Strafprozessrecht
10 Jahre Schweizerische StPO

Herausgeber:

Konrad Jeker
Thomas Held
Yvan Jeanneret

Schulthess §

Quelle place pour les rapports informels entre avocats et procureurs ?

Jean-Marc Carnicé / Stéphane Grodecki

Table des matières

I. Introduction 134
II. L'obligation de tenir un procès-verbal (art. 76 et 77 CPP) et les rapports informels 135
III. L'exemple français du rapport informel : la foi du palais 139
IV. Le principe de la foi du palais est-il transposable en droit suisse ? 143
V. Le principe de la bonne foi (art. 3 al. 2 let. a CPP) et la LLCA : un fondement possible pour des rapports informels confidentiels ? 143
VI. Conclusion 145

Littérature

Bohnet François/Martenet Vincent, Droit de la profession d'avocat, Berne, 2009

Bomio Giorgio/Bouverat David, Commentaire des art. 76 à 79 CPP, Jeanneret/Kuhn/Depeursing (éds), Code de procédure pénale suisse – Commentaire romand, Bâle, 2e éd. 2019

Brüschweiler Daniela/Nadig Reto/Schneebli Rebecca, Commentaire de l'art. 76 CPP, Donatsch/Lieber/Summers/Wohlers (éds), Schulthess Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zurich, 3e éd., 2020

Chappuis Benoît/Gurtner Jérôme, La profession d'avocat, Zurich, 2021

Danet Jean, Réflexions sur la foi du Palais, in : Les cahiers de la justice, 2020/1, p. 116 ss

Lagrue Marianne, Foi du Palais, la Crise ?, la lettre du SAF, avril 2012, p. 45 ss

Moreillon Laurent/Parein-Reymond Aude, Code de procédure pénale – Petit commentaire, Bâle, 2e éd., 2016

Näpfli Philippe, Commentaire de l'art. 76 CPP, Niggli/Heer/Wiprächtiger (éds), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, Bâle, 2e éd., 2014

Pelaton Nicolas, La surveillance disciplinaire des magistrats du pouvoir judiciaire, in: Tanquerel/Bellanger (éds), Le droit disciplinaire, Zurich, 2018, p. 177 ss

Pitteloud Jo, Code de procédure pénale suisse – Commentaire à l'usage des praticiens, Zurich, 2012

Schmid Niklaus/Jositsch Daniel, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar, Zurich, 3e éd., 2018

I. Introduction

1 Un avocat et un procureur, en charge de la direction de la procédure (art. 61 al. 1 let. a CPP[1]), peuvent-ils avoir des échanges informels sur le sort d'une procédure, par exemple sur la suite de la procédure, sur la négociation d'une ordonnance pénale (art. 352 ss CPP) ou d'une ordonnance de classement (art. 319 ss CPP), sur l'application d'un motif d'exemption de peine (art. 52 ss CP[2]), en particulier en cas de réparation du dommage (art. 53 CP) sur l'opportunité d'ouvrir une procédure simplifiée (art. 358 ss CPP), voire encore sur l'organisation de la procédure ?

2 Courant dans la tradition francophone, ces échanges informels commencent à occuper les tribunaux, qui ont – dans des circonstances très particulières toutefois – ordonné la récusation de plusieurs procureurs dans de tels cas, faute de procès-verbal résumant les échanges, notamment[3].

3 Les deux auteurs se croisent – et s'affrontent – régulièrement dans des procédures pénales dans le canton de Genève. Nous l'avons toujours fait avec un respect réciproque, y compris dans des procédures pénales tendues avec un enjeu important. Dans ce contexte, nous nous sommes interrogés sur l'avenir de la tradition francophone des contacts informels entre avocats et procureurs dans une procédure pénale.

4 Pour nourrir cette réflexion, nous allons commencer par présenter l'obligation de tenir un procès-verbal (art. 76 et 77 CPP) et les décisions sur récusation qui ont été rendues en 2019 en lien avec cette problématique de rapports informels non documentés[4]. Nous allons poursuivre avec un exposé des fondements et du contenu du principe français de la foi du palais[5], avant de déterminer s'il peut être utilisé comme inspiration pour autoriser – et limiter – des contacts informels en droit suisse[6].

