



Original : anglais

N° : ICC-01/09-02/11 OA 3

Date : 10 novembre 2011

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit :

- Mme la juge Akua Kuenyehia, juge président**
- M. le juge Sang-Hyun Song**
- M. le juge Erkki Kourula**
- Mme la juge Anita Ušacka**
- M. le juge Daniel David Ntanda Nsereko**

SITUATION EN RÉPUBLIQUE DU KENYA

AFFAIRE

***LE PROCUREUR c. FRANCIS KIRIMI MUTHAURA,
UHURU MUIGAI KENYATTA et MOHAMMED HUSSEIN ALI***

Public

Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense rendue le 20 juillet 2011 par la Chambre préliminaire II

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

Le Bureau du Procureur

Mme Fatou Bensouda, procureur adjoint
M. Fabricio Guariglia

Le conseil de la Défense

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

LE GREFFE

Le Greffier

Mme Silvana Arbia

La Chambre d'appel de la Cour pénale internationale,

Saisie de l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, rendue le 20 juillet 2011 par la Chambre préliminaire II et enregistrée le 21 juillet 2011 (ICC-01/09-02/11-185),

Après en avoir délibéré,

Rend à l'unanimité le présent

ARRÊT

- 1) La Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense est infirmée.
- 2) La Chambre préliminaire est invitée à statuer à nouveau, à la lumière du présent arrêt, sur la question de savoir si la désignation de M^e Faal en tant que conseil en l'espèce doit être invalidée.

MOTIFS

I. PRINCIPALES CONCLUSIONS

1. Pour qu'il y ait empêchement à représentation en raison du fait que le conseil a eu, en qualité de membre du personnel de la Cour, « accès à des informations confidentielles » au sens de l'article 12-1-b du Code de conduite professionnelle des conseils, l'intéressé doit avoir eu connaissance de quelque information confidentielle que ce soit concernant l'affaire dans laquelle il souhaite comparaître. Un conseil ne saurait représenter un client en pareilles circonstances, à moins que la chambre compétente ne lève d'abord l'empêchement à représentation.

2. La chambre compétente peut, si elle estime que l'intérêt de la justice le justifie, lever l'empêchement à représentation résultant du fait que le conseil a eu accès en qualité de membre du personnel de la Cour à des informations confidentielles concernant l'affaire dans laquelle il souhaite comparaître. Ce qui relève de « l'intérêt de la justice » doit être apprécié à la lumière de l'ensemble des éléments et

circonstances pertinents en l'espèce. Parmi ces éléments d'appréciation figure, entre autres, la question du caractère *de minimis* des informations confidentielles.

II. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

A. Procédure devant la Chambre préliminaire

3. Si un certain nombre de documents présentés à la Chambre préliminaire en l'espèce étaient classifiés sous la mention « confidentiel » ou « confidentiel, *ex parte* », la Chambre d'appel juge nécessaire de ne faire référence dans le présent arrêt qu'à des écritures qui sont déjà dans le domaine public, soit parce qu'elles ont déjà été déposées sous forme expurgée, soit parce qu'elles ont déjà été citées dans un autre document public. Lorsqu'il existe deux niveaux de classification différents pour un même document, le présent arrêt fait référence à la version publique expurgée.

4. C'est le 17 janvier 2006 que M^e Essa Faal (« M^e Faal ») a intégré le Bureau du Procureur¹, où il a travaillé sur des affaires relevant de la situation au Darfour (Soudan). Le 1^{er} novembre 2007, il a été nommé premier substitut du Procureur pour ces affaires². Il a démissionné de ses fonctions avec prise d'effet au 31 mars 2011³.

5. Le 22 avril 2011, M^e Faal a informé le procureur adjoint qu'il avait intégré l'équipe de la Défense chargée de la présente affaire (« la Défense »)⁴.

6. Le 28 juin 2011, à la suite de la désignation officielle de M^e Faal en tant que coconseil, la Chambre préliminaire, agissant de sa propre initiative, a ordonné aux parties et au Greffier de présenter des observations sur un éventuel empêchement à représentation concernant M^e Faal⁵.

7. Le 1^{er} juillet 2011, comme suite aux instructions de la Chambre préliminaire, le Greffier a déposé un rapport concernant les accès au dossier de l'affaire⁶ (« le Rapport

¹ Voir *Prosecution's Appeal against the "Decision with Respect to the Question of Invalidating the Appointment of Counsel to the Defence (ICC-01/09-02/11-185)"*, 1^{er} septembre 2011, ICC-01/09-02/11-271-Red, par. 6.

² Ibid.

³ Ibid., par. 1.

⁴ Ibid.

⁵ Ordonnance enjoignant au Procureur et au Greffier de présenter des observations sur un éventuel empêchement à représentation concernant la Défense 28 juin 2011, ICC-01/09-02/11-138-Conf-tFRA, p. 4 ; voir aussi Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, 20 juillet 2011, ICC-01/09-02/11-185-tFRA, par. 3 et 11.

⁶ ICC-01/09-02/11-149-Conf-Exp avec annexe 1.

du Greffier »). Le même jour, le Procureur a déposé la requête aux fins d'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense⁷ (« la Requête du Procureur »), dans laquelle il soutenait que la désignation de M^e Faal devait être invalidée en raison d'un conflit d'intérêts⁸.

8. Le 6 juillet 2011, la Défense a déposé une réponse à la Requête du Procureur⁹, qu'elle a présentée à nouveau le 8 juillet 2011¹⁰ (« la Réponse de la Défense »). Elle y priait la Chambre préliminaire de rejeter les objections soulevées par le Procureur contre cette désignation¹¹.

9. Le 14 juillet 2011, le Procureur a déposé une réplique faisant suite à la Réponse de la Défense¹² (« la Réplique du Procureur »), dans laquelle il réitérait que la désignation de M^e Faal devait être invalidée¹³.

10. Le 20 juillet 2011, la Chambre préliminaire a rendu la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense¹⁴ (« la Décision attaquée »), par laquelle elle a décidé que M^e Faal pouvait continuer à représenter Francis Kirimi Muthaura en l'espèce.

⁷ ICC-01/09-02/11-150-Conf avec annexes A à H.

⁸ Voir Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, 20 juillet 2011, ICC-01/09-02/11-185-tFRA, par. 4.

⁹ ICC-01/09-02/11-159-Conf-Exp avec annexes A à H, ainsi qu'une annexe 1 déposée séparément.

¹⁰ ICC-01/09-02/11-163-Conf-Exp.

¹¹ Voir Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, 20 juillet 2011, ICC-01/09-02/11-185-tFRA, par. 7.

¹² ICC-01/09-02/11-172-Conf-Exp avec six annexes.

¹³ Voir Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, 20 juillet 2011, ICC-01/09-02/11-185-tFRA, par. 9.

¹⁴ ICC-01/09-02/11-185-tFRA.

11. Comme suite à la requête du Procureur¹⁵, la Chambre préliminaire l'a autorisé à interjeter appel de la Décision attaquée¹⁶ sur la base des deux moyens suivants :

[TRADUCTION]

1. Un juriste de l'Accusation peut-il, en droit, intégrer une équipe de la Défense intervenant dans le cadre d'une affaire qui était en cours au moment où il travaillait pour l'Accusation [ou] devrait-il être présumé avoir eu accès à des informations confidentielles concernant ladite affaire au sens de l'article 12-1-b du Code de conduite professionnelle ? et

2. Le critère applicable pour déterminer si l'intéressé a eu « accès à des informations confidentielles » au sens de l'article 12-1-b consiste-t-il à examiner s'il en savait plus que les informations confidentielles *de minimis* concernant l'affaire visée¹⁷ ?

