directe ou à un échange de correspondance est en revanche secondaire[154]. Le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) devrait toutefois être associé à toute activité déployée en dehors du territoire suisse et, suivant les cas, une décision du Conseil fédéral pourrait même être requise[155].

7. Les personnes extérieures au département concerné sont-elles déliées du secret de fonction vis-à-vis de la personne chargée d'une enquête administrative? Sont-elles tenues de déférer à une invitation à être entendu? Si oui, sur la base de quelles dispositions?

a. Le cercle des agents de la Confédération qui peuvent être concernés par une enquête administrative dépend directement des compétences en matière de surveillance dont jouit le service qui ordonne l'enquête, ainsi que de la manière dont le mandat est formulé. Les compétences du Conseil fédéral en matière de surveillance s'étendent à l'ensemble de l'administration fédérale, celles d'un département, aux services qui lui sont subordonnés. Lorsqu'un département ordonne une enquête administrative dans un domaine relevant de sa compétence, les employés des autres départements ne sont pas directement tenus d'autoriser la

personne chargée de l'enquête à consulter les dossiers de leur département ou de lui fournir des renseignements ni, par conséquent, de déférer à une invitation à être entendu, parce qu'ils ne sont pas soumis à la surveillance du département ayant ordonné l'enquête.

b. La protection pénale du secret de fonction est garantie par l'art. 320 du Code pénal suisse[156]. La notion de secret est définie en droit pénal de manière légèrement plus restrictive que dans le droit du personnel ou dans le droit administratif[157]. Pour apporter une réponse à la question posée, il faudra néanmoins s'intéresser, en premier lieu, au contenu de l'obligation de garder le secret telle qu'elle est prévue à l'art. 22 LPers, pour les employés de la Confédération, et à l'art. 33 de la loi sur l'armée et l'administration militaire[158], pour les militaires.

c. Il convient de signaler que, selon la doctrine et la jurisprudence actuelles, l'obligation de garder le secret doit également être respectée, du moins dans son principe, entre les différents services de l'administration[159]. Pour autant qu'il n'existe pas, au niveau de la loi ou de l'ordonnance, d'obligation de fournir des informations, l'obligation de garder le secret s'applique «horizontalement», par rapport aux autres services de l'administration, mais non, en règle générale, «verticalement», par rapport à l'autorité de surveillance compétente[160]. Le mandat d'enquête administrative donné par le chef d'un département délie ainsi de l'obligation de garder le secret vis-à-vis du chargé d'enquête tous les employés soumis au département, dans les limites des faits sur lesquels porte cette enquête[161]. Comme la compétence d'un chef de département en matière de surveillance ne s'étend pas aux affaires des autres départements ou de la Chancellerie fédérale, le chargé d'enquête qui souhaite recueillir des informations dans des domaines relevant de la compétence d'autres départements doit obtenir l'aval du département en question[162], dans la mesure où les informations visées sont protégées par l'obligation de garder le secret. Cette solution est peut-être appropriée dans certains cas, mais il peut rapidement devenir compliqué de savoir quelles informations concrètes sont concernées par l'obligation de garder le secret. En font notamment partie, selon la doctrine et la jurisprudence[163]:

- les faits concernant la sphère privée d'une personne;
- les faits dont la révélation nuirait à des intérêts publics;
- les propos prononcés par un employé ou un membre d'une autorité dans l'exercice de leur fonction et qui pourraient valoir à leur auteur des ennuis, voire des poursuites;
- le contenu de décisions qui n'ont pas encore été notifiées.

d. Pour éviter les difficultés liées à l'obligation de garder le secret dans le cadre d'enquêtes concernant plusieurs départements, l'art. 97 al. 3 OPers prévoit que ces enquêtes seront ordonnées par le Conseil fédéral.

e. Les exigences de la protection des données ne doivent pas être confondues avec l'obligation de garder le secret. En effet, le mandat d'enquête ne délie pas entièrement les services concernés de l'obligation d'observer les dispositions de la loi fédérale sur la protection des données[164]. Chaque service que le chargé d'enquête invite à communiquer des données personnelles protégées doit donc, de son propre chef, s'assurer que les exigences auxquelles la LPD subordonne la transmission de ces données sont respectées.

8. Quel est le statut juridique des personnes entendues par le chargé d'une enquête administrative?

a. Le statut, les droits et les devoirs des employés de la Confédération entendus dans le cadre d'une enquête administrative sont décrits, principalement, dans la LPers. Leurs droits et leurs devoirs découlent des rapports de travail, qui sont régis par le droit public[165], et précisés dans des contrats de travail individuels. L'obligation qui leur est faite de coopérer à une procédure d'enquête est donc fondée sur le statut de subordonné que leur assigne le droit régissant le statut du personnel et sur les compétences en matière de surveillance des services hiérarchiquement supérieurs.

b. Le statut, les droits et les devoirs des particuliers concernés par une procédure d'enquête administrative découlent en premier lieu de la protection de l'autonomie des particuliers, assurée par les droits fondamentaux[166]. Leur coopération repose sur une base volontaire, à moins qu'il n'existe une relation de droit administratif fondée sur une législation spéciale[167].

9. Quelles sont précisément les règles générales de la PA applicables à une enquête administrative (cf. art. 97 al. 5 OPers)? S'agit-il d'autres dispositions que celles des art. 12 et 13 PA spécifiées par ailleurs au ch. 36 des directives de 1981? Si oui, lesquelles?

a. L'art. 97 al. 5 OPers prévoit que les «règles générales de procédure» de la PA s'appliquent à l'enquête administrative. Il ne prescrit cependant pas une application intégrale de la PA, mais une application des principes de procédure qu'elle contient à la procédure d'enquête administrative, qui relève du droit de la surveillance[168]. Les «règles générales de procédure» sont réunies dans le deuxième chapitre de la loi (art. 7 ss PA). La personne à laquelle une enquête administrative a été confiée doit, en particulier, respecter les règles qui sont destinées à protéger les droits constitutionnels des personnes concernées et qui ne visent pas spécifiquement la préparation et l'édiction d'une décision. Il s'agit en particulier des dispositions suivantes:

b. Art. 7 PA (examen d'office de la compétence): Le chargé d'enquête doit s'assurer, pour tous les actes entrepris dans le cadre de cette enquête, qu'il agit dans les limites de son mandat et des possibilités que lui donne le droit[169].

c. Art. 10 PA (récusation): Le respect des règles de récusation fait partie des exigences constitutionnelles fondamentales auxquelles doit satisfaire une procédure indépendante. Le chargé d'enquête n'est certes pas lui-même appelé à arrêter des décisions, mais son rapport pourrait, selon les circonstances, servir de base à des procédures formelles. Le non-respect des règles de récusation constituerait une violation grave des règles de procédure, de nature à invalider totalement ou partiellement ledit rapport.

d. Art. 11 PA (représentation et assistance): Il est important de tenir compte du fait que les agents de la Confédération obligés, dans le cadre d'une enquête administrative, de fournir des renseignements sur leurs activités à l'autorité supérieure ou au chargé d'enquête, peuvent être confrontés à des difficultés pour éviter de dévoiler inutilement des éléments qui pourraient ultérieurement être utilisés contre eux (par ex. dans une procédure disciplinaire ou pénale); le recours à des conseils ou une assistance technique ou juridique ne saurait leur être refusé[170].

e. Art. 12 PA (constatation des faits): Les moyens de preuve utilisables pour une procédure administrative (documents, renseignements des parties ou de tiers, visite des lieux, expertises) sont également déterminants pour des investigations relevant du droit de la surveillance et menées dans le cadre d'une enquête administrative[171].

f. Art. 13 al. 1 let. c (collaboration des parties): Les employés de la Confédération interrogés dans le cadre d'une enquête administrative sont tenus de collaborer, dans la mesure où cette obligation découle, pour eux, du droit régissant le statut du personnel, par le biais du devoir de fidélité selon l'art. 20 LPers et de leurs obligations contractuelles[172].

g. Art. 26 à 28 PA (consultation des pièces): Dans la mesure où l'établissement des faits se base sur des documents écrits, qui peuvent éventuellement contenir des éléments à charge contre des personnes interrogées, le chargé de l'enquête doit appliquer, par analogie, les dispositions mentionnées[173].

h. Art. 29 PA (droit d'être entendu): Même si l'enquête administrative ne se clôt pas par une décision, les personnes mises en cause ont le droit constitutionnel d'être entendues: en vertu de l'art. 29 al. 1 et 2, Cst., ce droit est reconnu dans toutes les procédures judiciaires et administratives[174].

i. Art. 31 PA (audition de la partie adverse): Pour établir des faits sérieusement, il est indispensable de prendre connaissance de toutes les allégations qui peuvent contribuer à éclaircir la situation; l'on ne saurait dès lors se contenter d'ignorer les dépositions contradictoires ou «dérangeantes»[175].

j. Art. 32 PA (examen des allégués des parties): La personne chargée d'une enquête administrative ne la termine pas en arrêtant une décision, mais une application, par analogie, de l'art. 32 PA lui commande cependant d'intégrer dans son rapport final tous les allégués importants avancés par l'une ou l'autre des parties[176].

k. L'art. 33 PA (offres de preuves): Les moyens de preuve offerts par les personnes entendues et qui semblent propres à contribuer à élucider les faits ne peuvent être simplement écartés[177].

