



Original : anglais

N° : ICC-01/09-02/11

Date : 20 juillet 2011

LA CHAMBRE PRÉLIMINAIRE II

Devant : Mme la juge Ekaterina Trendafilova, juge unique

**SITUATION EN RÉPUBLIQUE DU KENYA
AFFAIRE
LE PROCUREUR *c.* FRANCIS KIRIMI MUTHAURA,
UHURU MUIGAI KENYATTA ET MOHAMMED HUSSEIN ALI**

Public

**Décision relative à la question de l'invalidation
de la désignation d'un conseil de la Défense**

Décision à notifier, conformément à la norme 31 du Règlement de la Cour, aux destinataires suivants :

Le Bureau du Procureur

M. Luis Moreno-Ocampo, Procureur
Mme Fatou Bensouda, procureur adjoint

Le conseil de Francis Kirimi Muthaura

M^e Karim A. Khan, M^e Kennedy Ogetto
et M^e Essa Faal

Les représentants légaux des victimes

Les représentants légaux des demandeurs

Les victimes non représentées

**Les demandeurs non représentés
(participation/réparations)**

Le Bureau du conseil public pour les victimes

Le Bureau du conseil public pour la Défense

Les représentants des États

L'amicus curiae

GREFFE

Le Greffier et le greffier adjoint

Mme Silvana Arbia, Greffier
M. Didier Preira, greffier adjoint

La Section d'appui à la Défense

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

La Section de la participation des victimes et des réparations

Autres

Mme la juge Ekaterina Trendafilova, agissant en qualité de juge unique¹ au nom de la Chambre préliminaire II (« la Chambre ») de la Cour pénale internationale (« la Cour »), rend la présente décision relativement à la question de l'invalidation de la désignation M^e Essa Faal (« M^e Faal ») en tant que membre de l'équipe de la Défense de Francis Kirimi Muthaura. Bien que publique, la présente décision fait référence à l'existence et parfois, de façon limitée, au contenu de documents déposés sous la mention « confidentiel, *ex parte*, réservé à l'Accusation et/ou à la Défense » et actuellement traités comme tels. Le juge unique est d'avis que les références faites à ces documents dans la présente décision s'imposent en raison des principes de publicité des débats et de motivation des décisions de justice. De surcroît, ces références ne sont pas incompatibles avec la nature même des documents visés et ont été limitées au strict minimum.

I. Rappel de la procédure

1. Le 8 mars 2011, la Chambre a décidé, à la majorité de ses membres, de citer Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali à comparaître devant la Cour le 7 avril 2011².
2. Le 18 mars 2011, la Chambre a reporté au 8 avril 2011 l'audience de première comparution³, qui a effectivement été tenue ce jour-là.
3. Le 28 juin 2011, le juge unique a ordonné au Procureur et au Greffier de présenter, le 1^{er} juillet 2011 au plus tard, des observations sur un éventuel empêchement à représentation concernant M^e Faal en sa qualité de conseil de la Défense dans le cadre de la procédure dont la Chambre est saisie actuellement⁴. Elle a également

¹ Chambre préliminaire II, Décision portant désignation d'un juge unique, ICC-01/09-02/11-9-tFRA.

² Chambre préliminaire II, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance de citations à comparaître à Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11-1-tFRA.

³ Chambre préliminaire II, Décision fixant une nouvelle date de première comparution, ICC-01/09-02/11-8-tFRA.

⁴ Chambre préliminaire II, Ordonnance enjoignant au Procureur et au Greffier de présenter des observations sur un éventuel empêchement à représentation concernant la Défense, ICC-01/09-02/11-138-Conf-tFRA, p. 4.

ordonné à la Défense de Francis Kirimi Muthaura de déposer, si tant est qu'elle le souhaitât, une réponse le 6 juillet 2011 au plus tard⁵.