B. Procédure devant la Chambre d'appel

12. Le 29 août 2011, le Procureur a interjeté appel de la Décision attaquée (« le Mémoire d'appel »)¹⁸.

13. Le 9 septembre 2011, la Défense a déposé une réponse au Mémoire d'appel¹⁹ (« la Réponse au Mémoire d'appel »).

III. EXAMEN AU FOND

A. Cadre procédural et résumé de la Décision attaquée

14. Dans la Décision attaquée, la Chambre préliminaire a rappelé que c'est de sa propre initiative qu'elle avait déclenché la procédure relative à la présente question, « entend[ant] 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

¹⁵ *Prosecution's Application for Leave to Appeal the "Decision with Respect to the Question of Invalidating the Appointment of Counsel to the Defence"* (ICC-01/09-02/11-185), 26 juillet 2011, ICC-01/09-02/11-195 ; voir aussi *Defence Response to "Prosecution's Application for Leave to Appeal the 'Decision with Respect to the Question of Invalidating the Appointment of Counsel to the Defence' (ICC-01/09-02/11-185)"*, 1^{er} août 2011, ICC-01/09-02/11-207.

¹⁶ Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la Décision relative à la question de l'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense (ICC-01/09-02/11-185), 18 août 2011, ICC-01/09-02/11-253-tFRA (« la Décision autorisant l'appel »).

¹⁷ *Prosecution's Appeal against the "Decision with Respect to the Question of Invalidating the Appointment of Counsel to the Defence (ICC-01/09-02/11-185)"*, 1^{er} septembre 2011, ICC-01/09-02/11-271-Red, par. 15, faisant référence à la Décision autorisant l'appel par. 11.

¹⁸ ICC-01/09-02/11-271-Conf-Exp ; une version publique expurgée du Mémoire d'appel a été déposée le 1^{er} septembre 2011 sous la cote ICC-01/09-02/11-271-Red. Toutes les références au Mémoire d'appel se rapportent à la version publique expurgée.

¹⁹ ICC-01/09-02/11-311 avec annexes A à C.

cause », et précise qu'elle statuera sur la question à l'examen en gardant à l'esprit cette exigence principale²⁰.

15. La Chambre préliminaire a estimé que l'article 12-1-b du Code de conduite professionnelle des conseils exerçant devant la Cour (« le Code de conduite ») avait rang de « *lex specialis* en l'espèce », et a jugé qu'au vu de cette disposition, la question centrale n'était pas tant de savoir s'il existait une « apparence de conflit d'intérêts » — comme le Procureur l'avait avancé — mais de déterminer « si M^e Faal “[avait] 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 cause²¹ ». 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 conduite²² ».

16. Ayant conclu que les textes juridiques de la Cour, y compris le Code de conduite, ne définissaient pas la portée de l'expression « a eu accès à des informations confidentielles » et se fondant sur la jurisprudence des chambres de première instance III et IV²³, la Chambre préliminaire a adopté la norme dite des « “informations confidentielles *de minimis*”, laquelle exige qu'il soit prouvé que l'intéressé “en savait plus” que les informations confidentielles “minimes” concernant l'affaire à l'examen²⁴ ». Après avoir défini les informations « *de minimis* » comme des informations « tellement insignifiantes qu'un tribunal peut négliger d'en tenir compte au moment de trancher une question », la Chambre préliminaire a expliqué que pour qu'il soit établi qu'une personne 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

²⁰ Décision attaquée, par. 11.

²¹ Décision attaquée, par. 14 à 16.

²² Décision attaquée, par. 16.

²³ Voir Chambre de première instance III, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 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, 7 mai 2010, ICC-01/05-01/08-769-tFRA, par. 42 ; Chambre de première instance IV, *Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins d'invalidation de la désignation d'un conseil de la Défense, 30 juin 2011, ICC-02/05-03/09-168-tFRA, par. 16.

²⁴ Décision attaquée, par. 17.

permanente de l'intéressé auprès de la partie adverse (la Défense) »²⁵. La Chambre préliminaire a déclaré qu'elle ferait sienne la norme retenue par les chambres de première instance III et IV, « telle qu'exposée [par le juge unique] dans le présent paragraphe²⁶ ».

17. En appliquant cette norme à l'ensemble des arguments et des preuves présentés par le Procureur, la Chambre préliminaire a commencé par conclure que, dans l'ensemble, « rien ne prouve que M^e Faal avait réellement connaissance d'informations confidentielles concernant l'affaire *Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta et Mohammed Hussein Ali*, ni même d'informations *de minimis*²⁷ ».

18. La Chambre préliminaire a ensuite conclu que ni la Requête du Procureur ni ses neuf annexes ne révélaient que M^e Faal eût « eu accès à des informations confidentielles concernant l'affaire, au sens de l'article 12-1-b du Code de conduite²⁸ ». Elle a jugé que les annexes A, F et H à la Requête du Procureur présentaient un certain intérêt. S'agissant de l'annexe A, une déclaration d'un substitut du Procureur chargé de l'affaire en cause portant sur une discussion qu'il avait eue avec M^e Faal au sujet du « projet d'affaire » et de ses points faibles, la Chambre préliminaire a estimé que les informations qu'elle contenait étaient « trop générales et non étayées par des faits concrets pouvant révéler que M^e Faal [avait] eu accès à des informations confidentielles en l'espèce²⁹ ». La Chambre préliminaire a conclu qu'un « “projet d'affaire” [était] un document de travail susceptible d'être modifié, et qu'à ce stade de la procédure, la Défense [avait] déjà probablement connaissance des informations que ce projet contenait³⁰ ». Elle a ensuite déclaré qu'« [i]l en [allait] de même » pour les annexes F et H³¹. S'agissant de l'annexe F, qui reproduit deux courriers électroniques informant les membres du personnel du Bureau du Procureur que M^e Faal remplacerait le procureur adjoint à la tête de la Division des poursuites pendant quelques jours en octobre 2008 et en novembre 2010, la Chambre

²⁵ Décision attaquée, par. 17.

²⁶ Décision attaquée, par. 17.

²⁷ Décision attaquée, second par. 17. En raison d'une erreur typographique, la Décision attaquée comporte deux paragraphes 17.

²⁸ Décision attaquée, par. 19.

²⁹ Décision attaquée, par. 20.

³⁰ Décision attaquée, par. 20.

³¹ Décision attaquée, par. 20.

préliminaire a conclu qu'elle « ne suffi[sait] pas en soi à prouver [que M^e Faal avait] 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 cause³² ». S'agissant de l'annexe H, qui reproduit le procès-verbal d'une réunion tenue en avril 2010, au cours de laquelle des membres de la Division des poursuites ont discuté de la situation en République du Kenya, la Chambre préliminaire a jugé qu'elle n'était pas convaincante dans la mesure où M^e Faal n'avait pas assisté à la réunion en question³³.

19. La Chambre préliminaire a également conclu, au vu des six annexes jointes à la Réplique du Procureur, que celui-ci « n'a pas non plus réussi à prouver que M^e Faal en savait plus que les informations confidentielles *de minimis*³⁴ ». Selon elle, le Procureur s'est appuyé « principalement sur deux annexes comprenant des courriers électroniques dans lesquels deux fonctionnaires du Bureau du Procureur sollicitaient les conseils de M^e Faal³⁵ ». Elle a constaté que l'un des courriers électroniques faisait simplement mention d'une question de droit se rapportant à l'autre affaire découlant de la situation au Kenya, et que M^e Faal n'y avait pas répondu³⁶.