10. Le chargé d'une enquête administrative peut-il entendre des personnes en qualité de témoin? Si oui, sur la base de quelles dispositions (cf. art. 14 ss PA vs ch. 36 des directives de 1981)?

a. Est considérée comme audition de témoin l'interrogation de personnes que la loi oblige à dire la vérité et qui peuvent être menacées de sanctions si elles refusent de témoigner ou si elles font de fausses déclarations[178]. Comme une telle obligation constitue une atteinte considérable à la liberté personnelle, les modalités de procédure (cercle des personnes qui y sont soumises, obligation de témoigner et de collaborer, raisons pouvant motiver un refus, présence des parties, sanctions etc.) font l'objet de réglementations détaillées dans des lois au sens formel. Le droit de la procédure administrative de la Confédération connaît aussi l'audition de témoins: les modalités en sont réglées dans les art. 14 à 18 PA. L'audition de témoins ne peut être ordonnée que si les faits ne peuvent être suffisamment éclaircis d'une autre façon (subsidiarité) et l'ordre doit être donné en la forme d'une décision incidente pouvant faire l'objet d'un recours, au sens de l'art. 45 let. d PA[179].

b. L'enquête administrative, qui relève du droit de la surveillance, n'est pas une procédure basée directement sur la PA[180]. Faute de base légale, les personnes chargées d'une telle enquête n'ont pas la compétence d'arrêter des décisions[181], mais elles n'en doivent pas moins appliquer les règles de procédure définies dans la PA[182]. Or l'art. 14 al. 3 PA prévoit que même les personnes étrangères à l'administration qui sont chargées d'une enquête officielle peuvent être habilitées, par l'autorité compétente, à entendre des témoins. Cette disposition peut certes servir de base pour autoriser l'audition de témoins, mais elle présuppose que le mandat confié aux enquêteurs repose sur une base légale spéciale[183]. Cette condition n'est cependant pas remplie pour les enquêtes administratives[184]. L'audition formelle de témoins par un chargé d'enquête dans le cadre d'une telle procédure est donc exclue[185]. Le ch. 36 des directives de 1981 le mentionne d'ailleurs explicitement.

11. Le chargé d'une enquête administrative est-il habilité à prononcer en son nom des mesures de sanction vis-à-vis des personnes défaillantes (cf. art. 19 PA en relation avec l'art. 60 PA)?

Il ressort des considérations exposées sous la lettre C ch. 2, 3 et 9, ci-dessus, que les personnes étrangères à l'administration fédérale chargées d'une enquête administrative n'ont pas la compétence d'arrêter des décisions. Elles n'ont pas non plus, dès lors, la compétence de menacer de sanctions les personnes qu'elles interrogent ni, a fortiori, de prononcer de telles sanctions.

12. Existe-t-il avec l'Afrique du Sud des conventions ou des arrangements administratifs sur l'obtention d'informations et de preuves en matière administrative?

Selon les informations fournies par la Direction du droit international public du DFAE, il n'existe pas de conventions ou d'arrangements de cette nature.

13. Une enquête administrative constitue-t-elle un acte de puissance publique?

a. Les critères en fonction desquels la doctrine et la jurisprudence déterminent si un acte de l'Etat relève ou non de la puissance publique ne sont pas uniformes. La notion d'acte de puissance publique est utilisée pour distinguer ces actes aussi bien des activités de l'Etat relevant du droit privé que des actes dits de simple administration[186]. Compte tenu de l'introduction du concept général de «tâche de l'administration» dans l'art. 178 al. 3 Cst., le Conseil fédéral a renoncé à maintenir cette distinction lors de la révision du 21 août 2002 de l'OLOGA[187]. Dans l'optique de la question qui est posée ici, l'acte de puissance publique doit sans doute être compris comme étant l'exercice de compétences permettant de prescrire unilatéralement et autoritairement aux sujets de droit une action, une omission ou une tolérance[188], ou encore de compétences qui fondent ou imposent aux sujets de droit des droits, des devoirs ou un statut[189].

b. L'enquête administrative est sans conteste une procédure qui repose sur le droit public. Il paraît également admis qu'il s'agit d'un instrument utilisé par les niveaux supérieurs de la hiérarchie administrative (en particulier par le Conseil fédéral et les départements) dans le cadre de leurs prérogatives en matière de surveillance pour établir l'existence et déterminer la cause de problèmes ou de manquements au sein de l'administration[190]. Les avis divergent quelque peu, en revanche, en ce qui concerne les rapports entre l'enquête administrative et d'autres procédures réglées dans des lois au sens formel: si les ch. 12 et 14 des directives de 1981 soulignent que l'enquête administrative est toujours subsidiaire par rapport aux procédures régies dans une loi

(notamment à la procédure disciplinaire prévue dans le droit régissant le statut du personnel), la pratique semble toutefois montrer que l'enquête administrative est souvent utilisée comme une sorte d'étape préliminaire à la procédure disciplinaire et que, dans de nombreux cas, elle est menée parallèlement à une enquête pénale ou à une procédure d'enquête parlementaire[191]. Il convient cependant de remarquer qu'une enquête administrative ne peut, en principe, être engagée ou poursuivie parallèlement à une procédure d'enquête parlementaire qu'avec l'autorisation de la commission d'enquête parlementaire[192]. Quoi qu'il en soit, les hésitations que l'on observe, dans la pratique, quant à la délimitation de ces deux types de procédure ne modifient en rien le caractère juridique de l'institution de l'enquête administrative, ni ses effets sur les personnes concernées. Les obligations auxquelles les agents de la Confédération peuvent éventuellement être soumis lors d'une enquête administrative ne reposent pas, en effet, sur l'application directe, autonome et unilatérale de règles de procédure par les chargés d'enquête, mais découlent des devoirs contractés par ces agents dans le cadre de la législation sur le personnel.

c. L'enquête administrative ne peut en aucun cas servir à définir directement et autoritairement des droits et des devoirs de personnes données. Elle ne saurait donc être considérée comme une procédure relevant de la puissance publique au sens où l'entend la question. Ses résultats, toutefois, dans la mesure où ils auront été obtenus dans le respect des principes de procédure fixés dans la PA, peuvent constituer la base de procédures ultérieures, en particulier de procédures administratives et disciplinaires qui, elles, auront pour but de définir des droits et des devoirs.

14. Le chargé d'une enquête administrative est-il habilité à requérir des moyens de preuve se trouvant à l'étranger et à effectuer des investigations à l'étranger en l'absence d'une autorisation de l'Etat concerné? Si oui, à quelles conditions? Une telle activité est-elle compatible avec le principe de souveraineté d'une part et les dispositions des conventions de Vienne sur les relations diplomatiques et consulaires d'autre part?

a. C'est en principe le mandat qui détermine quels moyens de preuve le chargé d'une enquête administrative doit recueillir. Ce mandat doit définir ou délimiter l'objet de l'enquête. Lorsque l'enquête exige des moyens de preuve qui ne peuvent être mis à disposition par la seule décision de l'autorité qui a émis le mandat, celle-ci doit s'arranger avec les particuliers ou les autorités compétentes pour garantir au chargé d'enquête l'accès à ces moyens de preuve. Ce principe général vaut aussi lorsque les preuves en question se trouvent à l'étranger.

b. En vertu du principe de territorialité[193], la récolte de moyens de preuve à l'étranger doit se conformer au droit du pays concerné et à son application par les autorités compétentes sur place. Tant qu'il s'agit de documents qui, selon la pratique juridique du pays en question, sont librement accessibles, au titre de la liberté de presse et d'information, par exemple, rien ne semble devoir s'opposer à leur utilisation pour une enquête administrative. Si, en revanche, il s'agit de documents qui ne sont pas librement accessibles, ils ne pourront être recueillis et utilisés qu'avec le consentement des autorités ou des particuliers compétents, dans le respect du droit du pays en question[194].

c. Les chargés d'une enquête administrative agissent, par la force des choses, dans le cadre d'une fonction officielle. Même si le mandat d'enquête ne transfère aucune compétence relevant de la puissance publique, les actes accomplis pour l'enquête le sont sur mandat et dans l'intérêt des autorités. Si des moyens de preuve doivent être recueillis à l'étranger, cela a nécessairement un impact sur les relations de la Suisse avec le pays en question, que les preuves soient recueillies auprès de particuliers ou d'autorités.