4. Le 1^{er} juillet 2011, le Procureur a déposé des observations accompagnées de neuf annexes, dans lesquelles il donnait à la Chambre des informations tendant à prouver qu'il y aurait conflit d'intérêts tant que M^e Faal continuerait de représenter Francis Kirimi Muthaura et que sa désignation serait maintenue (« les Observations du Procureur »)⁶. Le même jour, la Chambre a reçu du Greffe un rapport préparé par la Direction du service de la Cour, récapitulant toutes les actions effectuées sur les documents conservés dans le système TRIM d'archivage des documents (« le Rapport du Greffe »). La Section de l'administration judiciaire a notamment vérifié : a) si M^e Faal avait reçu des notifications par courrier électronique dans le cadre de la situation au Kenya et des affaires en découlant ; b) s'il avait consulté des documents confidentiels ou sous scellés concernant la situation au Kenya et les affaires en découlant ; et c) s'il avait accès en temps réel aux transcriptions des audiences à huis clos⁷.

5. Le 4 juillet 2011, la Défense de Francis Kirimi Muthaura a demandé une augmentation du nombre de pages autorisé pour répondre aux Observations du Procureur⁸. Sa requête a été rejetée le jour même⁹.

6. Le 6 juillet 2011, la Défense de Francis Kirimi Muthaura a répondu aux Observations du Procureur en utilisant une police de caractère inappropriée¹⁰ et, le

⁵ Chambre préliminaire II, Ordonnance enjoignant au Procureur et au Greffier de présenter des observations sur un éventuel empêchement à représentation concernant la Défense, ICC-01/09-02/11-138-Conf-tFRA.

⁶ ICC-01/09-02/11-150-Conf et annexes.

⁷ ICC-01/09-02/11-149-Conf-Exp et annexes.

⁸ ICC-01/09-02/11-154-Conf.

⁹ Chambre préliminaire II, Décision relative à la requête de la Défense aux fins d'augmentation du nombre de pages autorisé en vertu de la norme 37-2 du Règlement de la Cour, ICC-01/09-02/11-155-Conf-tFRA.

¹⁰ ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp et annexes.

7 juillet 2011, le juge unique lui a ordonné « [TRADUCTION] de présenter à nouveau sa réponse [...] le 8 juillet 2011 au plus tard¹¹ ».

7. Le 8 juillet 2011, la Défense de Francis Kirimi Muthaura a présenté à nouveau sa réponse, dans laquelle elle demandait, à titre prioritaire, au juge unique « [TRADUCTION] de rejeter les objections » soulevées par le Procureur dans ses Observations (« la Réponse de la Défense »)¹².

8. Le 12 juillet 2011, le Procureur a demandé par voie de requête l'autorisation de déposer une réplique faisant suite à la Réponse de la Défense, requête qui a été notifiée à la Chambre le 13 juillet 2011 (« la Requête du Procureur aux fins de dépôt d'une réplique »)¹³. Le juge unique y a fait droit le jour même, donnant au Procureur jusqu'au 14 juillet 2011 pour déposer sa réplique¹⁴.

9. Le 14 juillet 2011, la Chambre a reçu ladite réplique (« la Réplique du Procureur » ou « la Réplique »), par laquelle le Procureur lui demandait d'invalidier la désignation contestée de M^e Faal¹⁵.

II. Droit applicable

10. Le juge unique fonde sa décision sur les articles 21-1-a, 21-2 et 21-3 du Statut de Rome (« le Statut »), la règle 22-3 du Règlement de procédure et de preuve, les articles 1, 7-4, 12-1-b, 16-1 et 24-1 du Code de conduite professionnel des conseils (« le Code de conduite ») et la norme 23 *bis* du Règlement de la Cour.

¹¹ Chambre préliminaire II, *Order to the Defence of Francis Kirimi Muthaura on the Re-submission of the Defence Response to the "Prosecution's Request to Invalidate the Appointment of Counsel to the Defence Team"*, ICC-01/09-02/11-161-Conf-Exp.

¹² ICC-01/09-02/11-163-Conf-Exp.

¹³ ICC-01/09-02/11-169-Conf-Exp.

¹⁴ Chambre préliminaire II, *Décision relative à la requête du Procureur aux fins d'autorisation de déposer une réplique faisant suite à la réponse de la Défense à la requête de l'Accusation aux fins d'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense*, ICC-01/09-02/11-170-Conf-tFRA.