1 Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0.
2 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 ; RS 311.0.
3 Cf. *infra* II.
4 *Infra* II.
5 *Infra* III.
6 *Infra* IV et V.

II. L'obligation de tenir un procès-verbal (art. 76 et 77 CPP) et les rapports informels

Se fondant sur le principe du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.[7] et 6 ch. 3 CEDH[8]), le Tribunal fédéral reconnaît une obligation de documenter tous les actes de procédure en procédure pénale suisse[9]. A cet égard, il existe une césure importante dans la tradition juridique suisse. Ainsi, les commentateurs romands sont, pour l'essentiel, muets sur une éventuelle obligation de documenter des contacts informels[10], alors que les alémaniques tirent des art. 76 et 77 CPP une obligation générale et étendue de rédiger des notes de dossier pour tous ces cas[11]. 5

Le Tribunal fédéral et le Tribunal pénal fédéral se sont, indirectement, prononcés sur cette question dans des arrêts sur récusation rendus en 2019. 6

Le premier arrêt relatif à des contacts informels d'un procureur remonte, sauf erreur, au 3 avril 2019. Le Tribunal pénal fédéral a alors ordonné la récusation d'un procureur fédéral en raison de ses contacts informels avec des représentants d'un Etat, l'Ouzbékistan en l'occurrence : 7

> *« Il n'est pas contesté que le Procureur B. s'est rendu, du 12 au 14 septembre 2018, en Ouzbékistan. Si cet Etat n'est pas directement partie à la procédure pénale suisse contre A., il n'en demeure pas moins que cette dernière est détenue en Ouzbékistan dans des conditions opaques et qui semblent découler sinon des infractions qui lui sont reprochées par la Suisse, tout au moins de son statut de fille de feu l'ancien président ouzbek H. Du reste, le MPC indique que le but de son voyage était » de clarifier, dans le respect des normes imposées par le droit suisse, la situation, notamment sous l'angle de l'entraide judiciaire et des droits de la défense », ceci évidemment en rapport avec l'enquête suisse. Si une telle entreprise peut poursuivre un but louable et si rien ne permet de conclure à la prévention du procureur en faveur de l'Etat ouzbek, il reste que le dossier ne*

7 Constitution fédérale du 18 avril 1999 ; RS 101.
8 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; RS 0.101.
9 TF du 12.11.2012, 6B_719/2011, c. 4.
10 Cf. Bomio/Bouverat, CR-CPP, Art. 76 et 77 ; Moreillon/Parein-Reymond, PC CPP, Art. 76 et 77. A noter toutefois que Pitteloud, CPP, Commentaire à l'usage des praticiens, N. 164 mentionne les contacts informels comme étant un élément devant figurer dans une « note interne ».
11 Schmid/Jositsch, Praxiskommentar, Vor Art. 76-79, N. 3 ; Brüschweiler/Nadig/Schneebeli, Schulthess Kommentar StPO, Art. 76, N. 2 ; Näpfli, BSK StPO, Art. 76, N. 8.

contient aucun élément plus précis qui permettrait de connaître les démarches précisément entreprises par le Procureur B., et leur résultat. »[12]

8 Le 17 juin 2019, le Tribunal pénal fédéral a ensuite rendu deux décisions ordonnant la récusation de procureurs fédéraux dans le cadre des enquêtes relatives à la FIFA en raison des contacts informels – notamment des réunions dans des hôtels – entre des procureurs et la FIFA, partie à des procédures pénales, directement[13]. Plusieurs considérants critiquent durement les contacts informels:

« *B. reconnaît que les deux réunions qu'il a eues avec H., respectivement avec ce dernier et SS., n'ont fait l'objet d'aucune note au dossier. Cette façon de faire, contraire aux dispositions de l'art. 77 CPP (procès-verbaux de procédure), a pour conséquence de soustraire à tout contrôle le contenu des discussions tenues à ces occasions – en particulier à celui des autres parties à la procédure. Cela dénote un manque de transparence évident à l'égard de ces dernières, d'autant que les explications données a posteriori sur ces rencontres demeurent très générales. De plus, le déroulement des faits laisse à penser que si l'existence des réunions litigieuses entre représentants du MPC et de la FIFA n'avait pas été révélée par les médias, elle n'aurait jamais été portée à la connaissance des autres parties à la procédure. La manière d'agir de B. est donc incompatible avec les exigences de l'art. 3 al. 2 let. c CPP, aux termes duquel un traitement équitable et le droit d'être entendu sont garantis à toutes les personnes touchées par la procédure. A cela s'ajoute le cadre plutôt inhabituel – un restaurant, respectivement un hôtel – dans lequel se sont tenues les rencontres litigieuses. L'ensemble de ces circonstances est objectivement propre à rendre le procureur général suspect de prévention au sens de l'art. 56 let. f CPP dans les procédures touchant la FIFA, de sorte que la demande de récusation est bien fondée en tant qu'elle concerne l'intéressé.* »[14]

(...)

« *Le procédé consistant pour le MPC d'un côté à mener avec une partie plaignante – dans un cadre qui sort largement des règles fixées par le CPP, en particulier quant au procès-verbal (art. 77 CPP) – des discussions n'impliquant à dessein que certains de ses membres non actifs au niveau opérationnel, et de l'autre*

12 TPF du 3.4.2019, BB.2018.195.

13 TPF du 17.6.2019, BB.2018.190 + BB.2018.198; TPF du 17.6.2019, BB.2018.197. La contestation devant la Cour d'appel a été déclarée irrecevable: Cour d'appel du TPF du 19.7.2019, CR.2019.2.

14 TPF du 17.6.2019, BB.2018.190 + BB.2018.198, c. 5.4.

à inciter un de ses directeurs de procédure concerné – soit une personne chargée de la direction opérationnelle d'une ou plusieurs procédures topiques – à s'immiscer indirectement et de manière informelle dans ces discussions (par le biais de demandes concrètes à transmettre à dite partie), est incompatible avec les exigences de traitement équitable, respectivement du droit d'être entendu, posées à l'art. 3 al. 2 let. c CPP. »[15]

Le 24 septembre 2019, le Tribunal fédéral a rendu un arrêt prononçant la récusa- 9
tion d'un procureur valaisan qui, entre autres, s'était entretenu téléphoniquement à plusieurs reprises avec l'avocat d'une des parties, sans faire de note de dossier, tout en refusant systématiquement tout contact téléphonique avec l'autre mandataire. Le Tribunal fédéral a relevé dans cette attitude une violation de l'art. 76 al. 1 CPP par le défaut de note de dossier et ordonné la récusation du procureur au vu de l'ensemble des circonstances: « *En outre, certaines des violations commises par l'intimé sont loin d'être anodines, s'agissant en particulier de son refus de s'entretenir par téléphone avec le mandataire des recourants, alors même qu'il a eu un entretien téléphonique avec le mandataire de l'un des prévenus sans le consigner au procès-verbal. L'ensemble de ces circonstances particulières – reprise de cause après annulation d'un classement et erreurs de procédure au détriment des recourants – conduisent à considérer, au moins en apparence, le magistrat instructeur intimé suspect de vouloir persister à privilégier la position défendue par les prévenus.* »[16]

Enfin, relevons encore que le 22 juillet 2020, le Tribunal administratif fédéral a 10
confirmé une sanction disciplinaire prononcée contre le procureur général de la Confédération en lien avec l'absence de toute trace écrite (art. 77 CPP) relative à ses contacts informels avec la FIFA, partie à la procédure[17].

A notre sens, ces arrêts ne proscrivent toutefois pas *ipso facto* tout contact infor- 11
mel entre des avocats et un procureur. Premièrement, dans le cas de la FIFA, les contacts étaient soutenus, et surtout ils avaient eu lieu directement avec une partie à la procédure, et non uniquement avec son mandataire. Il en va de même dans l'arrêt Ouzbek, où les contacts ont lieu avec un Etat, indirectement intéressé à la procédure pénale, soit pratiquement avec une partie. Deuxièmement, les reproches disciplinaires concernent l'absence de mention écrite des contacts, et nullement d'éventuels contacts eux-mêmes avec les mandataires. Troisièmement, dans le cas valaisan, le Tribunal fédéral ne reproche pas au procureur ses

15 TPF du 17.6.2019, BB.2018.190 + BB.2018.198, c. 7.

16 TF du 24.9.2019, 1B_315/2019.

17 TAF du 22.7.2020, A-2138/2020.

contacts en soi avec le conseil d'une partie, mais avant tout son refus systématique d'en entretenir, parallèlement, avec le défenseur d'une autre partie. Il peut ainsi, à notre sens, exister une place dans la jurisprudence pour de tels contacts informels. Elle ne les exclut en tout cas pas.