L'art. 41 al. 2 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques[195] permet d'ailleurs de déduire que les affaires officielles entre les autorités de deux Etats devraient, en principe, être traitées par la représentation diplomatique de l'Etat accréditant et le Ministère des affaires étrangères de l'Etat accréditaire. Si les investigations nécessitent des pourparlers avec les autorités étrangères, il est dans tous les cas indispensable de faire appel au Département des affaires étrangères, qui est d'ailleurs chargé, selon le droit national, d'assurer la coordination de telles procédures[196]. Si des divergences avec le DFAE surgissent lors de telles investigations, il faut considérer que le domaine de compétence d'un département est dépassé. Les ordres correspondant doivent donc être confirmés par le Conseil fédéral, conformément à l'art. 97 al. 3 OPers.

15. Comment la Suisse réagirait-elle si une enquête d'un même type devait être menée sur son territoire en l'absence d'une autorisation des autorités de la Confédération?

L'art. 271 ch. 1 du Code pénal interdit aux autorités étrangères, sous réserve d'une autorisation accordée par les autorités suisses, de procéder, sur le territoire suisse, à des actes qui relèvent des pouvoirs publics. Sont considérés comme tels les actes qui, de par leur nature et leur but, ont un caractère officiel[197]. Font notamment partie de ces activités interdites les investigations de police, les arrestations, les interrogatoires menés dans le cadre de poursuites pénales, les inspections des lieux et les investigations pour le compte d'une autorité étrangère[198]. Ces actes sont punissables dans tous les cas, qu'ils soient commis directement par un membre d'une autorité étrangère ou par un chargé d'enquête[199]. En vertu de l'art. 31 OLOGA, les autorisations qui peuvent être sollicitées sont octroyées par le département concerné; une pratique établie concernant l'octroi d'autorisations existe dans nombre de domaines. Les activités de ce type sont souvent réglées dans des traités internationaux, mais des autorisations sont aussi accordées pour des cas isolés[200].

16. Le chargé d'une enquête administrative est-il en droit d'exiger l'entraide administrative vis-à-vis d'offices qui sont extérieurs au département concerné? Si oui, à quelles conditions et sur la base de quelles considérations?

a. La collaboration de deux autorités est considérée comme relevant de l'entraide administrative lorsque l'activité de l'autorité «aidante» permet à l'autre autorité d'accomplir une tâche et que cette activité a été entreprise sur demande de celle-ci et en dehors des procédures habituelles[201]. Les normes régissant l'entraide administrative figurent souvent dans des lois spéciales[202]; l'art. 14 OLOGA oblige, par ailleurs, de manière générale les autorités fédérales à s'accorder mutuellement l'entraide administrative. Cette obligation ne vaut, cependant, que dans le cadre de la réglementation de base propre à chaque domaine. Les principales limites à l'entraide administrative sont fixées par les dispositions législatives concernant l'obligation de garder le secret qui s'impose aux agents de la Confédération ou aux membres de l'armée, ainsi que la protection des données[203].

b. Dans le cadre du mandat qui lui a été confié, la personne chargée d'une enquête administrative est habilitée à adresser une demande d'entraide administrative, au sens où nous l'avons expliqué ci-dessus, à d'autres unités de l'administration fédérale. Il appartient, cependant, dans chaque cas concret, au service administratif sollicité de décider dans quelle mesure il peut apporter son aide lorsque l'enquête a été ordonnée par un département dont il ne dépend pas. Le service en question doit examiner quel type d'aide il est habilité à fournir dans le cadre de son mandat légal et dans quelle mesure, par exemple, l'octroi de

renseignements est limité par l'obligation de garder le secret ou par les normes concernant la protection des données personnelles. En cas de doute, il demandera à l'autorité qui exerce sur lui le pouvoir de surveillance - en règle générale au chef du département - l'autorisation de fournir l'entraide administrative demandée.

17. Même question à l'égard d'administrations cantonales. Si oui, à quelles conditions et sur la base de quelles considérations?

Sans base légale spécifique, une instruction de service relevant du droit en matière de surveillance ne permet pas, aux fins d'une enquête administrative de droit fédéral, d'interroger des personnes employées par une administration cantonale. La surveillance de collectivités qu'exerce le Conseil fédéral à l'endroit des cantons vise principalement les gouvernements des cantons, en respectant l'autonomie dont les cantons jouissent concernant leur organisation administrative; l'accès direct aux administrations cantonales n'est possible que s'il existe une base légale à cet effet[204]. En résumé, pour pouvoir interroger des fonctionnaires cantonaux, le chargé d'une enquête administrative a besoin d'une décision de l'autorité qui le mandate[205], laquelle, de son côté, ne peut prendre une telle décision que si une base légale suffisante le lui permet. Il serait aussi envisageable que, sur demande, le membre de l'exécutif cantonal concerné autorise l'audition et habilite - voire oblige - les employés concernés à fournir les informations requises.

18. Le chargé d'une enquête administrative est-il en droit d'exiger l'entraide judiciaire? Si oui, à quelles conditions et sur la base de quelles considérations? Le chargé d'une enquête administrative est-il habilité à consulter les actes de procédures d'entraide judiciaire qui ne sont pas encore terminées? Si oui, à quelles conditions et sur la base de quelles considérations?

a. On parle d'«entraide judiciaire» pour désigner le soutien mutuel que s'accordent des autorités ou des services administratifs dans le cadre d'actions fondées sur le droit du contentieux[206]; ses principaux domaines d'application sont les procédures en matière pénale et civile. Les procédures d'entraide judiciaire au niveau international sont réglées par des traités internationaux, des lois fédérales et des concordats intercantonaux[207]. Ces instruments indiquent également, en règle générale, quelles autorités sont habilitées à solliciter l'entraide judiciaire.

b. L'enquête administrative ne reposant justement pas sur le droit du contentieux[208], il n'est pas envisageable qu'un chargé d'enquête adresse une demande formelle d'entraide judiciaire à des instances judiciaires de la Confédération, des cantons ou, à plus forte raison, d'autres Etats.

c. La consultation par le chargé d'une enquête administrative de documents détenus par une autorité compétente en matière d'entraide judiciaire est régie, principalement, dans le cadre de son mandat[209], par le droit de procédure applicable et, si celui-ci ne prévoit pas de règles particulières, par les principes du secret de fonction entre les services administratifs[210].

d. Au niveau de la Confédération, dans le cas présent, c'est avant tout l'entraide judiciaire internationale en matière pénale qui est concernée au premier chef. La procédure interne de traitement des demandes étrangères d'entraide judiciaire est régie par les dispositions de l'EIMP. Cette dernière n'accorde pas aux autres services administratifs un droit spécifique de consulter les documents de procédure. Cependant, en vertu de l'art. 12 al. 1 EIMP, il convient d'appliquer à ces demandes, par analogie, soit la PA - lorsqu'elles relèvent, quant au fond, de procédures administratives - soit le droit de procédure pénale - lorsqu'elles concernent des actes de poursuite pénale. Une éventuelle consultation, par le chargé d'une enquête administrative, de documents d'entraide judiciaire internationale en matière pénale ne pourrait être ordonnée que par le Département de justice et police, ou par le Conseil fédéral[211], pour autant que l'enquête porte sur des procédures administratives; si elle doit aussi comprendre des actes de procédure pénale proprement dits, elle est exclue[212].

e. Lorsque la demande de consultation porte sur des documents de l'entraide judiciaire intercantonale, c'est le droit administratif et de procédure cantonal qui s'applique; dans ce domaine, les autorités fédérales n'ont pas de compétences directes en matière de surveillance[213].