¹⁵ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp et annexes.

III. Décision du juge unique

Questions préliminaires

11. Le juge unique rappelle avant tout que c'est à l'initiative de la Chambre que la procédure concernant l'éventuelle invalidation de la désignation de M^e Faal en tant que membre de l'équipe de la Défense de Francis Kirimi Muthaura a été déclenchée. La Chambre entend ainsi préserver l'intégrité des procédures afin qu'elles soient menées de manière équitable et transparente, dans le respect des droits des deux parties en cause. Aussi le juge unique statuera-t-il sur la question à l'examen en gardant à l'esprit cette exigence principale.

12. Compte tenu de cette exigence principale, et avant d'examiner la question au fond, le juge unique souhaite préciser que les parties et participants aux procédures doivent tous se conformer pleinement aux décisions et ordonnances rendues par la Chambre. À cet égard, il rappelle qu'aux termes de la décision par laquelle il a été fait droit à la Requête du Procureur aux fins de dépôt d'une réplique, ladite réplique devait parvenir à la Chambre le 14 juillet 2011 au plus tard.

13. Le juge unique relève que même si le Procureur a déposé le document contenant la Réplique dans les délais, les annexes à celle-ci ont été déposées auprès de la Section de l'administration judiciaire avec 51 minutes de retard. En outre, le Procureur n'a fourni à la Chambre aucune raison justifiant ce retard, contrairement à ce que prévoit la norme 35 du Règlement de la Cour. En l'absence d'une demande motivée de la part du Procureur, le juge unique ne devrait en principe pas tenir compte des annexes en question dans le cadre de son examen final. Toutefois, en raison de l'importance et du caractère délicat de la question à l'examen, le juge unique estime qu'il est essentiel d'analyser l'intégralité des documents déposés afin de bénéficier au préalable d'une vue d'ensemble, ce qui lui permettra de statuer en toute connaissance de cause.

Examen au fond

14. Sur le fond, le juge unique fait remarquer que l'un des éléments clés sur lequel se fonde le Procureur au début de ses Observations est la situation « [TRADUCTION] d'apparence de conflit d'intérêts », qui exige selon lui que la désignation de M^e Faal en tant que conseil de la Défense de Francis Kirimi Muthaura soit « [TRADUCTION] suspendue » ou « [TRADUCTION] invalidée »¹⁶.

15. À cet égard, le juge unique rappelle qu'aux termes de l'article 12-1-b du Code de conduite, un conseil ne représente pas un client dans une affaire s'il « a été lui-même associé à l'affaire ou qu'il a eu accès en qualité de membre du personnel de la Cour à des informations confidentielles concernant l'affaire dans laquelle il cherche à comparaître ».

16. Cette disposition, qui a rang de *lex specialis* en l'espèce, amène donc le juge unique à considérer que la question centrale à l'examen n'est pas tant de savoir s'il existe « une apparence de conflit d'intérêts », mais de déterminer en premier lieu si M^e Faal « a eu accès en qualité de membre du personnel de la Cour à des informations confidentielles concernant l'affaire » dans laquelle Francis Kirimi Muthaura est mis en cause. Dans l'affirmative, M^e Faal ne saurait continuer à représenter Francis Kirimi Muthaura, puisqu'il y aurait certainement un risque de conflit d'intérêts, voire un conflit d'intérêts réel, au sens des articles 7-4, 16-1 et 24-1 du Code de conduite.