12 Le droit suisse connaît par ailleurs un exemple de tentative de formalisation des rapports informels entre avocats et procureurs, qui existent bien souvent dans la pratique. Ainsi, le 1er septembre 2015, l'ordre des avocats genevois et le Ministère public de la Confédération ont signé un accord – le *De Officiis*[18], aujourd'hui dénoncé – entérinant le principe des discussions informelles :

> « *Communications sous la foi du Palais*
>
> *26. Les Procureur et Avocat peuvent proposer des discussions ‹sous la foi du Palais›. Aucun Procureur ou Avocat n'est tenu de donner suite à une telle proposition d'entretien.*
>
> *27. Les Procureur et Avocat conviennent de la manière dont les discussions peuvent le cas échéant être formalisées.*
>
> *28. Sauf accord contraire, les Procureur et Avocat s'interdisent de faire état de l'existence ou du contenu de ces échanges.* »[19]

13 Si la légalité d'un tel accord est sujette à caution selon certains, faute de base légale permettant à l'autorité de le conclure[20], il laisse néanmoins entendre que ces contacts informels sont institutionnellement acceptés.

14 A notre sens, ils sont également souhaitables afin de permettre la négociation de certaines problématiques. Reste à voir si de tels échanges sont compatibles avec le CPP. Afin de nourrir cette réflexion, nous allons débuter par l'exemple français, où la « foi du palais » est, pratiquement, institutionnalisée.

18 Pour rappel, le *De Officiis* est un ouvrage de Cicéron traitant de l'éthique.

19 Texte consultable en ligne : *<https://www.odage.ch/medias/documents/Actualit%c3%a9s/De%20Officiis%20%20-%20Convention%20sign%c3%a9e%20entre%20le%20MPC%20et%20l'OdA%20-%2001.9.2015.pdf>*.

20 Cf. ATF 136 II 415 où le Tribunal fédéral a déclaré nul un accord conclu entre le Ministère public du canton de Zurich et une organisation privée d'assistance au suicide, faute de base légale autorisant le Ministère public à conclure un contrat de droit public.

III. L'exemple français du rapport informel : la foi du palais

La foi du palais est une tradition française qui repose sur une pratique de longue date installée entre les magistrats et les avocats. Cette notion est aujourd'hui utilisée en France dans deux contextes différents, soit lors d'échanges entre avocats et magistrats du parquet ou du siège, y compris de l'instruction, dans le cadre d'une procédure particulière, soit lors d'échanges entre le Bâtonnier et le chef de juridiction. Le premier contexte paraît seul pertinent à la présente contribution de sorte que nous n'examinerons que celui-ci[21]. 15

La foi du palais se rapporte ainsi à des conversations privées entre plusieurs avocats dans une même procédure (soit ce que nous appelons en Suisse les réserves d'usage) ou entre un avocat et un magistrat. Elle a pour conséquence que les uns et les autres s'engagent à garder confidentielles des informations qui sont communiquées et à ne pas les utiliser sauf accord contraire. La foi du palais permet une confidentialité totale dans un échange hors procédure, fondée sur la confiance réciproque de ceux qui y prennent part[22]. 16

Bien qu'appliquée depuis de nombreuses années en France, cette notion est encore aujourd'hui floue dès lors qu'aucun texte de loi ne définit les limites, les conditions ni les conséquences de cet accord tacite entre deux interlocuteurs appartenant à des camps opposés. 17

Si quelques articles de doctrine lui sont consacrés, c'est avant tout sur la pratique des tribunaux et du barreau français qu'il faut se pencher afin de comprendre la notion de foi du palais. Dans une contribution récente, Jean Danet, avocat honoraire, universitaire et ancien membre du Conseil Supérieur de la Magistrature, illustre par des cas réels, trois usages différents de la foi du palais[23]. 18