19. Le chargé d'une enquête administrative est-il habilité à consulter les actes de procédures de police judiciaire qui ne sont pas encore terminées? Si oui, à quelles conditions et sur la base de quelles considérations?

a. On désigne habituellement du terme de «police judiciaire» les organes de police qui, avant l'ouverture formelle d'une procédure pénale, réunissent la matière d'une éventuelle accusation à l'attention du Ministère public et des autorités d'instruction judiciaire[214]; cependant, les bases légales de cette activité, son découpage en plusieurs étapes de procédure et la répartition des compétences entre police, juge d'instruction et ministère public varient fortement entre la Confédération et les cantons[215]. Au niveau fédéral, la police judiciaire, en vertu de l'art. 17 de la loi sur la procédure pénale, est dirigée par le procureur fédéral et exercée par les ministères publics des cantons ainsi que par les organes de police compétents des cantons et de la Confédération.

b. Les documents de la police judiciaire sont - selon la réglementation légale et en fonction du stade de la procédure - des documents relatifs à des investigations ou une enquête préliminaires, à des recherches ou à une véritable enquête pénale. En règle générale, les investigations préliminaires ne sont pas explicitement prévues par la loi mais découlent du mandat légal général de la police[216]. La procédure d'enquête est régie, du moins dans ses grandes lignes, par la loi de procédure pénale applicable. Lorsque la procédure d'enquête se déroule en un seul temps, la police peut, de son propre chef, entreprendre des recherches, mais le juge d'instruction peut aussi ouvrir directement une enquête pénale ou intervenir dans les recherches de la police[217]. Lorsque la procédure d'enquête se déroule en deux temps, il y a une stricte délimitation entre les recherches, qui constituent une procédure de police dirigée par le ministère public[218] et l'enquête pénale, ainsi que l'instruction préliminaire, qui, formellement, sont ouvertes par un juge d'instruction[219] et débouchent sur une ordonnance de non-lieu ou sur un acte d'accusation.

c. Lorsque le droit fédéral s'applique à une procédure de police judiciaire, ce sont les dispositions, relativement restrictives, de la PPF qui sont déterminantes pour autoriser une éventuelle consultation de documents. L'art. 102quater PPF contient une liste exhaustive des autorités et des organes auxquels peuvent être communiquées des données afférentes à des investigations préliminaires ou à des recherches; les personnes chargées d'une enquête administrative ne figurent pas dans cette liste et n'ont donc pas accès à ces données, à moins qu'elles n'agissent sur mandat direct du Conseil fédéral[220]. Les règles pour la consultation de documents pendant l'instruction préparatoire sont encore plus restrictives: l'art. 119 n'accorde ce droit qu'au procureur général et - à certaines conditions - à l'inculpé et à son défenseur[221].

d. Le droit fédéral n'accorde aucun droit aux personnes chargées d'une enquête administrative fédérale de consulter des

documents concernant des recherches de police judiciaire effectuées en vertu du droit cantonal[222]. Les demandes de consultation devraient être traitées par les autorités cantonales, selon le droit de procédure du canton concerné.

20. Le chargé d'une enquête administrative est-il habilité à consulter des données personnelles traitées par des systèmes informatiques (par exemple dans ISIS)? Si oui, à quelles conditions et sur la base de quelles considérations?

a. En vertu de l'art. 17 LPD, les autorités fédérales ne peuvent traiter des données personnelles que si une base légale le prévoit; pour des données sensibles, l'autorisation doit être expressément prévue dans une loi au sens formel. La gestion des fichiers de l'administration fédérale dont la structure permet de rechercher des données concernant une personne en particulier est donc, aujourd'hui, réglé dans une ordonnance. Lorsque le fichier contient des données sensibles, le contenu et le but du fichier figurent dans une loi fédérale.

b. L'art. 19 LPD pose le cadre général déterminant l'accès à ces données. Les ordonnances relatives aux banques de données contiennent habituellement des prescriptions détaillées sur la collecte des données, leur utilisation et leur transmission à des tiers, ainsi que sur les droits d'accès à la banque de données. Il n'est donc pas possible de fournir, à la question posée, une réponse générale qui vaudrait pour tous les fichiers, mais l'on peut donner quelques exemples. Il convient, à ce propos, de rappeler ici que le chargé d'une enquête administrative ne peut sortir du domaine de compétence soumis à la surveillance de leur mandant[223].

c. Si le mandat d'enquête émane du Conseil fédéral, le chargé d'enquête, en application du ch. 34 des directives de 1981, est habilité à consulter toutes les banques de données soumises à la surveillance du Conseil fédéral. Il va de soi que cette consultation est strictement limitée à l'objet de l'enquête et que seule est admise une utilisation des informations recueillies strictement conforme au droit en matière de surveillance.

d. Si le mandat d'enquête émane d'un département, le chargé d'enquête ne peut consulter que les banques de données soumises à la surveillance de ce département. Pour consulter des banques de données relevant de la compétence d'un autre département, il peut requérir l'autorisation nécessaire auprès du département en question. Pour le reste, le droit de consultation, lorsqu'il est accordé, est régi, dans chaque cas, par les règles applicables à la banque de données concernée.

e. Les ordonnances spéciales établissent, dans chaque cas, une distinction claire et nette entre les droits d'accès et la communication des données à des tiers; la communication des données se fait soit en continu, à certaines conditions déterminées, soit sur demande motivée. En règle générale, les droits d'accès sont conçus de manière restrictive, tant pour ce qui est des services et personnes auxquels ces droits sont accordés que concernant les domaines qu'ils couvrent[224]. Les règles relatives à la communication des données sont un peu moins strictes; il n'est toutefois jamais question d'une communication intégrale, mais toujours de certaines données ou catégories de données, qui peuvent être transmises aux fins d'une utilisation bien précise, ou dont la consultation peut être demandée[225]. Si la communication de certaines informations au chargé d'une enquête administrative devrait, sur demande, être examinée à la lumière des réglementations applicables, et qu'une telle demande ne paraît pas forcément devoir être rejetée d'emblée, il n'en reste pas moins qu'on voit mal quelle réglementation pourrait justifier d'accorder aux chargés d'une enquête administrative un accès intégral à ces banques de données lorsqu'elles sont gérées par des services ne relevant pas du domaine placé sous la surveillance de l'autorité à l'origine du mandat d'enquête.

21. Le chargé d'une enquête administrative peut-il s'adjoindre, et à quelles conditions, la collaboration de personnes privées pour mener son enquête? Peut-il leur déléguer certaines tâches d'administration des preuves? Si oui, lesquelles? Le secret de fonction et/ou le secret militaire peuvent-ils être opposés à de telles personnes si elles ne sont pas mentionnées dans le mandat donné par le chef de département?

a. L'autorité qui ordonne une enquête administrative doit aussi définir de quelle manière l'infrastructure nécessaire à l'enquête sera mise à disposition. Il s'ensuit que le mandat devrait régler ces questions, du moins dans les grandes lignes[226]. Il faudrait notamment qu'il dise si les chargés d'enquête peuvent s'adjoindre la collaboration d'autres personnes - de l'administration ou extérieures - et qu'il indique quels locaux et quels moyens techniques le mandant met à disposition ou finance[227].

b. Le recours à des personnes auxiliaires extérieures à l'administration n'est pas exclu, puisque la formulation de l'art. 97 al. 4 OPers couvre aussi cette éventualité. Selon le but et la portée de l'enquête, une externalisation plus ou moins complète de l'enquête peut aussi se révéler judicieuse. Le recours à des personnes auxiliaires externes devrait cependant être prévu clairement dans le mandat. La fonction du personnel auxiliaire dépend également du mandat émis par l'autorité qui ordonne l'enquête. Le mandat peut ainsi prévoir que plusieurs personnes sont chargées de l'enquête, ou que la personne chargée de l'enquête peut déléguer certaines tâches à d'autres personnes. Il ne paraît pas admissible, en revanche, qu'un chargé d'enquête délègue de son propre chef des actes d'investigation essentiels à une tierce personne sans que le mandat qui lui a été confié ne le prévoie. Les rapports de droit entre l'autorité qui ordonne l'enquête et les chargés d'enquête extérieurs à l'administration correspondent, par analogie, à la forme juridique du mandat, tel qu'il est défini à l'art. 394 du Code des obligations[228]. A cet égard, peu importe que les rapports contractuels, dans un cas donné, relèvent du droit public[229] ou du droit privé[230] ou qu'ils soient complétés - en particulier à l'égard de l'administration, par une décision[231]. En effet, selon l'art. 398 al. 3 CO le mandataire «est tenu d'exécuter personnellement [le mandat], à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs.»

c. Un chargé d'enquête qui déléguerait des actes essentiels de l'enquête - comme l'audition d'employés de l'administration fédérale - à des personnes étrangères à l'administration fédérale sans que cela soit prévu dans le mandat qui lui a été confié, devrait être considéré comme outrepassant les compétences qui découlent de son mandat. Dans ce cas, les employés de la Confédération seraient en droit de refuser de fournir les renseignements requis en invoquant l'obligation de garder le secret selon l'art. 22 LPers. La même chose vaut pour les membres de l'armée, sur la base de l'art. 33 LAAM.