17. Les textes fondamentaux de la Cour, y compris le Code de conduite, ne définissent pas la portée de l'expression « a eu accès [...] à des informations confidentielles ». Toutefois, lorsqu'elles ont été saisies de requêtes de nature similaire, les chambres de première instance III et IV ont adopté la norme dite des « informations confidentielles *de minimis* », laquelle exige qu'il soit prouvé que

¹⁶ ICC-01/09-02/11-150-Conf, par. 4 à 8.

l'intéressé « en savait plus¹⁷ » que les informations confidentielles « minimales » concernant l'affaire à l'examen. Les informations sont considérées comme *de minimis* si elles sont « [TRADUCTION] tellement insignifiantes qu'un tribunal peut négliger d'en tenir compte au moment de trancher une question¹⁸ ». Ainsi, pour qu'il soit prouvé, a contrario, que l'intéressé « en savait plus que les informations confidentielles *de minimis* », les faits présentés doivent révéler que l'intéressé a au moins eu connaissance d'informations confidentielles ayant une certaine importance pour l'affaire à l'examen, ce qui amènerait la Chambre à invalider la désignation permanente de l'intéressé auprès de la partie adverse (la Défense). Le juge unique ne voit pas de raison de s'écarter de la jurisprudence de la Cour à cet égard et, partant, adopte la même norme que les autres chambres, telle qu'exposée dans le présent paragraphe.

18. Pour ce qui est des faits présentés par les parties, le juge unique rappelle que dans ses Observations, le Procureur avance, à titre principal, que M^e Faal « [TRADUCTION] a eu un accès continu à des informations confidentielles *ex parte* [...] que l'équipe de la Défense ne pouvait consulter¹⁹ ». Selon le Procureur, M^e Faal a également reçu « [TRADUCTION] des rapports hebdomadaires internes résumant la teneur d'écritures, de décisions et d'audiences confidentielles, et traitant d'autres questions confidentielles²⁰ ».

17. Le juge unique n'est pas convaincu par les arguments du Procureur car au vu de ses observations, de sa réplique et des annexes jointes à celles-ci, rien ne prouve que M^e Faal avait réellement connaissance d'informations confidentielles concernant

¹⁷ Chambre de première instance III, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'invalidation de la désignation d'un consultant juridique auprès de l'équipe de la Défense, ICC-01/05-01/08-769-tFRA, par. 42 ; Chambre de première instance IV, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, ICC-02/05-03/09-168-tFRA, par. 16.

¹⁸ Bryan A. Garner (Dir. pub.), *Black's Law Dictionary*, 7^e édition, 1999, p. 443 [en anglais : « *so insignificant that a court may overlook it in deciding an issue* »] ; voir aussi A. Fellmeth/M. Horwitz, *Guide to Latin in International Law*, OUP, 2009, p. 76.

¹⁹ ICC-01/09-02/11-150-Conf, par. 2, 7 et 10.

²⁰ ICC-01/09-02/11-150-Conf, par. 2 et 15.

l'affaire Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali, ni même d'informations *de minimis*.

19. Ainsi, le Procureur a joint à ses Observations neuf annexes censées étayer ses allégations, dont aucune ne révèle effectivement que M^e Faal ait eu accès à des informations confidentielles concernant *l'affaire*, au sens de l'article 12-1-b du Code de conduite. Au contraire, la plupart des annexes reprennent des échanges entre le procureur adjoint et le chef de la Section d'appui aux conseils ou entre le conseil principal de la Défense et le chef de la Section d'appui aux conseils. Une autre annexe contient une copie de la lettre de démission de M^e Faal.

20. Le juge unique ne dispose au final que de trois annexes semblant présenter un certain intérêt (les annexes A, F et H aux Observations du Procureur). L'annexe A, une déclaration d'un substitut du Procureur, présente des informations concernant une discussion entre le substitut en question et M^e Faal au sujet du « projet d'affaire » et de ses points faibles, informations que le juge unique estime trop générales et non étayées par des faits concrets pouvant révéler que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles en l'espèce. Sur ce point, le juge unique convient avec la Défense qu'un « projet d'affaire » est un document de travail susceptible d'être modifié, et qu'à ce stade de la procédure, la Défense a déjà probablement connaissance des informations que ce projet contenait²¹. Il en va de même pour les annexes F et H aux Observations du Procureur. L'annexe F contient un courrier électronique indiquant que M^e Faal a remplacé le procureur adjoint à la tête de la Division des poursuites pendant trois jours en octobre 2008 et quatre jours en novembre 2010. Cela ne suffit pas en soi à prouver qu'il a eu accès à des informations confidentielles concernant *l'affaire*, au sens de l'article 12-1-b du Code de conduite, dans laquelle Francis Kirimi Muthaura est mis en cause. L'annexe H aux Observations du Procureur reproduit quant à elle le procès-verbal d'une réunion tenue en avril 2010 par la Division des poursuites. Bien qu'il y ait été question de la

²¹ ICC-01/09-02/11-163-Conf-Exp, par. 31 et 32.

situation en République du Kenya, il ressort clairement de l'annexe que M^e Faal n'a pas assisté à cette réunion.