20. Pour ce qui est du second courrier électronique, la Chambre préliminaire a constaté que « le Procureur reconn[aissait] lui-même que “[TRADUCTION] les informations confidentielles qu'[il] contient [...] ne sont manifestement pas cruciales”³⁷ ». Elle a ensuite relevé que le Procureur avait « en outre » avancé que « même si le contenu de ce courrier électronique n'était pas important », ce courrier prouvait qu'en raison des fonctions exercées par M^e Faal et de ses relations avec ses collègues, il « était inévitablement exposé à des informations confidentielles concernant l'affaire relative au Kenya et consulté à ce sujet »³⁸. La Chambre préliminaire a jugé que cette « affirmation repos[ait] davantage sur une hypothèse que sur une preuve tangible attestant qu'il [avait] eu connaissance d'informations

³² Décision attaquée, par. 20.

³³ Décision attaquée, par. 20.

³⁴ Décision attaquée, par. 21.

³⁵ Décision attaquée, par. 21.

³⁶ Décision attaquée, par. 22.

³⁷ Décision attaquée, par. 23.

³⁸ Décision attaquée, par. 23.

confidentielles concernant l'affaire dans laquelle Francis Kirimi Muthaura est mis en cause³⁹ ».

21. S'agissant d'une autre annexe, un des rapports hebdomadaires du Bureau du Procureur auxquels M^e Faal avait accès qui résumait deux documents déposés sous la mention « confidentiel, *ex parte* », la Chambre préliminaire a conclu ce qui suit : « 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 publiques⁴⁰ ».

22. S'agissant de l'argument de droit par lequel le Procureur a soutenu qu'en principe, un juriste qui quitte ses fonctions au sein du Bureau du Procureur devrait être soumis à un délai de rigueur avant de pouvoir rejoindre la Défense, la Chambre préliminaire a conclu ce qui suit : « 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 égard⁴¹ ». La Chambre préliminaire a ainsi jugé que « faute d'interdiction en la matière, l'intéressé [était] libre de faire ce choix, sous réserve des restrictions prévues par les dispositions existantes des textes fondamentaux, y compris celles du Code de conduite⁴² ». De surcroît, la Chambre a opiné que même en cas de lacune des textes fondamentaux de la Cour, « 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 uniformes⁴³ ».

23. Pour finir, la Chambre préliminaire a conclu que « le Procureur n'[avait] pas prouvé, conformément à la norme applicable, que M^e Faal en savait plus que les informations confidentielles *de minimis*⁴⁴ », conclusion étayée selon elle par le Rapport du Greffier, qui montre que M^e Faal n'a jamais consulté de document confidentiel en l'espèce. La Chambre préliminaire s'est également appuyée sur les

³⁹ Décision attaquée, par. 23.

⁴⁰ Décision attaquée, par. 24.

⁴¹ Décision attaquée, par. 27.

⁴² Décision attaquée, par. 27.

⁴³ Décision attaquée, par. 27.

⁴⁴ Décision attaquée, par. 29.

« déclarations » de M^e Faal qui a affirmé « catégoriquement » n’avoir eu connaissance d’aucune politique confidentielle en matière d’enquêtes ou de poursuites en l’espèce, pour conclure que « [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”⁴⁵ ». La Chambre préliminaire a décidé que M^e Faal pouvait continuer à représenter Francis Kirimi Muthaura en l’espèce⁴⁶.

24. La Chambre préliminaire a indiqué qu’elle resterait saisie des questions soulevées dans la Décision attaquée. Elle a précisé que si elle devait identifier des faits importants, dont elle n’avait pas connaissance au moment de rendre sa décision et qui révéleraient que M^e Faal a eu accès à des informations confidentielles, elle n’hésiterait pas à invalider sa désignation⁴⁷.

B. Arguments soumis par le Procureur devant la Chambre d’appel

25. S’agissant de la première question soulevée en appel, le Procureur avance que la chambre concernée « [TRADUCTION] a commis une erreur en ce sens qu’elle aurait dû révoquer M^e Faal en appliquant une norme objective, et non pas subjective, dans le contexte de l’article 12 du Code de conduite et des obligations que lui impose l’article 64 du Statut de Rome⁴⁸ ».

26. Le Procureur soutient que la Chambre préliminaire a commis une erreur i) en ne tenant pas compte du pouvoir que lui confère l’article 64-2 du Statut d’agir en vue de prendre les mesures nécessaires pour préserver l’équité du procès, et en ne fondant sa décision que sur le Code de conduite⁴⁹ ; et ii) en interprétant l’article 12-1-b du Code de conduite comme exigeant du Procureur qu’il prouve qu’un de ses anciens collaborateurs a effectivement eu connaissance d’informations confidentielles importantes et qu’il s’en souvient⁵⁰, ce qui fait peser sur le Procureur une charge impossible à assumer⁵¹.

⁴⁵ Décision attaquée, par. 29.

⁴⁶ Décision attaquée, p. 13.

⁴⁷ Décision attaquée, par. 30.

⁴⁸ Mémoire d’appel, p. 8.

⁴⁹ Mémoire d’appel, par. 16 et 26 à 30.

⁵⁰ Mémoire d’appel, par. 16.

⁵¹ Mémoire d’appel, par. 19.

27. Le Procureur soutient que la Chambre préliminaire a erronément analysé la question dont elle était saisie comme se rapportant simplement au contrôle à exercer sur l'éthique professionnelle d'un avocat, sans toucher à l'équité du procès, et lui reproche de ne pas avoir retenu une « [TRADUCTION] norme objective »⁵². Il affirme que le critère appliqué par la Chambre préliminaire ne permet de protéger suffisamment ni l'équité de la procédure ni la perception de cette équité⁵³, et « [TRADUCTION] porte atteinte aux intérêts du Bureau du Procureur⁵⁴ ».

28. Le Procureur articule ce moyen en quatre branches. Premièrement, il soutient qu'en raison des méthodes de travail et des caractéristiques du Bureau du Procureur, un substitut peut consulter — et a donc accès à — des informations confidentielles concernant des affaires qui sont en cours à l'époque où il travaille pour cet organe⁵⁵. En outre, après avoir indiqué au préalable que les contrats de travail avec le Bureau du Procureur stipulent que les membres du personnel sont tenus d'accepter que tout ce qui s'y passe est confidentiel⁵⁶, le Procureur renvoie à la règle 101.4 d) du Règlement du personnel, laquelle prévoit expressément que la cessation de service ne dégage pas le fonctionnaire de ces obligations en termes de confidentialité⁵⁷. Deuxièmement, le Procureur soutient que, compte tenu des faits que la Chambre préliminaire a acceptés, elle aurait dû, au moment d'interpréter et d'appliquer l'article 12-1-b du Code de conduite, partir de « [TRADUCTION] la présomption qu'un premier substitut du Procureur en sait plus que les informations confidentielles *de minimis* concernant les affaires qui sont en cours à l'époque où il travaille pour le Bureau du Procureur⁵⁸ ». Troisièmement, le Procureur fait valoir que le Code de conduite « [TRADUCTION] régit l'éthique professionnelle des avocats, mais ne saurait servir de guide en matière d'équité du procès⁵⁹ » et que, même s'il était justifié de s'y référer, ce code n'a pas été correctement interprété⁶⁰. Quatrièmement, le Procureur avance que la Chambre préliminaire n'a pas tenu compte de la nécessité de protéger la procédure contre toute

⁵² Mémoire d'appel, par. 17.

⁵³ Mémoire d'appel, par. 19.

⁵⁴ Mémoire d'appel, par. 20.

⁵⁵ Mémoire d'appel, par. 18 et 21 à 23.

⁵⁶ Mémoire d'appel, par. 5.

⁵⁷ Mémoire d'appel, par. 23.