Dans le premier cas, un procureur adjoint, alors qu'il s'apprêtait à requérir contre un père accusé d'inceste par sa fille, a transmis à l'avocat de la partie civile une information qu'il venait de recevoir du policier amené à témoigner le lendemain au procès. Il ressortait de cette conversation que la mère de la fillette avait poussé ses belles-filles à témoigner contre leur père dans un autre dossier. Le lendemain, avant l'ouverture du procès, l'avocat de la fillette informait le président et 19

21 Danet, Réflexions sur la foi du Palais, p. 116 ; Lagrue Marianne, Foi d Palais, la Crise ?, p. 45.

22 Danet, Réflexions sur la foi du Palais, p. 116.

23 Danet, Réflexions sur la foi du Palais, p. 118.

le procureur adjoint que sa cliente allait rétracter ses accusations. Et le procureur adjoint de répondre qu'il n'y aurait pas de poursuites contre la jeune fille pour dénonciation calomnieuse et qu'il s'y engagerait à l'audience[24].

20 A titre d'autre exemple, DANET évoque le cas d'un accusé poursuivi pour trafic de stupéfiants, qui ne souhaitait pas que l'on dévoilât en audience sa séropositivité pour des raisons religieuses. Sous la foi du palais, son avocat a présenté son certificat médical au président et au procureur afin qu'ils prennent cette information en compte sans qu'elle ne soit dévoilée en audience, ni même versée au dossier[25].

21 Enfin, la foi du palais a permis à un président d'informer le procureur général et l'avocat de la défense d'un motif de récusation d'un juré, permettant à l'avocat de soulever ce motif à l'ouverture du procès, soutenu en amont de manière informelle par le procureur général[26].

22 Dans chacun des exemples précités, l'usage de la foi du palais a permis aux avocats, au procureur et au tribunal de tenir compte d'une information essentielle à la procédure tout en la gardant confidentielle, ceci dans l'intérêt des parties.

23 S'agissant du premier exemple, il n'est pas précisé si la défense a effectivement pris part aux conversations qui se sont tenues sous la foi du palais, ni si elle a consenti à l'engagement de non-poursuite pris par le procureur. Il n'est toutefois pas certain que dans l'hypothèse où l'information révélée par le policier aurait été dévoilée publiquement lors du procès, le résultat aurait été le même, ou si, confrontée à la pression du procès, à l'accusé, à sa propre mère ainsi qu'à la crainte d'une poursuite pour dénonciation calomnieuse, la partie plaignante aurait renoncé à revenir sur ses accusations, entraînant possiblement la condamnation – peut être à tort – de l'accusé. Dans le deuxième cas, la foi du palais a servi à protéger la personnalité de l'accusé en permettant de communiquer aux parties et à la Cour un élément essentiel qu'il ne souhaitait transmettre que de manière confidentielle. Enfin, dans la dernière affaire, la foi du palais a permis au président de partager avec les parties une information mettant en cause l'indépendance des jurés, sans forcément toutefois que le tribunal se prononce en amont sur son issue[27].

24 A l'inverse, l'usage de la foi du palais a, dans ces trois exemples, limité le droit au contradictoire et réduit la portée de l'immédiateté des débats. Elle a également, comme l'admet DANET, conduit à soustraire l'information échangée à la publicité

24 DANET, Réflexions sur la foi du Palais, p. 118.
25 DANET, Réflexions sur la foi du Palais, p. 119.
26 DANET, Réflexions sur la foi du Palais, p. 120.
27 DANET, Réflexions sur la foi du Palais, pp. 116-120.

des débats et, partant, au contrôle démocratique sur la Justice, voire au contrôle de l'autorité de recours.

Dépourvue de fondement légal spécifique, la notion de foi du palais, qualifiée de 25
« *syncrétique* » par certains, trouve son origine dans les devoirs imposés tant aux avocats qu'aux magistrats[28].

Du point de vue de l'avocat, la foi du palais se fonde, selon certains auteurs, sur le 26
devoir absolu du secret professionnel. D'aucuns relèvent à raison qu'elle va toutefois plus loin que le secret professionnel de l'avocat et poursuit un but différent : si le secret professionnel garantit au justiciable une confiance absolue dans son avocat, la foi du palais permet à l'avocat de dévoiler une information sans que l'autre partie puisse utiliser cette information à l'encontre de son client[29]. Elle étend ainsi à un tiers la confidentialité d'une information qui lui a été confiée sous le sceau du secret.