21. En outre, dans sa réplique et les six annexes qui l'accompagnent, le Procureur n'a pas non plus réussi à prouver que M^e Faal en savait plus que les informations confidentielles *de minimis*. Le Procureur s'appuie principalement sur deux annexes comprenant des courriers électroniques dans lesquels deux fonctionnaires du Bureau du Procureur sollicitaient les conseils de M^e Faal. Ces annexes montrent que Mme Cynthia Tai a directement adressé un courrier électronique à M^e Faal, tandis que selon le Procureur, Mme Shyamala Alagendra aurait transféré l'autre à M^e Faal.

22. S'agissant du courrier électronique envoyé par Mme Cynthia Tai, le juge unique constate qu'il fait simplement mention d'une question de droit, se rapportant qui plus est à l'affaire connexe, à savoir *Le Procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, et non pas à la présente affaire. De surcroît, M^e Faal n'a pas répondu au courrier électronique visé, comme l'a reconnu le Procureur²².

23. Pour ce qui est du courrier électronique envoyé par Mme Shyamala Alagendra, le Procureur reconnaît lui-même que « [TRADUCTION] les informations confidentielles qu'[il] contient [...] ne sont manifestement pas cruciales²³ ». Il fait en outre valoir que même si le contenu de ce courrier électronique n'était pas important, les fonctions exercées par M^e Faal et ses relations avec ses collègues montrent qu'il « [TRADUCTION] était inévitablement exposé à des informations confidentielles concernant l'affaire relative au Kenya et consulté à ce sujet²⁴ ». Cette affirmation repose davantage sur une hypothèse que sur une preuve tangible attestant qu'il a eu connaissance d'informations confidentielles concernant l'affaire dans laquelle Francis Kirimi Muthaura est mis en cause.

²² ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp, par. 8.

²³ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp, par. 7.

²⁴ ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp, par. 7.

24. Le Procureur fait par ailleurs valoir que M^e Faal a eu accès à des rapports hebdomadaires comprenant le résumé de deux documents déposés sous la mention « confidentiel, *ex parte* » dans le cadre d'une des affaires relevant de la situation au Kenya. Au vu de l'annexe 3 à la Réplique du Procureur, qui se rapporte aux informations en question, le juge unique constate que le résumé se limite aux procédures concernant des questions liées aux suspects dans l'affaire connexe. Qui plus est, les informations contenues dans ce rapport sont très générales et n'offrent qu'un résumé limité de l'interprétation et de l'application du droit qu'a faites la Chambre préliminaire II dans deux de ses décisions publiques.

25. Le Procureur affirme également que, par principe, un juriste qui quitte ses fonctions au sein du Bureau du Procureur ne devrait pas être autorisé à « [TRADUCTION] immédiatement intégrer l'équipe de la Défense dans le cadre d'une affaire en cours ». En se référant à d'autres systèmes juridiques nationaux et à l'article 21-1-c du Statut, le Procureur fait valoir que la Cour devrait s'inspirer des pratiques en vigueur dans certains systèmes nationaux, prévoyant un certain délai avant qu'une telle personne puisse devenir membre de l'équipe de la Défense.

26. À cet égard, le juge unique considère que le Procureur a tort de se référer ainsi aux principes généraux du droit. L'article 21-1-a du Statut place le Statut, le Règlement de procédure et de preuve ainsi que les Éléments des crimes au sommet de la hiérarchie du droit applicable. Il s'ensuit que les alinéas b) et c) de l'article 21-1 du Statut n'entrent en jeu que lorsque l'alinéa a) ne permet pas de résoudre le problème juridique.