⁵⁸ Mémoire d'appel, par. 25.

⁵⁹ Mémoire d'appel, par. 27.

⁶⁰ Mémoire d'appel, par. 27, 29 et 30.

apparence d'irrégularité⁶¹. Renvoyant à la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie⁶² (TPIY) et à celle de juridictions des États-Unis⁶³, le Procureur soutient que des affaires telles que celle-ci créent « [TRADUCTION] une apparence d'«empêchement à représentation» et portent atteinte à la perception que l'opinion publique a de la Cour⁶⁴ », et ajoute qu'il est « [TRADUCTION] nécessaire de retenir une norme objective afin de renforcer la confiance du public dans la justice⁶⁵ ».

29. S'agissant de la seconde question soulevée en appel, le Procureur avance que « [TRADUCTION] [l]a Chambre préliminaire a versé dans l'erreur en s'abstenant de conclure que le fait que M^e Faal pouvait consulter des informations confidentielles l'empêchait de représenter la Défense au sens de l'article 12-1-b du Code de conduite⁶⁶ ».

30. Le Procureur reproche à la Chambre préliminaire d'avoir commis deux erreurs, la première « [TRADUCTION] en ajoutant à l'exigence que le conseil ait eu "accès à des informations confidentielles" une condition ne figurant pas dans le Code de conduite, à savoir que l'intéressé doit subjectivement savoir qu'il détient les informations⁶⁷ », la seconde « [TRADUCTION] en exigeant que les informations confidentielles soient suffisamment "importantes"⁶⁸ ». Le Procureur avance que ni l'une ni l'autre de ces exigences ne figure dans le Code de conduite⁶⁹. Pour ce qui est de la connaissance subjective, le Procureur soutient, en se fondant sur une décision du

⁶¹ Mémoire d'appel, par. 31 à 33.

⁶² TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Hadžihasanović et consorts*, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'examen de la décision du Greffier de nommer M. Rodney Dixon comme coconseil de l'accusé Kubura, 26 mars 2002, IT-01-47-PT.

⁶³ *Court of Criminal Appeals of Tennessee*, affaire *State v. Tate*, 20 décembre 1995, 925 S.W.2d 548 ; *Court of Appeals Tennessee*, affaire *Watson v. Ameredes*, 10 décembre 1997, N° 03-A-01-9704-CV-00129, 1997 Tenn. App. LEXIS 884 ; *Court of Appeals for the 3rd Circuit*, affaire *United States v. Miller*, 26 juin 1980, 624 F.2d 1198 ; *Supreme Court of North Dakota*, affaire *Heringer v. Haskell*, 29 août 1995, 536 N.W.2d 362 ; *District Court for the Western District of Tennessee, Western Division*, affaire *Lee v. Todd*, 23 décembre 1982, 555 F. Supp. 628 ; *District Court for the Eastern District of New York*, affaire *Blue Cross and Blue Shield of New Jersey v. Philip Morris, Inc.*, 18 juin 1999, 53 F. Supp. 2d 338.

⁶⁴ Mémoire d'appel, par. 32.

⁶⁵ Mémoire d'appel, par. 33.

⁶⁶ Mémoire d'appel, p. 15.

⁶⁷ Mémoire d'appel, par. 35.

⁶⁸ Mémoire d'appel, par. 35.

⁶⁹ Mémoire d'appel, par. 36.

TPIY⁷⁰ et des décisions de juridictions des États-Unis⁷¹, que c'est un critère de « possibilité » qu'il convient d'appliquer pour déterminer si l'intéressé détenait des informations confidentielles⁷². En ce qui concerne l'« importance » des informations, le Procureur est d'avis qu'une telle exigence a été exclue de l'article 12-1-b du Code de conduite, et lui impose une charge de la preuve irréaliste⁷³.

31. Le Procureur avance que le critère à appliquer dans ces circonstances consiste à déterminer si l'ancien substitut du procureur était dans une position telle qu'il avait « [TRADUCTION] la possibilité de prendre connaissance des informations confidentielles pertinentes⁷⁴ ». Le Procureur est d'avis que dans l'affirmative, l'intéressé devrait être empêché d'intervenir en qualité de conseil dans la même affaire, et ce, sans qu'il soit nécessaire de rien prouver d'autre⁷⁵. Il affirme que la démarche adoptée par la Chambre préliminaire en l'espèce est « [TRADUCTION] infondée en droit et n'offre tout simplement pas le niveau de protection nécessaire⁷⁶ ».

C. Arguments soumis par la Défense devant la Chambre d'appel

32. La Défense soutient que la Décision attaquée ne comporte aucune erreur⁷⁷ et que le « critère objectif » proposé par le Procureur n'est pas fondé en droit⁷⁸.

33. S'agissant de la première question soulevée en appel, la Défense fait remarquer que c'est la Chambre préliminaire elle-même qui a déclenché la présente procédure « [TRADUCTION] afin de préserver l'intégrité des procédures [et de veiller à ce] qu'elles soient menées de manière équitable et transparente⁷⁹ », et qui a introduit la

⁷⁰ TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Hadžihasanović et consorts*, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'examen de la décision du Greffier de nommer M. Rodney Dixon comme coconseil de l'accusé Kubura, 26 mars 2002, IT-01-47-PT.

⁷¹ *Court of Appeals for the 3rd Circuit*, affaire *United States v. Miller*, 26 juin 1980, 624 F.2d 1198 ; *District Court for the Southern District of New York*, affaire *Frontline Communications International, Inc. v. Sprint Communications Company L.P.*, 21 novembre 2002, 232 F. Supp. 2d 281 ; *Court of Appeals for the 2nd Circuit*, affaire *Government of India v. Cook Industries, Inc.*, 13 janvier 1978, 569 F.2d 737 ; *District Court for the District of Connecticut*, affaire *Colorpix Systems of America v. Broan Mfg. Co., Inc.*, 7 février 2001, 131 F. Supp. 2d 331.

⁷² Mémoire d'appel, par. 38 et 39.

⁷³ Mémoire d'appel, par. 35 et 36.

⁷⁴ Mémoire d'appel, par. 41.

⁷⁵ Mémoire d'appel, par. 41.

⁷⁶ Mémoire d'appel, par. 41.

⁷⁷ Réponse au mémoire d'appel, par. 2.

⁷⁸ Réponse au mémoire d'appel, par. 3, 4, 8, 10 et 26.

⁷⁹ Réponse au mémoire d'appel, par. 6.

précaution importante consistant à rester saisie de la question⁸⁰. Elle avance qu’au vu de l’article 21 du Statut, la Chambre préliminaire a eu raison d’appliquer l’article 12-1-b du Code de conduite⁸¹. Elle soutient également que la Chambre préliminaire a correctement interprété cette disposition comme exigeant du Procureur qu’il apporte la preuve que le conseil « [TRADUCTION] avait connaissance d’informations confidentielles ayant une certaine importance pour l’affaire »⁸². Pour la Défense, cette démarche est étayée par la jurisprudence du TPIY et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR)⁸³.

34. Pour ce qui est des arguments concernant les méthodes de travail du Bureau du Procureur, la Défense avance qu’ils doivent être écartés dans la mesure où ils portent sur les faits de l’affaire, dont la Chambre d’appel n’est pas saisie⁸⁴. D’après elle, la norme juridique retenue exigeait simplement « [TRADUCTION] de la partie contestant la désignation d’un conseil qu’elle étaye ses allégations et identifie clairement les informations confidentielles auxquelles l’intéressé aurait eu accès⁸⁵ ». Elle affirme que cette norme n’était pas déraisonnable et que le Procureur n’y a pas satisfait en l’espèce⁸⁶. Elle ajoute que les arguments du Procureur selon lesquels M^e Faal aurait été exposé à des informations confidentielles ne sont pas pertinents et ne sauraient conduire à présumer qu’il en savait plus que les informations confidentielles *de minimis*, dans la mesure où il n’a pas été conclu que l’intéressé a eu accès à quelque information confidentielle que ce soit⁸⁷.