Selon certains, la foi du palais découle également des règles déontologiques de 27
l'avocat, notamment de son statut « *d'auxiliaire de la justice* ». Cette qualité est fermement ancrée en France dans la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, laquelle dispose à son article 3 que « *les avocats sont des auxiliaires de justice. Ils prêtent serment en ces termes : je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité.* »[30]

Du point de vue du magistrat, la foi du palais trouve son fondement dans les 28
devoirs imposés au juge soit notamment la bonne foi des autorités et la loyauté[31].

Enfin, la foi du palais s'inscrit également, selon la doctrine française, dans cer- 29
tains devoirs communs aux deux professions, soit le souci de loyauté, de justice et d'humanité auxquels aspirent, chacun dans le respect de leur serment, les avocats et les magistrats afin de permettre à la convergence d'intérêts d'émerger[32].

Cette convergence d'intérêts trouve toutefois ses limites dans les devoirs respec- 30
tifs des avocats et des magistrats. Il en résulte ainsi une tension inévitable entre le cadre informel inhérent à la foi du palais et les obligations respectives du magistrat et de l'avocat.

28 LAGRUE, Foi du Palais, la Crise ?, p. 45.
29 LAGRUE, Foi du Palais, la Crise ?, p. 45.
30 LAGRUE, Foi du Palais, la Crise ?, p. 46 ; BOHNET/MARTENET, Droit de la profession d'avocat, p. 1245 s.
31 LAGRUE, Foi du Palais, la Crise ?, p. 45.
32 DANET, Réflexions sur la foi du Palais, p. 121.

31 L'avocat reste ainsi soumis à la responsabilité professionnelle dans l'exercice de son mandat et à la protection de l'intérêt supérieur de son client. A l'inverse, le magistrat se trouvera tenu à son obligation d'impartialité et d'indépendance et à la recherche de la vérité et de la justice que lui impose sa fonction, tout en étant lié aux règles de procédure.

32 La question de la divulgation d'une conversation sous la foi du palais s'est récemment posée lors du procès d'un homme politique. Au quatrième jour de ce procès, une réunion s'est tenue dans le bureau du président en présence du procureur et des avocats de toutes les parties. Selon les avocats de la défense, le président leur a alors fait part de son malaise quant au climat qui entourait le procès et aurait demandé à la défense si elle entendait demander le renvoi.

33 Interprétant cette remarque comme une invitation, l'un des avocats de la défense a sollicité le renvoi du procès le lendemain. Les parties civiles, présentes lors de la conversation, s'y sont opposées en soutenant que c'était une tentative pour l'accusé d'échapper à son procès. La demande de renvoi a finalement été rejetée par le président, à la surprise de la défense. L'un de ses avocats a, suite à ce refus, décidé, afin de protéger l'intérêt supérieur de son client et démontrer qu'il ne s'agissait pas d'un choix stratégique désespéré de sa part, de révéler publiquement l'existence de la réunion qui s'était tenue la veille. Le président lui a alors répondu qu'il s'agissait d'une conversation privée. Le renvoi sera finalement accordé au motif que le procès avait accumulé trop de retard.

34 L'un des avocats de la défense interrogé à ce sujet par la presse, a justifié ce choix par la nécessité de distinguer « *ce qui relève d'une discussion de nature privée, qui n'a aucun impact sur le processus judiciaire, et ce qui est une discussion publique ou privée mais de nature à influencer gravement le processus judiciaire* » et répondu qu'on ne pouvait « *sous le couvert d'une foi du palais, couvrir en réalité des discussions qui ne devraient jamais avoir lieu entre un avocat et un magistrat* »[33].

35 A défaut de base légale écrite, aucune sanction formelle n'est prévue en cas de divulgation par une partie d'une information échangée sous la foi du palais, la confiance en son interlocuteur étant le seul gage de la confidentialité. La conséquence d'une confiance violée est ainsi avant tout l'abstention probable de celui qui est déçu d'y recourir de nouveau avec le même interlocuteur, ou avec un autre[34].