22. Les dossiers d'une enquête administrative sont-ils des actes de procédure judiciaire? Si oui, sur la base de quelles dispositions juridiques?

L'enquête administrative est une procédure interne à l'administration et relevant du droit en matière de surveillance, au cours de laquelle il n'est pas pris de décision contraignante concernant des droits ou des devoirs[232]. Les dossiers dans lesquels sont consignés le déroulement de l'enquête, ses résultats et leur évaluation, ne sont donc pas des actes de procédure judiciaire et ils ne peuvent pas non plus être assimilés à de tels actes.

23. Y a-t-il, nonobstant la réserve de l'art. 47quinquies al. 5 LREC, une quelconque disposition qui interdit la communication à la

délégation des Commissions de gestion de documents et actes de procédure émanant d'une enquête administrative (cf. art. 47quinquies al. 4 LREC)?

En vertu de l'art. 47quinquies al. 4 LREC, la Délégation des commissions de gestion des Chambres fédérales est habilitée, en principe, à exiger de toutes les autorités de la Confédération et des cantons, ainsi que de particuliers, la remise de documents; la seule exception expresse à cette règle est statuée à l'art. 47quinquies al. 5 LREC, qui interdit à la délégation d'avoir accès aux documents relatifs aux affaires en cours et sur lesquels le Conseil fédéral se fonde pour se forger une opinion. En font notamment partie les documents ayant trait aux objets devant formellement être traités par le Conseil fédéral in corpore et pour lesquels la décision est encore pendante. Il n'existe pas, à première vue, d'autres dispositions légales limitant expressément les compétences de la Délégation des commissions de gestion. Il est, cependant, difficile de déterminer si la consultation d'actes de procédure concernant des procédures pénales en cours est aussi possible. Comme nous l'avons expliqué dans le chap. C ch. 19 let. c, ci-dessus, la consultation de documents par des autorités externes est fortement limitée, notamment par les dispositions de la PPF, pour préserver l'indépendance des juges. Le cas échéant, la question se poserait donc de savoir si, sur ce point, la LREC peut avoir valeur de loi spéciale par rapport à la PPF ou si, à l'inverse, c'est la PPF qui doit être considérée comme une loi spéciale par rapport à la LREC[233]. Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher cette question dans le cas qui nous occupe, puisque les documents d'une enquête administrative ne peuvent en aucun cas être considérés comme des documents judiciaires au sens de la PPF[234], et que l'on ne saurait, dès lors, refuser à la Délégation des commissions de gestion le droit de les consulter.

[1] Vgl. dazu René Bacher, Grundsatzfragen der Administrativuntersuchungen - Probleme und Erfahrungen im Bund aus der Sicht des Beauftragten, in: Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung, hgg. von Bernhard Ehrenzeller, St. Gallen 1999, S. 2 f.; Martin Keller, Administrativuntersuchungen - Die zentralen Fragen aus der Sicht der auftraggebenden Behörde, in: Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung, S. 24 f.; Daniel Vischer, Rechtsstellung der von einer Untersuchung Betroffenen in der Administrativuntersuchung (AU) und in der parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) oder - Die Angst vor der «Verrechtlichung von Verfahrensabläufen» im Hoheitsgebiet von Politik und Verwaltung», in: Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung, S. 44.

[2] Vom 23. März 1962 (GVG, SR 171.11).

[3] Vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1).

[4] Art. 20 BPG verpflichtet die Arbeitnehmer, die Interessen der Arbeitgeber zu wahren, Art. 25 Abs. 1 verweist die Regelung der Massnahmen bei einer Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten auf die Stufe der Ausführungsbestimmungen und Art. 26 Abs. 1 BPG ermächtigt die Arbeitgeber bei Gefährdung des geordneten Vollzugs gesetzlicher Aufgaben zu vorsorglichen Massnahmen.

[5] Vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010).

[6] Vgl. in diesem Zusammenhang etwa Art. 8 Abs. 1, 3 und 4, sowie die Art. 36 und 38 RVOG. Ebenfalls von Bedeutung sind Art. 24 f. der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1).

[7] Vom 3. Juli 2001 (BPV, SR 172.220.111.3).

[8] Vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

[16] Richtlinien über Administrativuntersuchungen (im Folgenden: Richtlinien von 1981, BBl 1981 III 1014).

[17] Vgl. etwa Ulrich Häfelin/Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 123, sowie Pierre Moor, Droit administratif, Vol. I, 2. Aufl., Bern 1994, S. 9, 264 f.

[18] Häfelin/Müller (Fussnote 17), Rz. 125, 128 ff. und dortige Hinweise; Moor (Fussnote 17), Vol. I, S. 266 ff. und dortige Hinweise.

[19] Vgl. etwa Gerhard Schmid/Felix Uhlmann, Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates, in: Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, hgg. von Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Zürich 2001, S. 226 f.

[20] Vgl. Fussnote 16.

[21] Bundesgesetz vom 19. September 1978 über die Organisation und die Geschäftsführung des Bundesrates und der Bundesverwaltung (AS 1979 114 ff.).

[22] Bundesgesetz über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten vom 30. Juni 1927 (BS 1 489 ff.).

[23] Vgl. Kap. B oben.

[24] Vgl. etwa Häfelin/Müller (Fussnote 17), Rz. 91 ff.; Moor (Fussnote 17), Vol. I, S. 42 ff.

[25] Bacher (Fussnote 1), S. 3.

[26] Vgl. dazu etwa Luzius Mader, Bundesrat und Bundesverwaltung, in: Verfassungsrecht der Schweiz (Fussnote 19), S. 1065; Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz. 1700; Blaise Knapp, L'exécution de tâches publiques fédérales par des tiers (Ausg. 1996), in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, hgg. von Heinrich Koller/Georg Müller/ René A. Rhinow/ Ulrich Zimmerli, Basel/Frankfurt a.M., Rz. 13 ff.; Häfelin/Müller (Fussnote 17), Rz. 1509 ff.; Moor (Fussnote 17), Vol. III, S. 92 f. und insbesondere 104 ff.; vgl. auch Kap. C Ziff. 13 unten.

[27] Häfelin/Müller (Fussnote 17), Rz. 425 und dortige Hinweise; Moor (Fussnote 17), Vol. I, S. 349 und Vol III, S. 107.

[28] Vgl. etwa Knapp (Fussnote 26), Rz. 96; Moor (Fussnote 17), S. 104 ff.

[29] Vgl. Kap. C Ziff. 10 unten.

[30] Zur Problematik der allfälligen Selbstbelastung von Betroffenen im Rahmen ihrer anstellungsrechtlichen Auskunftspflicht im Hinblick auf ein allfälliges Disziplinar- oder Strafverfahren vgl. Vischer (Fussnote 1), S. 55.

[31] Vischer (Fussnote 1), S. 46 und 54.

[32] Vgl. Kap. C Ziff. 2 oben.

[33] Vgl. Art. 1 BPV; zur Ausnahme des örtlich angestellten Personals vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. b BPV.

[34] Vgl. Kap. C Ziff. 2 und 3 oben.

[35] Zur Problematik der Untersuchungstätigkeit ausserhalb des schweizerischen Hoheitsgebietes vgl. Kap. C Ziff. 14 unten.

[36] Alfred Verdross/Bruno Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., Berlin 1984, § 389 und 456 sowie dortige Hinweise (insbesondere Fn. 13 und 14); vgl. auch Kap. C Ziff. 14 Bst. b unten.

[37] Vgl. insbesondere Dave Siegrist, Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet, Zürich 1987, S. 11 f., 82 u. 166 und dortige Hinweise.

[38] Vgl. dazu Kap. C Ziff. 14 Bst. c unten.

[39] Vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

[40] Vgl. etwa Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. Aufl., Bern 2000, S. 377 f.; Peter Hänni, Personalrecht des Bundes (Ausg. 1995), in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, hgg. von Heinrich Koller/ Georg Müller/ René A. Rhinow/ Ulrich Zimmerli, Basel/Frankfurt a.M., S. 46, FN 231 und dortige Hinweise.

[41] Vom 3. Februar 1995 (MG, SR 510.10).

[42] Vgl. etwa René A. Rhinow/Beat Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel/Frankfurt a.M. 1990, S. 478; Hänni (Fussnote 40), Rz. 102; Jürg Simon, Amtshilfe, Chur/Zürich 1991, S. 72 ff. und dortige Hinweise.

[43] Vgl. Rhinow/Krähenmann (Fussnote 42), S. 478; Hänni (Fussnote 40), Rz. 102; Simon (Fussnote 42), S. 72 ff.