35. S’agissant des arguments du Procureur selon lesquels il convient de protéger la procédure contre toute apparence d’irrégularité, la Défense avance qu’une lecture littérale de l’article 12-1-b du Code de conduite n’exige pas qu’un tel élément soit pris en considération, et qu’il ne saurait y avoir apparence d’irrégularité lorsque rien ne

⁸⁰ Réponse au mémoire d’appel, par. 7.

⁸¹ Réponse au mémoire d’appel, par. 9, 11 et 15.

⁸² Réponse au mémoire d’appel, par. 15 à 17.

⁸³ Réponse au mémoire d’appel, par. 19 et 20, citant respectivement : TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Hadžihasanović et consorts*, Décision relative à la requête de l’Accusation aux fins d’examen de la décision du Greffier de nommer M. Rodney Dixon comme coconseil de l’accusé Kubura, 26 mars 2002, IT-01-47-PT ; et TPIR, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Édouard Karemera et Matthieu Ngirumpatse*, Décision sur la requête urgente pour Matthieu Ngirumpatse aux fins d’annulation de la poursuite et aux fins de mise en liberté immédiate, 11 avril 2011, ICTR-98-44-T.

⁸⁴ Réponse au mémoire d’appel, par. 22, 23 et 25.

⁸⁵ Réponse au mémoire d’appel, par. 23.

⁸⁶ Réponse au mémoire d’appel, par. 24.

⁸⁷ Réponse au mémoire d’appel, par. 28.

prouve que le conseil ait eu accès à quelque information confidentielle que ce soit⁸⁸. Elle soutient en outre que le Procureur ne cite aucune affaire où pareille irrégularité aurait permis d'interdire à un ancien substitut du procureur d'une juridiction internationale d'exercer en tant que conseil de la Défense⁸⁹, et ajoute, s'agissant des affaires relevant du seul système juridique national dont le Procureur fait mention — celui des États-Unis —, que soit elles se distinguent tellement de la présente affaire du point de vue des faits qu'elles en perdent toute pertinence, soit elles ne témoignent d'aucune pratique uniforme en matière d'apparences⁹⁰.

36. À propos de la seconde question soulevée en appel, la Défense soutient que les arguments avancés par le Procureur privent les juges de la Cour de leur fonction d'établissement des faits⁹¹. Elle soutient que le critère de la simple « possibilité » proposé par le Procureur est incorrect dans la mesure où l'article 12-1-b du Code de conduite ne dit rien au sujet des possibilités⁹². La Défense fait valoir qu'étant donné que l'expression anglaise « *privy to* » (rendue par « accès à » dans la version française de l'article 12-1-b du Code de conduite) n'est pas définie, « [TRADUCTION] on doit lui attribuer son sens ordinaire, à savoir “*sharing in the secret of*”⁹³ » (être dans le secret de quelque chose). Elle ajoute que la Chambre préliminaire a eu raison d'adopter la norme des informations *de minimis*, ce choix « [TRADUCTION] reflétant le fait que dans tous les domaines du droit, certains éléments sont tellement insignifiants qu'aucune juridiction ne devrait les prendre en considération » et que par conséquent, cette conclusion ne saurait être erronée⁹⁴. La Défense avance également qu'il ressort de la deuxième phrase de l'article 12-1-b du Code de conduite que la Chambre est tenue de mettre en balance « [TRADUCTION] le droit de l'accusé d'être représenté par un conseil de son choix et le risque que le Bureau du Procureur soit désavantagé par le fait que la Défense ait accès à des informations confidentielles⁹⁵ ».

37. Par ailleurs, la Défense trouve contraire aux principes généraux du droit du travail le fait d'imposer une « [TRADUCTION] clause de non-concurrence », comme

⁸⁸ Réponse au mémoire d'appel, par. 30.

⁸⁹ Réponse au mémoire d'appel, par. 32.

⁹⁰ Réponse au mémoire d'appel, par. 33.

⁹¹ Réponse au mémoire d'appel, par. 35.

⁹² Réponse au mémoire d'appel, par. 36 et 37.

⁹³ Réponse au mémoire d'appel, par. 37.

⁹⁴ Réponse au mémoire d'appel, par. 40.

⁹⁵ Réponse au mémoire d'appel, par. 41.

l'aurait appelé de ses vœux le Procureur en avançant que d'anciens juristes de l'Accusation ne devraient pas pouvoir intégrer une équipe de la Défense pendant une certaine période, qu'il y ait ou non conflit d'intérêts. Elle ajoute que les contrats de travail des juristes du Bureau du Procureur ne prévoient pas de telle restriction⁹⁶.

38. La Défense déclare de plus qu'elle se réserve le droit, si une erreur de droit devait être découverte, de demander à la Chambre d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 12-1-b du Code de conduite de lever tout empêchement à représentation frappant M^e Faal, et ce, dans l'intérêt de la justice⁹⁷.

D. Décision de la Chambre d'appel

1. Interprétation par la Chambre d'appel de la Décision attaquée

39. Comme exposé plus haut, la Chambre préliminaire a commencé par conclure qu'il n'avait pas été prouvé que M^e Faal avait réellement connaissance d'informations confidentielles concernant la présente affaire, « ni même d'informations *de minimis*⁹⁸ ». Cette conclusion donne à penser que pour la Chambre préliminaire, M^e Faal n'avait pas connaissance de quelque information confidentielle que ce soit, pas même d'informations confidentielles *de minimis*. C'est également ce sens que la Défense donne à la Décision attaquée⁹⁹.

40. Toutefois, dans les paragraphes suivants de la Décision attaquée, la Chambre préliminaire tire ensuite au sujet des arguments du Procureur d'autres conclusions qui donnent à penser qu'elle a finalement conclu que M^e Faal avait connaissance de certaines informations confidentielles mais que celles-ci n'étaient rien de plus que des informations *de minimis*.

41. La Chambre d'appel relève qu'à partir du paragraphe 17 de la Décision attaquée, la Chambre préliminaire ne se contente plus de dire que M^e Faal n'avait connaissance de quelque information confidentielle *que ce soit*. Ainsi, après avoir longuement analysé l'expression « avoir accès à des informations confidentielles » comme signifiant « avoir connaissance d'informations confidentielles ayant une

⁹⁶ Réponse au mémoire d'appel, par. 43.

⁹⁷ Réponse au mémoire d'appel, par. 44.

⁹⁸ Décision attaquée, second par. 17.

⁹⁹ Voir Réponse au mémoire d'appel, par. 39.

certain importance pour l'affaire à l'examen »¹⁰⁰, la Chambre préliminaire a conclu que ni la Requête du Procureur ni ses neuf annexes ne révélaient 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 conduite¹⁰¹ » [non souligné dans l'original]. De surcroît, au vu de la Réplique du Procureur et de ses six annexes, la Chambre préliminaire a conclu que le Procureur « n'[avait] pas non plus réussi à prouver que M^e Faal en savait plus que les informations confidentielles *de minimis*¹⁰² ». Après avoir examiné l'ensemble des arguments du Procureur et de la Défense, elle a réitéré la conclusion selon laquelle « le Procureur n'a pas prouvé, conformément à la norme applicable, que M^e Faal en savait plus que les informations confidentielles *de minimis*¹⁰³ ». La Décision attaquée est donc ambiguë sur ce point.