33 *<https://www.dalloz-actualite.fr/interview/renvoi-du-proces-de-georges-tron-tout-n-est-pas-faute-de-me-dupond-moretti#.YPbl5-dS-Uk>.*

34 Danet, Réflexions sur la foi du Palais, p. 121.

IV. Le principe de la foi du palais est-il transposable en droit suisse ?

36 La transposition en Suisse de cette tradition française n'est pas uniforme. Si dans certains cantons, notamment à Genève, les avocats et les procureurs recourent, explicitement ou implicitement, à la notion de foi du palais lors de certains échanges, cette pratique n'est pas généralisée en Suisse romande, ni encore moins à l'échelle nationale.

37 Il est intéressant de relever que les quelques cas d'application français que nous avons cités se distinguent des faits à l'origine des arrêts du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral analysés ci-avant, et ce sous plusieurs aspects.

38 Tout d'abord, dans ces trois exemples français, l'information était partagée, certes de manière confidentielle et hors du cadre de la procédure, mais, pour la plupart, dans le respect d'une certaine forme du débat contradictoire. Ainsi, contrairement à l'arrêt FIFA et au cas valaisan, l'information confidentielle n'était pas échangée sur une base uniquement bilatérale préservant, dans une certaine mesure, le droit au traitement équitable et le droit d'être entendu de toutes les parties.

39 En outre, les contacts se sont déroulés de manière ponctuelle entre les magistrats et l'avocat, et non la partie directement, voire un Etat tiers, indirectement intéressé à la procédure, comme dans l'affaire Ouzbek. Nous sommes donc bien loin des contacts échangés dans un hôtel ou un restaurant entre un procureur et une partie, directement.

V. Le principe de la bonne foi (art. 3 al. 2 let. a CPP) et la LLCA : un fondement possible pour des rapports informels confidentiels ?

40 Qu'en est-il alors du droit suisse ? Permet-il de tels échanges ? Les auteurs se sont penchés sur les bases légales actuelles en Suisse, en particulier le CPP et la LLCA[35], afin de déterminer s'il était possible d'en déduire un cadre dans lequel des échanges informels seraient autorisés, voire protégés.

41 A teneur de l'art. 12 LLCA, l'avocat exerce sa profession notamment avec soin et diligence. Selon Chappuis et Gurtner, le soin et la diligence ne sont pas seu-

35 Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 ; RS 935.61.

lement ceux dus à son client, déjà prévus par l'art. 398 al. 2 CO, mais à tous les actes professionnels de l'avocat car ce dernier « *en tant qu'auxiliaire de la justice, doit assurer la dignité de la profession qui est une condition nécessaire au bon fonctionnement de la justice* »[36].

42 La notion « *d'auxiliaire de la justice* » n'est toutefois guère retenue en Suisse. Ainsi, dans un arrêt de principe du 22 février 1980, le Tribunal fédéral a jugé que l'avocat est plutôt un « *collaborateur de la justice* » dans la mesure où il peut être appelé à dénoncer, dans l'intérêt bien compris de son client et de la justice, les manquements et les excès du système judiciaire[37]. A cette occasion, le Tribunal fédéral a dès lors précisé que « *les expressions de ‹ serviteur du droit › et de ‹ collaborateur de la justice › ne signifient pas que l'avocat est, comme le juge, tenu de rechercher la vérité objective et la juste application du droit.* [...] *Mais l'avocat n'est pas un organe étatique et pas non plus l'assistant du juge, mais bien le défenseur des intérêts d'une partie et à ce titre il agit unilatéralement en faveur de son mandant.* »[38]

43 Ces considérations prises en compte, il semblerait, à notre sens, possible de déduire de la clause générale de l'art. 12 LLCA un fondement possible pour définir les droits et obligations de l'avocat lors d'échanges informels avec un magistrat. Selon la jurisprudence, cette disposition représente en effet une clause générale sujette à interprétation, permettant ainsi aux tribunaux de dessiner les devoirs professionnels de l'avocat d'une façon assez libre et étendue, l'énumération exhaustive des devoirs professionnels dans la loi étant impossible[39]. En matière civile, le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé qu'un courrier échangé sous les réserves d'usage ne pouvait pas être déposé en justice, même s'il contenait une révocation à invoquer la prescription[40], consacrant ainsi la portée des réserves d'usage.