- [44] Vgl. Ziff. 35 Richtlinien von 1981.
- [45] Vgl. etwa Keller (Fussnote 1), S. 31.
- [46] Vgl. Häfelin/Müller (Fussnote 17), Rz. 569; Hänni (Fussnote 40), Rz. 98 und dortige Hinweise.
- [47] Vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1); die Grundregelung für die Weitergabe von Personendaten zwischen den Dienststellen findet sich in Art. 17 und 19 DSG.
- [48] Vgl. Art. 15 ff. BPG, insbesondere Art. 20-24 BPG; vgl. auch Kap. B oben.
- [49] Vgl. etwa Art. 6 BV sowie Art. 9 ff. BV.
- [50] Vgl. Kap. C Ziff. 4 oben.
- [51] Vgl. Kap. B oben sowie Bacher (Fussnote 1), S. 7.
- [52] Vgl. Bacher (Fussnote 1), S. 5 f.
- [53] Keller (Fussnote 1), S. 33; Vischer (Fussnote 1), S. 55.
- [54] Bacher (Fussnote 1), S. 7.
- [55] Vgl. Bacher (Fussnote 1), S. 7; Keller (Fussnote 1), S. 32.
- [56] Bacher (Fussnote 1), S. 13 f.; Keller (Fussnote 1), S. 34; Vischer (Fussnote 1), S. 58.
- [57] Vgl. etwa Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 153 ff. und 173 ff.; im Ergebnis ebenso Bacher (Fussnote 1), S. 13; Keller (Fussnote 1), S. 34; Vischer (Fussnote 1), S. 53.
- [58] Zum Vorgehen im Einzelnen vgl. Bacher (Fussnote 1), S. 13; Keller (Fussnote 1), S. 33; Vischer (Fussnote 1), S. 57.
- [59] Bacher (Fussnote 1), S. 10.
- [60] Keller (Fussnote 1), S. 34; Vischer (Fussnote 1), S. 57.
- [61] Zum Zeugenbeweis und zur Zeugnispflicht im Strafrecht: vgl. etwa Robert Hauser/Erhard Schweri, Schweizerisches Strafprozessrecht, 5. Aufl., Basel/Gent/München 2002, S. 269 ff., sowie Gérard Piquerez, Manuel de procédure pénale suisse, Zürich 2001, S. 247 ff.; im Zivilprozessrecht: vgl. etwa Oscar Vogel/Karl Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 7. Aufl., Bern 2001, S. 280 ff., und Walther J. Habscheid, Droit judiciaire privé suisse, 2. Aufl., Genève 1981, S. 451 ff., sowie im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess: Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, S. 82 f., und René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1128 ff.
- [62] Vgl. BBl 1965 II 1367 sowie Rhinow/Koller/Kiss (Fussnote 61), Rz. 1134, und Kölz/Häner (Fussnote 61), S. 82/83.
- [63] Vgl. Kap. B oben sowie Kap. C Ziff. 2 oben.
- [64] Vgl. Kap. C Ziff. 2, 3 und 9 Bst. a oben.
- [65] Vgl. Kap. B oben sowie Kap. C Ziff. 9 oben.
- [66] Vgl. Kap. C Ziff. 2 Bst. a und b oben.
- [67] Vgl. Kap. B sowie Kap. C Ziff. 2 oben.
- [68] Bacher (Fussnote 1), S. 7; Keller (Fussnote 1), S. 32; Vischer (Fussnote 1), S. 48.
- [69] Vgl. etwa Blaise Knapp, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Basel und Frankfurt a.M. 1992, Bd. I, Rz. 108 ff.; Häfelin/Müller (Fussnote 17), Rz. 730 ff.
- [70] AS 2002 2827 ff.
- [71] Knapp (Fussnote 69), Rz. 113.
- [72] Häfelin/Müller (Fussnote 17), Rz. 339 ff.; Moor (Fussnote 17), Vol. I, S. 8 f.
- [73] Vgl. Kap. B oben.
- [74] Bacher (Fussnote 1), S. 8; Keller (Fussnote 1), S. 26 ff.
- [75] Vgl. Art. 65 Abs. 3 GVG.
- [76] S. Verdross/Simma (Fussnote 36), § 389 und 456; Häfelin/Müller (Fussnote 17), Rz. 355 ff.; Moor (Fussnote 17), Vol. I, S. 158 ff.
- [77] Vgl. etwa Verdross/Simma (Fussnote 36), § 456 und dortige Hinweise (insbesondere Fn. 13 und 14); Siegrist (Fussnote 37), S. 10 ff. u. 166 f., sowie die Stellungnahme der Direktion für Völkerrecht.
- [78] Vom 18. April 1961, SR 0.191.01
- [79] Vgl. dazu Art. 2 Bst. a der Organisationsverordnung vom 29. März 2000 für das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (SR 172.211.1).
- [80] BGE 114 IV 130.
- [81] Vgl. etwa Stratenwerth (Fussnote 40), S. 251 f.
- [82] Vgl. Art. 271 Ziff. 1 Abs. 2 StGB.
- [83] Beispiele vgl. etwa bei Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, Bern 2001, S. 432 ff.
- [84] Häfelin/Müller (Fussnote 17), Rz. 1258; vgl. auch Simon (Fussnote 42), S. 39.
- [85] Vgl. etwa Art. 58 Abs. 5 und Art. 64 des Bundesgesetzes vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (SR 812.21).
- [86] Vgl. Kap. C Ziff. 7 Bst. c-e oben.
- [87] Vgl. VPB 64.24, S. 320 ff.; Kurt Eichenberger, in: Kommentar BV, Art. 102, Rz. 37 ff.
- [88] Keller (Fussnote 1), S. 29.
- [89] Vgl. insbesondere BGE 126 II 131, sowie etwa Piquerez (Fussnote 61), S. 207 ff.; Hauser/Schweri (Fussnote 61), S. 183 ff.; Gerhard Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 2. Aufl., Bern/Stuttgart/Wien 1998, S. 286 ff.; Simon (Fussnote 42), S. 38.
- [90] Vgl. etwa im Bereich des Zivilrechts: die Internationale Übereinkunft vom 1. März 1954 betreffend Zivilprozessrecht (SR 0.274.12), das Übereinkommen vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (SR 0.274.132), das Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11) und das Konkordat vom 26. April, 8./9. November 1974 über die Gewährung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen (SR 274); im Bereich des Strafrechts: das Europäische Übereinkommen vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.1), das Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG, SR 351.1), das Konkordat vom 5. November 1992 über die Rechtshilfe und die interkantonale Zusammenarbeit in Strafsachen (SR 351.71).
- [91] Vgl. Kap. B oben.
- [92] Vgl. Kap. C Ziff. 2 oben.
- [93] Vgl. Kap. C Ziff. 7 oben.
- [94] Vgl. Kap. C Ziff. 7 und 8 oben.
- [95] Vgl. Kap. C Ziff. 19 und 20 unten.
- [96] Vgl. Kap. C Ziff. 17 oben.
- [97] Vgl. etwa Hauser/Schweri (Fussnote 61), S. 82 ff.; Piquerez (Fussnote 61), S. 150 ff.; Markus Rohrer, Polizei und Untersuchungsrichter, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1997, S. 406 ff.
- [98] Hauser/Schweri (Fussnote 61), S. 85 ff.; Piquerez (Fussnote 61), S. 153 ff., Rohrer (Fussnote 97), S. 407 ff.