42. À la lumière de ce qui précède, la Chambre d'appel considérera que la Chambre préliminaire a conclu que si M^e Faal avait connaissance de certaines informations confidentielles, celles-ci n'étaient rien de plus que des informations *de minimis*.

2. Les questions soulevées en appel et leur portée

43. La Chambre d'appel rappelle que les questions soulevées en appel sont les suivantes :

[TRADUCTION]

1. Un juriste de l'Accusation peut-il, en droit, intégrer une équipe de la Défense intervenant dans le cadre d'une affaire qui était en cours au moment où il travaillait pour l'Accusation [ou] devrait-il être présumé avoir eu accès à des informations confidentielles concernant ladite affaire au sens de l'article 12-1-b du Code de conduite professionnelle des conseils ? et

2. Le critère applicable pour déterminer si l'intéressé a eu « accès à des informations confidentielles » au sens de l'article 12-1-b consiste-t-il à examiner s'il en savait plus que les informations confidentielles *de minimis* concernant l'affaire visée¹⁰⁴ ?

44. Ces deux questions exigent de la Chambre d'appel qu'elle détermine si la Chambre préliminaire a appliqué la bonne norme de droit pour décider si M^e Faal peut représenter Francis Kirimi Muthaura dans la présente affaire, c'est-à-dire s'il a « eu

¹⁰⁰ Décision attaquée, par. 17.

¹⁰¹ Décision attaquée, par. 19.

¹⁰² Décision attaquée, par. 21.

¹⁰³ Décision attaquée, par. 29.

¹⁰⁴ Mémoire d'appel, par. 15, faisant référence à la Décision autorisant l'appel, par. 11.

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)¹⁰⁵ ». En conséquence de quoi, la Chambre d'appel va examiner conjointement ces deux questions.

3. *Ce qui justifie, en droit, que la Chambre préliminaire statue sur une requête aux fins d'invalidation de la désignation d'un conseil*

45. C'est de sa propre initiative que la Chambre préliminaire a déclenché la procédure qui se rapporte à cette question, « entend[ant] 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 cause¹⁰⁶ ». Elle a décidé, à juste titre, que c'est dans cette optique que serait apprécié le caractère approprié de l'intervention de M^e Faal pour le compte de la Défense dans la présente affaire¹⁰⁷.

46. La Chambre d'appel estime que protéger l'intégrité des procédures — notamment leur équité et leur rapidité dans le contexte précis qui nous occupe — relève nécessairement de la compétence de la Chambre préliminaire et que l'optique adoptée était donc appropriée. La Chambre préliminaire n'a pas expressément cité l'article 64 du Statut comme fondement de sa décision. Cela tient probablement au fait qu'à première vue, cette disposition ne s'applique pas expressément à la Chambre préliminaire. Toutefois, l'esprit des principes fondamentaux qui la sous-tendent — à savoir veiller « à ce que le procès soit conduit de façon équitable et avec diligence, dans le plein respect des droits de l'accusé¹⁰⁸ » et adopter « toutes procédures utiles à la conduite équitable et diligente de l'instance¹⁰⁹ » — se retrouve clairement dans l'optique retenue par la Chambre préliminaire en la matière. Dans la mesure où le Procureur semble suggérer que la Chambre préliminaire a erronément analysé la question dont elle était saisie « [TRADUCTION] comme se rapportant simplement au contrôle à exercer sur l'éthique professionnelle d'un avocat, sans

¹⁰⁵ Décision attaquée, par. 17.

¹⁰⁶ Décision attaquée, par. 11.

¹⁰⁷ Décision attaquée, par. 11.

¹⁰⁸ Article 64-2 du Statut.

¹⁰⁹ Article 64-3-a du Statut.

toucher à l'équité du procès¹¹⁰ », il va à l'encontre du fondement exprès de l'intervention de la Chambre préliminaire.

4. *Pertinence du Code de conduite en l'espèce*

47. Même si la Chambre préliminaire est donc intervenue dans le dessein de protéger l'équité et l'intégrité des procédures, la Chambre d'appel considère qu'elle était tout aussi fondée, pour statuer sur cette question, à prendre en considération le Code de conduite, et plus particulièrement la norme énoncée à son article 12.

48. Le Code de conduite fait partie du droit applicable de la Cour, au sens de l'article 21-1-a du Statut, lequel exige que la Cour applique, en premier lieu, le Statut, les Éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve. La règle 8 du Règlement de procédure et de preuve exige l'élaboration d'un code de conduite professionnelle des conseils. En application de cette règle, l'organe législatif de la Cour, l'Assemblée des États parties, a adopté le Code de conduite par consensus le 2 décembre 2005¹¹¹. Bien que M^e Faal ne soit pas le conseil principal de Francis Kirimi Muthaura, il exerce en l'occurrence devant la Cour en tant que conseil, au sens de l'article premier du Code de conduite, et il est par conséquent lié par ses dispositions.

49. L'article 12-1-b du Code de conduite réglemente spécifiquement les empêchements à représentation découlant du fait qu'un membre du personnel de la Cour a eu accès à des informations confidentielles concernant l'affaire dans laquelle il souhaite comparaître. Il dispose comme suit :

1. Le conseil ne représente pas un client dans une affaire :

[...]

b) 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. La levée de cet empêchement peut toutefois, à la demande du conseil, être ordonnée par la Cour si celle-ci estime qu'elle est justifiée dans l'intérêt de la justice. Le conseil reste cependant

¹¹⁰ Mémoire d'appel, par. 17.

¹¹¹ Résolution ICC-ASP/4/Res.1.

lié par les obligations de confidentialité découlant de sa situation antérieure en qualité de membre du personnel de la Cour.¹¹²

50. Étant donné que le Code de conduite régit directement la situation examinée dans le cadre du présent appel, la Chambre d'appel estime par conséquent que c'est avec raison que la Chambre préliminaire s'est fondée sur ses dispositions pour adopter une norme de nature à garantir l'équité des procédures et la protection de leur intégrité.

51. La Chambre d'appel n'est pas d'accord avec le Procureur en ce qu'il semble considérer que le Code de conduite régit l'éthique professionnelle des avocats, mais ne saurait servir de guide en matière d'équité du procès en l'espèce¹¹³. L'article 12-1-b du Code de conduite interdit à un conseil de comparaître dans une affaire à laquelle il a été associé ou dans le cadre de laquelle il a eu accès à des informations confidentielles, en qualité de membre du personnel de la Cour, le Bureau du Procureur étant l'un des organes de celle-ci¹¹⁴. Le fait qu'un conseil ne puisse comparaître dans ces circonstances mais que la levée de pareil empêchement à représentation soit possible dans l'intérêt de la justice est conforme à la nécessité de veiller à l'équité du procès et de protéger l'intégrité des procédures. En effet, s'assurer qu'une personne peut exercer en tant que conseil, prévenir les conflits d'intérêts, protéger la confidentialité des informations tout en veillant à ce qu'une partie ne soit pas injustement avantagée de ce fait, et respecter les droits de l'accusé sont autant de caractéristiques d'un procès équitable, reflétant également les buts qui ont présidé à la rédaction de l'article 12-1-b du Code de conduite.

a) La condition de connaissance

52. En interprétant et appliquant l'article 12-1-b du Code de conduite sur la base de son sens ordinaire, de son contexte ainsi que de son objet et de son but, la Chambre d'appel conclut que cette disposition exige que le conseil ait eu connaissance d'informations confidentielles concernant l'affaire.