27. Le juge unique considère que les textes fondamentaux de la Cour n'interdisent pas à un fonctionnaire du Bureau du Procureur de devenir membre d'une équipe de la Défense. Ils ne prévoient pas non plus de délai à cet égard. Par conséquent, faute d'interdiction en la matière, l'intéressé est libre de faire ce choix, sous réserve des restrictions prévues par les dispositions existantes des textes fondamentaux, y compris celles du Code de conduite. En outre, même à supposer qu'il y ait un vide

juridique dans le Statut et les règlements, on ne saurait dégager un principe général du droit à partir de l'examen de seulement cinq systèmes juridiques nationaux, dont les pratiques ne sont même pas uniformes.

28. Le problème soulevé par le Procureur, à savoir que « [TRADUCTION] des garanties » devraient être « [TRADUCTION] mises en places [...] au sein d'une structure aussi petite que la Division des poursuites²⁵ », ne saurait justifier qu'une chambre agisse en législateur, en instaurant un délai qui n'est pas prévu par les textes fondamentaux de la Cour.

29. Au vu des Observations du Procureur, de la Réplique et des annexes à celles-ci, ainsi que de la Réponse de la Défense et de ses annexes, le juge unique est d'avis que le Procureur n'a pas prouvé, conformément à la norme applicable, que M^e Faal en savait plus que les informations confidentielles *de minimis*. Cette conclusion est même étayée par le Rapport du Greffe qui montre que même si M^e Faal figurait sur la liste de notification des documents déposés à titre confidentiel, il n'a jamais consulté aucun document confidentiel dans le cadre de l'affaire *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*²⁶. Elle est également étayée par les déclarations de M^e Faal, qui affirme catégoriquement n'avoir eu connaissance d'aucune politique confidentielle en matière d'enquêtes ou de poursuites en l'espèce, ni en connaître l'existence, contrairement à ce qu'allègue le Procureur²⁷. N'ayant aucune raison de « douter de l'intégrité de [M^e Faal] », le juge unique est fondé à « s'appuyer sur les assurances claires données par celui-ci »²⁸.

30. Enfin, le juge unique tient à avertir la Défense que même si M^e Faal peut continuer à exercer ses fonctions dans le cadre de la présente affaire — dès lors que

²⁵ ICC-01/09-02/11-172-Conf, par. 32.

²⁶ ICC-01/09-02/11-149-Conf-Exp et annexes.

²⁷ ICC-01/09-02/11-150-Conf-AnxD1.

²⁸ Chambre de première instance III, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'invalidation de la désignation d'un consultant juridique auprès de l'équipe de la Défense, ICC-01/05-01/08-769-tFRA, par. 45 ; Chambre de première instance IV, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, ICC-02/05-03/09-168-tFRA, par. 22. Cet argument est également avancé par la Défense, ICC-01/09-02/11-163-Conf-Exp, par. 11.

les faits présentés n'étaient pas les allégations du Procureur —, la Chambre reste saisie des questions soulevées dans la présente décision. Si au cours de la procédure la Chambre devait identifier des faits importants, dont elle n'avait pas connaissance au moment du présent examen, révélant que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles, elle n'hésitera pas à invalider sa désignation. Par conséquent, la présente décision ne saurait être considérée comme une carte blanche encourageant des pratiques pouvant nuire à l'intérêt de la justice à l'avenir.

PAR CES MOTIFS, LE JUGE UNIQUE

- a) **rejette** la requête du Procureur ;
- b) **décide** que M^e Faal peut continuer à représenter Francis Kirimi Muthaura dans l'affaire dont celui-ci fait l'objet ;
- c) **demande** au Procureur et à la Défense de Francis Kirimi Muthaura d'indiquer, le **mardi 26 juillet 2011** au plus tard, quelles observations et annexes peuvent être reclassifiées « publiques ».

Fait en anglais et en français, la version anglaise faisant foi.

/signé/

Mme la juge Ekaterina Trendafilova

Juge unique

Fait le mercredi 20 juillet 2011

À La Haye (Pays-Bas)