- [99] Hauser/Schweri (Fussnote 61), S. 349.
- [100] Hauser/Schweri (Fussnote 61), S. 351 f., Rohrer (Fussnote 97), S. 407.
- [101] Hauser/Schweri (Fussnote 61), S. 351, Rohrer (Fussnote 97), S. 407; vgl. etwa Art. 101 und 104 BStP.
- [102] Hauser/Schweri (Fussnote 61), S. 351; vgl. etwa Art. 10 ff. BStP.
- [103] Vgl. Art. 102quaterAbs. 1 Bst. a BStP.
- [104] Art. 116 BStP.
- [105] Vgl. Kap. C Ziff. 2 und 7 oben.
- [106] Vgl. Kap. C Ziff. 2 und 3 oben.
- [107] Vgl. etwa Art. 10 und 11 der Verordnung vom 30. November 2001 über das Informationssystem der Bundeskriminalpolizei (JANUS-Verordnung, SR 360.2); Art. 9 und 10 der Verordnung vom 21. November 2001 über das informatisierte Personennachweis-, Aktennachweis- und Verwaltungssystem im Bundesamt für Polizei (IPAS-Verordnung, SR 361.2); Art. 7-9 der Verordnung vom 30. November 2001 über das Staatsschutz-Informationssystem (ISIS-Verordnung, SR120.3); Art. 1 der Asylverordnung 3 vom 11. August 1999 über die Bearbeitung von Personendaten (AsyIV 3, SR 142.314); Art. 4 und 5 der Verordnung vom 18. Oktober 2000 über das automatisierte Administrativmassnahmen-Register (ADMAS-Register-Verordnung, SR 741.55).
- [108] Vgl. etwa Art. 16-18 JANUS-Verordnung; Art. 11-13 IPAS-Verordnung; Art. 2-11 AsyIV 3; Art. 13-15 ISIS-Verordnung; Art. 13-16 ADMAS-Register-Verordnung.
- [109] Bacher (Fussnote 1), S. 5; Keller (Fussnote 1), S. 30.
- [110] Vgl. Keller (Fussnote 1), S. 30.
- [111] Vom 30. März 1911 (OR, SR 220); vgl. Bacher (Fussnote 1), S. 4 f.; Keller (Fussnote 1), 30.
- [112] Bacher (Fussnote 1), S. 4.
- [113] Keller (Fussnote 1), S. 30.
- [114] Vgl. Keller (Fussnote 1), S. 29 f.
- [115] Vgl. Kap. B sowie Kap. C Ziff. 2 oben.
- [116] Zur Problematik der aufsichtsrechtlichen Befugnisse der Geschäftsprüfungskommission gegenüber den eidgenössischen Gerichten vgl. Jean-François Poudret/Suzette Sandoz-Monod, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire* du 16 décembre 1943, Bern 1990, Vol. I, Art. 21, S. 92 ff.
- [117] Vgl. Kap. C Ziff. 22 oben.
- [118] A ce sujet, cf. René Bacher, Grundsatzfragen der Administrativuntersuchungen - Probleme und Erfahrungen im Bund aus der Sicht des Beauftragten, in: *Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung*, hgg. von Bernhard Ehrenzeller, St. Gallen 1999, p. 2 s.; Martin Keller, *Administrativuntersuchungen - Die zentralen Fragen aus der Sicht der auftraggebenden Behörde*, in: *Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung*, p. 24 s.; Daniel Vischer, *Rechtsstellung der von einer Untersuchung Betroffenen in der Administrativuntersuchung (AU) und in der parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) oder - Die Angst vor der «Verrechtlichung von Verfahrensabläufen» im Hoheitsgebiet von Politik und Verwaltung*, in: *Administrativuntersuchungen in der öffentlichen Verwaltung*, p. 44.
- [119] Du 23 mars 1962 (LREC, RS 171.11).
- [120] Du 24 mars 2000 (LPers, RS 172.220.1).
- [121] L'art. 20 LPers oblige l'employé à défendre les intérêts de son employeur, l'art. 25 al. 1 renvoie au niveau des dispositions d'exécution les mesures à prendre lors de manquements aux obligations professionnelles, et l'art. 26 al. 1 autorise l'employeur à prendre des mesures provisionnelles lorsque l'exécution correcte des tâches est compromise.
- [122] Du 21 mars 1997 (LOGA, RS 172.010).
- [123] Dans ce contexte, cf. notamment l'art. 8 al. 1, 3 et 4, ainsi que les art. 36 et 38 LOGA. Sont également importantes les règles figurant dans l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1).
- [124] Du 3 juillet 2001 (OPers, RS 172.220.111.3).
- [125] Du 18 avril 1999 (Cst., RS 101).
- [133] Directives concernant les enquêtes administratives (ci-après: directives de 1981, FF 1981 III 982).
- [134] Cf. notamment Ulrich Häfelin/Georg Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4e éd., Zürich 2002, n. 123, ainsi que Pierre Moor, *Droit administratif*, Vol. I, 2e éd., Berne 1994, p. 9, 264 s.
- [135] Häfelin/Müller (note 134), n. 125, 128 ss et les références qui y figurent; Moor (note 134), Vol. I, p. 266 ss et les références qui y figurent.
- [136] Cf. notamment Gerhard Schmid/Felix Uhlmann, *Idee und Ausgestaltung des Rechtsstaates*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, hgg. von Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Zürich 2001, p. 226 s.
- [137] Cf. note 133.
- [138] Loi fédérale du 19 septembre 1978 sur l'organisation et la gestion du Conseil fédéral et de l'administration fédérale, RO 1979 114 ss.
- [139] Loi fédérale du 30 juin 1927 sur le statut des fonctionnaires, Recueil systématique des lois et des ordonnances 1848-1947, 1 459 ss.
- [140] Cf. chap. B ci-dessus.
- [141] Cf. notamment Häfelin/Müller (note 134), n. 91 ss; Moor (note 134), Vol. I, p. 42 ss.
- [142] Bacher (note 118), p. 3.
- [143] A ce sujet, cf. notamment Luzius Mader, *Bundesrat und Bundesverwaltung*, in: *Verfassungsrecht der Schweiz* (note 136), p. 1065; Ulrich Häfelin/Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 5e éd., Zürich 2001, n. 1700; Blaise Knapp, *L'exécution de tâches publiques fédérales par des tiers* (édition 1996), in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, hgg. von Heinrich Koller/Georg Müller/René A. Rhinow/Ulrich Zimmerli, Basel/Frankfurt a.M., n. 13 ss; Häfelin/Müller (note 134), n. 1509 ss; Moor (note 134), Vol. III, p. 92 s. et en particulier 104 ss; cf. également chap. C ch. 13, ci-dessous.
- [144] Häfelin/Müller (note 134), n. 425 et les références qui y figurent; Moor (note 134), Vol. I, p. 349 et Vol. III, p. 107.
- [145] Cf. notamment Knapp (note 143), n. 96; Moor (note 134), p. 104 ss.
- [146] Cf. chap. C ch. 10 ci-dessous.
- [147] Concernant la problématique des personnes concernées qui pourraient, en raison de l'obligation d'informer à laquelle elles sont soumises en tant qu'employées, être amenées à fournir des informations pouvant être utilisées contre elles dans le cadre d'une éventuelle procédure disciplinaire ou pénale, cf. Vischer (note 118), p. 55.
- [148] Vischer (note 118), p. 46 et 54.
- [149] Cf. chap. C ch. 2 ci-dessus.
- [150] Cf. art. 1 OPers; concernant l'exception du personnel employé sur place, cf. art. 1 al. 2 let. b OPers.
- [151] Cf. chap. C ch. 2 et 3 ci-dessus.
- [152] Concernant la problématique des enquêtes menées en dehors du territoire suisse, cf. chap. C ch. 14 ci-dessous.
- [153] Alfred Verdross/Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3e éd., Berlin 1984, § 389 et 456 ainsi que les références qui y figurent (en part. notes de bas de p. 13 et 14); cf. aussi chap. C ch. 14 let. b, ci-dessous.