44 Selon nous, c'est ainsi à travers cette clause générale de l'art. 12 LLCA qu'il serait possible pour l'avocat, en matière pénale, de déterminer l'équilibre délicat, mais non moins nécessaire, entre la défense nécessaire des intérêts de son client et son devoir général de dignité et de diligence lors de discussions informelles confidentielles avec un magistrat.

36 Chappuis/Gurtner, La profession d'avocat, N. 166.
37 Bohnet/Martenet, Droit de la profession d'avocat, p. 1244 s.
38 ATF 106 Ia 100 = JdT 1982 I 579, p. 582
39 TF du 3.8.2004, 2A.448/2003, c. 7.3; Chappuis/Gurtner, La profession d'avocat, N. 166 ss.
40 ATF 140 III 6. Cf. aussi ATF 144 II 473, c. 4 et 5 relatif à la production en justice d'un enregistrement de discussions tenues sous les réserves d'usage.

Quant au procureur, le fondement est plus compliqué. Ses devoirs sont, en Suisse, 45
que peu réglementés, ce que la doctrine regrette[41]. Il n'en demeure pas moins que le principe de la bonne foi pourrait également être un fondement général au respect d'éventuels échanges informels.

L'art. 3 al. 2 let. a CPP précise en effet que le principe de la bonne foi est applicable 46
en procédure pénale. Selon la jurisprudence, ce principe s'applique tant aux particuliers qu'au ministère public: « *Le principe de la bonne foi, concrétisé à l'art. 3 al. 2 let. a CPP, ne concerne en procédure pénale pas seulement les autorités pénales mais le cas échéant les différentes parties, y compris le prévenu. On déduit en particulier de ce principe l'interdiction des comportements contradictoires.* »[42]

On constate ainsi qu'il existe des bases légales pour fonder une confidentialité des 47
échanges entre professionnels du droit chargés d'une procédure. L'obligation de tenir un procès-verbal, rappelée en début de contribution, ne devrait pas être un obstacle à de tels échanges informels. Elle peut même avoir un effet bénéfique, en s'assurant que ces échanges existent avec tous les représentants des parties et non uniquement avec certains. Le procès-verbal pourrait en effet se limiter à la mention de l'échange, sans en révéler le contenu. Cela semble être d'ailleurs la pratique actuelle de certains procureurs fédéraux.

Reste à savoir si de tels échanges sont souhaitables. A notre sens, ils le sont. Le 48
droit suisse prévoit une justice négociée dans certains cas: classement en cas de réparation du dommage (art. 53 CP et art. 8 al. 2 CPP) et, surtout, procédure simplifiée (art. 358 ss CPP). En envisageant une justice, parfois, négociée, le législateur ne saurait, à notre sens, avoir exclu tout contact informel entre procureurs et avocats.

VI. Conclusion

Nous avons constaté que la France, qui connaît de longue date une tradition 49
d'échanges informels, n'a jamais réglementé formellement la question. En Suisse, à tout le moins en Suisse romande, les échanges informels sont tolérés en pratique. A notre sens, ils sont souhaitables, à condition de se limiter à des échanges informels entre professionnels, sans contact direct avec les parties, avec, le cas échéant, une trace écrite de leur existence, par exemple sous forme de note de dossier. Ils

41 Nicolas Pelaton, La surveillance, p. 188.
42 ATF 143 IV 117, c. 3.2.

doivent en outre respecter l'égalité entre les parties et ne pas exclure un mandataire. Ces contacts permettent ainsi de résoudre des problèmes pratiques, de faire avancer des procédures et, parfois, d'aboutir à des solutions négociées consacrées par le législateur lui-même.

50 Il n'en demeure pas moins que les procureurs risquent d'éviter de plus en plus des contacts informels, pourtant admissibles, de crainte de s'exposer à une requête de récusation. C'est compréhensible, mais dommageable pour le justiciable dès lors que ces contacts informels peuvent reposer, à notre sens, sur des bases légales suffisantes, à savoir les art. 12 LLCa et 3 CPP.