¹¹² Conformément à l'article 12-4 du Code de conduite, l'article 12 « s'applique sans préjudice de l'article 16 » du Code, lequel impose au conseil de « veille[r] avec le plus grand soin à éviter tout conflit d'intérêts » (article 16-1 du Code).

¹¹³ Mémoire d'appel, par. 27.

¹¹⁴ Article 34-c du Statut.

53. Le libellé de cette disposition est clair. Le critère énoncé à l'article 12-1-b du Code de conduite prévoit que le conseil en question « a eu accès à » des informations confidentielles (« *was privy to* » en anglais). Selon le *Shorter Oxford English Dictionary* (cinquième édition) l'expression « *privy to* » signifie « *[s]haring in the knowledge of something secret or private*¹¹⁵ », c'est-à-dire qu'une personne a connaissance d'une information secrète ou privée qui lui a été communiquée. Contrairement à ce que soutient le Procureur, le libellé de l'article 12-1-b vise la situation où un conseil « a eu accès à des informations confidentielles », et non pas celle où il « a eu ou aurait pu avoir » accès à ces informations ou a eu « [TRADUCTION] la possibilité d'avoir connaissance des informations confidentielles pertinentes¹¹⁶ ». Cette disposition, qui doit être interprétée à la lumière du Statut car elle lui est subordonnée, dénote, en matière d'empêchements à représentation et d'équité des procès, un souci de juste équilibre entre les intérêts du Bureau du Procureur, le droit pour un accusé de bénéficier de l'assistance du conseil de son choix (bien qu'il ne s'agisse pas là d'un droit absolu¹¹⁷) et la volonté de ne pas limiter indûment l'avenir professionnel des anciens membres du personnel de la Cour.

54. Le fait qu'il soit exigé que le conseil ait connaissance d'informations confidentielles concernant l'affaire permet clairement aux avocats de savoir s'ils peuvent ou non représenter un accusé. C'est au conseil qu'il incombe au premier chef de s'assurer d'éviter tout empêchement à représentation et/ou conflit d'intérêts, conformément aux obligations professionnelles que lui fait le Code de conduite¹¹⁸. D'abord et avant tout, le conseil ne doit pas s'occuper d'une affaire dans le cadre de laquelle il a eu accès à quelque information confidentielle *que ce soit* en qualité de membre du Bureau du Procureur (sous réserve, comme nous le verrons plus loin, de toute requête aux fins de levée de l'empêchement, habituellement introduite dans l'intérêt de la justice). Le seuil requis par l'article 12-1-b du Code de conduite pour empêcher un conseil de représenter un client est par conséquent peu élevé. Ce n'est pas le cas de la norme plus stricte prévue, par exemple, à l'article 14 c) du code de déontologie en vigueur au TPIY, lequel empêche un conseil de représenter un client

¹¹⁵ *Shorter Oxford English Dictionary, Volume 2 N-Z* (Oxford University Press, cinquième édition, 2002), p. 2351.

¹¹⁶ Mémoire d'appel, par. 41.

¹¹⁷ CEDH, *Croissant c. Allemagne*, arrêt du 25 septembre 1992, requête n° 13611/88 ; CEDH, *Rozhkov v. Russia, Decision*, 5 février 2007, requête n° 64140/00.

¹¹⁸ Voir les articles 12 et 16 du Code de conduite.

« dans une affaire à laquelle il a été personnellement et largement associé, en qualité de membre permanent ou non du personnel du Tribunal », à moins que le Greffier du Tribunal ne juge qu'un conflit d'intérêts paraît exclu¹¹⁹. À la Cour, il n'est pas nécessaire que le conseil ait été personnellement et largement associé à une affaire pour qu'il soit empêché de représenter un client en raison du fait qu'il a eu accès à des informations confidentielles concernant l'affaire. Le conseil doit par conséquent évaluer la situation avec le plus grand soin avant d'accepter de s'occuper d'une affaire.

55. C'est d'autant plus nécessaire que le fait de ne pas appliquer correctement les dispositions concernées peut entraîner les conséquences suivantes : i) révocation du conseil dans l'affaire ; ii) lancement d'une procédure disciplinaire en vertu du Code de conduite, avec comme possible sanction finale l'interdiction définitive d'exercer devant la Cour et la radiation de la liste des conseils (article 42-1-e du Code de conduite) ; et iii) doutes durables sur la réputation professionnelle du conseil (sur son honnêteté et/ou son sens du jugement). Compte tenu de la nature de cette obligation et de ces éventuelles conséquences, la Chambre d'appel s'attend à ce que les conseils pèchent par excès de prudence et soit refusent tout simplement de représenter le client soit, à tout le moins, s'empressent de porter l'affaire devant la Chambre compétente en vertu de l'article de 12-1-b du Code de conduite avant d'accepter de représenter un client s'ils ont le moindre doute concernant l'application de ces dispositions à leur situation.

56. La Chambre d'appel conclut en outre que si le Procureur souhaite contester la désignation d'une certaine personne en tant que conseil, il n'est pas déraisonnable de lui demander de prouver que celle-ci a connaissance d'informations confidentielles concernant l'affaire. Contrairement à ce qu'avance le Procureur, il ne doit pas nécessairement s'agir d'informations dont le conseil se « [TRADUCTION] souvient¹²⁰ » encore ; il suffit de démontrer que ce conseil a eu connaissance par le passé des informations en question.

¹¹⁹ TPIY, Code de déontologie pour les avocats exerçant devant le Tribunal international, adopté le 12 juin 1997 et modifié pour la dernière fois le 22 juillet 2009, IT/125/REV.3.

¹²⁰ Mémoire d'appel, par. 16.

57. De surcroît, la Chambre d'appel rejette l'idée que la norme issue de l'article 12-1-b du Code de conduite fasse peser sur le Procureur une charge de la preuve impossible à assumer. Le Procureur pourrait prouver de plusieurs manières qu'un de ses collaborateurs a eu connaissance d'informations pertinentes dans ces circonstances, en recourant aux méthodes utilisées dans la présente affaire (témoignages d'autres membres du personnel, relevés électroniques des pièces consultées, procès-verbaux de réunions ou listes de distribution électronique), ou même à tout autre moyen acceptable qui lui permettrait d'étayer ses allégations.

58. Les conclusions qui précèdent poussent la Chambre d'appel à rejeter l'argument du Procureur selon lequel il conviendrait d'appliquer en l'espèce une norme dite « objective », en conséquence de laquelle tous les membres du Bureau du Procureur seraient présumés avoir eu accès à des informations confidentielles concernant n'importe laquelle des affaires en cours à l'époque où ils travaillaient pour cet organe (voir la première question soulevée en appel). Rien dans le libellé de l'article 12 du Code de conduite ni même dans aucune autre disposition des textes fondamentaux de la Cour n'indique qu'il devrait être interdit à tout ancien membre du Bureau du Procureur de représenter la Défense — que cette interdiction se limite ou non aux affaires en cours à l'époque où il y travaillait. Au contraire, comme on l'a vu plus haut, l'article 12 du Code de conduite envisage spécifiquement la possibilité que d'anciens membres du personnel de la Cour exercent en tant que conseil, et énonce les considérations dont ils doivent tenir compte. En d'autres termes, le fait pour un juriste d'avoir été associé au Bureau du Procureur n'empêche pas en soi un ancien employé de ce bureau de travailler pour la Défense. À lui seul, le fait qu'une affaire était déjà en cours lorsque le juriste a quitté ses fonctions au sein du Bureau du Procureur ne saurait empêcher l'intéressé d'agir pour la Défense dans cette affaire. Encore faut-il établir l'existence d'un conflit d'intérêts.