- [154] Cf. notamment Dave Siegrist, *Hoheitsakte auf fremdem Staatsgebiet*, Zürich 1987, p. 11 s., 82 et 166 et les références qui y figurent.
- [155] Sur cette question, cf. chap. C ch. 14 let. c ci-dessous.
- [156] Du 21 décembre 1937 (CP, RS 311.0).
- [157] Cf. Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 5e éd., Berne 2000, p. 377 s.; Peter Hänni, *Personalrecht des Bundes* (éd. 1995), in: *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, hgg. von Heinrich Koller/Georg Müller/René A. Rhinow/Ulrich Zimmerli, Basel/Frankfurt a.M., p. 46, note de bas de p. 231 et les références qui y figurent.
- [158] Du 3 février 1995 (LAAM, RS 510.10).
- [159] Cf. René A. Rhinow/Beat Krähenmann, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband*, Basel/Frankfurt a.M. 1990, p. 478; Hänni (note 48), Rz. 102; Jürg Simon, *Amtshilfe*, Chur/Zürich 1991, p. 72 ss et les références qui y figurent.
- [160] Cf. Rhinow/Krähenmann (note 51), p. 478; Hänni (note 157), n. 102; Simon (note 159), p. 72 ss.
- [161] Cf. ch. 35 des directives.
- [162] Cf. notamment Keller (note 118), p. 31.
- [163] Cf. Häfelin/Müller (note 134), n. 569; Hänni (note 48), n. 98 et les références qui y figurent.
- [164] Du 19 juin 1992 (LPD, RS 235.1); les règles de base pour la transmission de données entre les services se trouvent aux art. 17 et 19 LPD.
- [165] Cf. art. 15 ss LPers, en part. les art. 20 à 24 LPers; cf. aussi chap. B ci-dessus.
- [166] Cf. notamment art. 6 Cst., ainsi que les art. 9 ss Cst.
- [167] Cf. chap. C ch. 4 ci-dessus.
- [168] Cf. chap. B ci-dessus, ainsi que Bacher (note 118), p. 7.
- [169] Cf. Bacher (note 118), p. 5 s.
- [170] Keller (note 118), p. 33; Vischer (note 118), p. 55.
- [171] Bacher (note 118), p. 7.
- [172] Cf. Bacher (note 118), p. 7; Keller (note 118), p. 32.
- [173] Bacher (note 118), p. 13 s.; Keller (note 118), p. 34; Vischer (note 118), p. 58.
- [174] Cf. notamment Michele Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Bern 2000, p. 153 ss et 173 ss; dans le résultat, voir aussi Bacher (note 118), p. 13; Keller (note 118), p. 34; Vischer (note 118), p. 53.
- [175] Pour le détail de la procédure, cf. Bacher (note 118), p. 13; Keller (note 118), p. 33; Vischer (note 118), p. 57.
- [176] Bacher (note 118), p. 10.
- [177] Keller (note 118), p. 34; Vischer (note 118), p. 57.
- [178] Concernant la preuve testimoniale et l'obligation de témoigner en droit pénal: cf. notamment Robert Hauser/Erhard Schweri, *Schweizerisches Strafprozessrecht*, 5e éd., Basel/Genf/München 2002, p. 269 ss, ainsi que Gérard Piquerez, *Manuel de procédure pénale suisse*, Zurich 2001, p. 247 ss; en droit de la procédure civile: cf. notamment Oscar Vogel/Karl Spühler, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, 7e éd., Bern 2001, p. 280 ss, et Walther J. Habscheid, *Droit judiciaire privé suisse*, 2e éd., Genève 1981, p. 451 ss; en procédure administrative et en procédure contentieuse: Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1993, p. 82 s., et René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel/Frankfurt a.M. 1996, n. 1128 ss.
- [179] Cf. FF 1965 II 1402 ainsi que Rhinow/Koller/Kiss (note 178), n. 1134, et Kölz/Häner (note 178), p. 82/83.
- [180] Cf. chap. B ci-dessus ainsi que let. C ch. 2 ci-dessus.
- [181] Cf. chap. C ch. 2, 3 et 9 let. a ci-dessus.
- [182] Cf. chap. B ci-dessus et let. C ch. 9 ci-dessus.
- [183] Cf. chap. C ch. 2 let. a et b ci-dessus.
- [184] Cf. chap. B, ainsi que chap. C ch. 2 ci-dessus.
- [185] Bacher (note 118), p. 7; Keller (note 118), p. 32; Vischer (note 118), p. 48.
- [186] Cf. notamment Blaise Knapp, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Basel und Frankfurt a.M. 1992, Vol. I, n. 108 ss; Häfelin/Müller (note 134), n. 730 ss.
- [187] RO 2002 2827 ss.
- [188] Knapp (note 186), n. 113.
- [189] Häfelin/Müller (note 134), n. 339 ff.; Moor (note 134), Vol. I, p. 8 s.
- [190] Cf. chap. B ci-dessus.
- [191] Bacher (note 118), p. 8; Keller (note 118), p. 26 ss.
- [192] Cf. art. 65 al. 3 LREC.
- [193] Cf. Verdross/Simma (note 153), § 389 et 456; Häfelin/Müller (note 134), n. 355 ss; Moor (note 134), Vol. I, p. 158 ss.
- [194] Cf. notamment Verdross/Simma (note 153), § 456 et les références qui y figurent (en part. n. 13 et 14); Siegrist (note 154), p. 10 ss et 166 s., ainsi que l'avis de la Direction du droit international public, annexe (1).
- [195] Du 18 avril 1961, RS 0.191.01.
- [196] Cf. art. 2 let. a de l'ordonnance du 29 mars 2000 sur l'organisation du Département fédéral des affaires étrangères (RS 172.211.1).
- [197] ATF 114 IV 130.
- [198] Cf. Stratenwerth (note 157), p. 251 s.
- [199] Cf. art. 271 ch. 1, par. 2 CP.
- [200] Pour des exemples, cf. notamment Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, *Praxis des Völkerrechts*, Bern 2001, p. 432 ss.
- [201] Häfelin/Müller (note 134), n. 1258; cf. également Simon (note 159), p. 39.
- [202] Cf. notamment art. 58 al. 5 et art. 64 de la loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (RS 812.21).
- [203] Cf. chap. C ch. 7 let. c-e ci-dessus.
- [204] Cf. JAAC 64.24, p. 320 ss; Kurt Eichenberger, in: *Commentaire de la Constitution fédérale* du 29 mai 1874, art. 102, n. 37 ss.
- [205] Keller (note 118), p. 29.
- [206] Cf. en particulier ATF 126 II 131, ainsi que Piquerez (note 178), p. 207 ss; Hauser/Schweri (note 178), p. 183 ss; Gerhard Walter, *Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz*, 2e édition, Bern/Stuttgart/Wien 1998, p. 286 ss; Simon (note 159), p. 38.
- [207] Cf. notamment dans le domaine du droit civil: la Convention du 1er mars 1954 relative à la procédure civile (RS 0.274.12), la Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (RS 0.274.132), la Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.11) et le Concordat des 26 avril, 8/9 novembre 1974 sur l'entraide judiciaire en matière civile (RS 274); dans le domaine du droit pénal: la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 (RS 0.351.1), la

loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP, RS 351.1), le Concordat du 5 novembre 1992 sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale (RS 351.71).

[208] Cf. chap. B ci-dessus.

[209] Cf. chap. C ch. 2 ci-dessus.

[210] Cf. chap. C ch. 7 ci-dessus.

[211] Cf. chap. C ch. 7 et 8 ci-dessus.

[212] Cf. chap. C ch. 19 et 20 ci-dessous.

[213] Cf. chap. C ch. 17 ci-dessus.

[214] Cf. notamment Hauser/Schweri (note 178), p. 82 ss; Piquerez (note 178); p. 150 ss; Markus Rohrer, Polizei und Untersuchungsrichter, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1997, p. 406 ss.

[215] Hauser/Schweri (note 178), p. 85 ss; Piquerez (note 178), p. 153 ss; Rohrer (note 214), p. 407 ss.

[216] Hauser/Schweri (note 178), p. 349.

[217] Hauser/Schweri (note 178), p. 351 s.; Rohrer (note 214), p. 407.

[218] Hauser/Schweri (note 178), p. 351; Rohrer (note 214), p. 407; cf. notamment art. 101 et 104 PPF.

[219] Hauser/Schweri (note 178), p. 351; cf. notamment art. 10 ss PPF.

[220] Cf. art. 102quater al. 1 let. a PPF.

[221] L'art. 116 PPF.

[222] Cf. chap. C ch. 2 et 7 ci-dessus.

[223] Cf. chap. C ch. 2 et 3 ci-dessus.

[224] Cf. notamment art. 10 et 11 de l'ordonnance du 30 novembre 2001 sur le système informatisé de la Police judiciaire fédérale (ordonnance JANUS, RS 360.2); art. 9 et 10 de l'ordonnance du 21 novembre 2001 sur le système informatisé de gestion et d'indexation de dossiers et de personnes de l'Office fédéral de la police (ordonnance IPAS, RS 361.2); art. 7-9 de l'ordonnance sur le système de traitement des données relatives à la protection de l'Etat (ordonnance ISIS, RS 120.3); art. 1 de l'ordonnance 3 du 11 août 1999 sur l'asile relative au traitement de données personnelles (OA 3, RS 142.314); art. 4 et 5 de l'ordonnance du 18 octobre 2000 sur le registre automatisé des mesures administratives (ordonnance sur le registre ADMAS, RS 741.55).

[225] Cf. notamment art. 16-18 ordonnance JANUS; art. 11-13 ordonnance IPAS; art. 2-11 OA 3; art. 13-15 ordonnance ISIS; art. 13-16 ordonnance sur le registre ADMAS.

[226] Bacher (note 118), p. 5; Keller (note 118), p. 30.

[227] Cf. Keller (note 118), p. 30.

[228] Du 30 mars 1911 (CO, RS 220); cf. Bacher (note 118), p. 4 s; Keller (note 118), p. 30.

[229] Bacher (note 118), p. 4.

[230] Keller (note 118), p. 30.

[231] Cf. Keller (note 118), p. 29 s.

[232] Cf. chap. B ainsi que chap. C ch. 2, ci-dessus.

[233] Concernant la problématique des compétences de la Commission de gestion en matière de droit de la surveillance par rapport aux Tribunaux fédéraux, cf. Jean-François Poudret/Suzette Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943, Berne 1990, Vol. I, Art. 21, p. 92 ss.

[234] Cf. chap. C ch. 22, ci-dessus.

Dokumente des BJ