59. En outre, la Chambre d'appel relève que les arguments que le Procureur a avancés concernant les méthodes de travail de son Bureau n'ont clairement pas suffi à convaincre la Chambre préliminaire que M^e Faal en savait plus que les informations confidentielles *de minimis* concernant la présente affaire, ni qu'une présomption en ce sens devrait découler des éléments que le Procureur a portés devant la Chambre.

60. De surcroît, s'agissant des arguments avancés par le Procureur concernant les apparences, la Chambre d'appel considère qu'il n'y a pas de risque d'apparence d'irrégularité dans des circonstances où le conseil a conclu sans équivoque qu'il n'a pas été associé à l'affaire, n'a pas eu accès à quelque information confidentielle que ce soit la concernant et n'est aux prises avec aucun conflit d'intérêts ; le Procureur n'a pas non plus prouvé que le conseil était frappé d'un tel empêchement à représentation. Autrement dit, faute d'informations supplémentaires, on ne saurait conclure qu'une apparence d'irrégularité résulte du simple fait que le conseil a travaillé pour le Bureau du Procureur, indépendamment des circonstances.

61. Il convient également de remarquer que la norme invoquée par le Procureur ne se retrouve pas dans la pratique internationale et qu'en outre, rien ne suggère ou ne prouve qu'une telle norme serait assimilable à un principe ou à une règle du droit international (voir l'article 21-1-b du Statut). Même dans l'affaire *Hadžihasanović*, sur laquelle se fonde le Procureur, il est expressément indiqué que « le simple fait qu'une personne ait travaillé par le passé pour l'Accusation ne justifie pas qu'elle soit empêchée d'exercer ultérieurement les fonctions de conseil de la Défense¹²¹ ».

62. La Cour possède son propre cadre juridique, et celui-ci régit les questions soulevées dans le cadre du présent appel, telles qu'exposées plus haut. On ne saurait, dans les circonstances actuelles, lui substituer la pratique d'autres cours et tribunaux. Dans ce contexte, la Chambre d'appel relève que le Procureur n'explique pas pourquoi il se fonde sur la jurisprudence d'un seul système national (celui des États-Unis). Il ne fait pas valoir que l'article 21-1-c du Statut s'applique dans les circonstances actuelles ou que la jurisprudence invoquée doive être considérée comme établissant un principe général du droit « dégag[é] par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde », au sens de l'article précité. Par conséquent la Chambre d'appel ne trouve pas que la jurisprudence citée soit utile dans le cadre du règlement des questions soulevées par le présent appel.

¹²¹ TPIY, Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Hadžihasanović et consorts*, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'examen de la décision du Greffier de nommer M. Rodney Dixon comme coconseil de l'accusé Kubura, 26 mars 2002, IT-01-47-PT, par. 53.

63. La Chambre d'appel prend note de l'argument du Procureur selon lequel en vertu de leur contrat de travail et du Règlement du personnel, les membres de son Bureau sont tenus de reconnaître que tout est confidentiel au sein du Bureau du Procureur et de respecter cette confidentialité¹²². Or cet argument n'est d'aucune aide au Procureur dans le contexte actuel, où il faut déterminer si un conseil a eu accès à des informations confidentielles « concernant l'affaire dans laquelle il cherche à comparaître », et non pas à des informations confidentielles de manière plus générale. La troisième phrase de l'article 12-1-b du Code de conduite énonce clairement que même si la Cour lève l'empêchement à représentation, le conseil « reste cependant lié par les obligations de confidentialité découlant de sa situation antérieure en qualité de membre du personnel de la Cour ».

64. Par conséquent, s'agissant de cet aspect de l'appel, la Chambre d'appel conclut que pour qu'il y ait empêchement à représentation en raison du fait que le conseil a eu « accès à des informations confidentielles » en qualité de membre du personnel de la Cour, au sens de l'article 12-1-b du Code de conduite, il faut que le conseil ait eu connaissance d'informations confidentielles concernant l'affaire dans laquelle il cherche à comparaître.

b) Norme des informations « *de minimis* »

65. La Chambre d'appel rappelle que la Chambre préliminaire a nuancé l'exigence que le conseil ait eu « accès à des informations confidentielles » en précisant que les informations confidentielles devaient avoir « une certaine importance¹²³ ». La Chambre d'appel ne peut se rallier à cette interprétation. L'expression « a eu accès à des informations confidentielles » est claire et sans ambiguïté. Il n'est ni nécessaire ni opportun de la nuancer. Exiger que l'intéressé en sache « plus » que les informations confidentielles « *de minimis* » ou que ces informations aient « une certaine importance » revient à modifier le sens ordinaire de cette expression.

66. Dès lors qu'il a été conclu qu'un conseil a eu accès à quelque information confidentielle que ce soit concernant l'affaire dans laquelle il cherche à comparaître, il y a empêchement justifiant révocation conformément à l'article 12-1-b du Code de conduite, à moins qu'un tel empêchement ne soit levé en vertu de la deuxième phrase

¹²² Mémoire d'appel, par. 5 et 23.

¹²³ Décision attaquée, par. 17.

du même article. La Chambre préliminaire a eu tort de ne pas adopter une telle optique. En d'autres termes, la Chambre préliminaire aurait dû, sans gloser sur l'expression « informations confidentielles », adopter une norme juridique permettant de déterminer i) si le conseil a eu connaissance de quelque information confidentielle que ce soit concernant l'affaire et ii) le cas échéant, si l'intérêt de la justice commandait néanmoins d'autoriser le conseil à représenter l'accusé.

67. Une telle optique présente également l'avantage d'exiger du conseil qu'il se présente devant la Chambre pour demander la levée de l'empêchement concernant toute information confidentielle dont il a pris connaissance dans le cadre de l'exercice de ses fonctions précédentes, au lieu de l'obliger à déterminer lui-même s'il s'agissait en fait d'informations « *de minimis* » et à décider unilatéralement d'en informer ou non la Chambre. La Chambre d'appel souligne que les conseils devraient pécher par excès de prudence en portant à l'attention de la Chambre concernée toute information concernant l'affaire qui pourrait être considérée comme confidentielle. Sans qu'il soit opportun, dans le contexte du présent appel, de donner une définition exhaustive de ce qui constitue une « information confidentielle », précisons que les conseils devraient comprendre que cette notion englobe en principe les évaluations menées en interne concernant les points forts et les points faibles d'une affaire donnée. La Chambre d'appel rappelle à cet égard la règle 81 du Règlement de procédure et de preuve, laquelle énonce que « [l]es rapports, mémoires et autres documents internes établis par une partie, ses assistants ou ses représentants dans le cadre de l'enquête ou de la mise en état de l'affaire n'ont pas à être communiqués ».

68. La Chambre d'appel considère que normalement, l'existence d'un conflit d'intérêts sera présumée une fois établie la connaissance d'une information confidentielle, car l'une découle généralement de l'autre. Le devoir de confidentialité envers l'ancien employeur, si on l'oppose au devoir de représenter le client actuel, risque d'aboutir à un conflit d'intérêts. Toutefois, il existe des circonstances caractérisées par l'absence de tout réel conflit d'intérêts ou autre empêchement à représentation. La deuxième phrase de l'article 12-1-b du Code prévoit expressément cette possibilité en disposant que la levée de l'empêchement à représentation peut être ordonnée par la Cour en application de cet article « à la demande du conseil » et « si celle-ci estime qu'elle est justifiée dans l'intérêt de la justice ».

69. Ce large pouvoir d'appréciation que l'article 12-1-b du Code confère à la Chambre est là encore conforme à la principale responsabilité qui consiste à veiller au déroulement équitable de l'ensemble de la procédure. Dans l'abstrait, il est impossible de définir de manière exhaustive ce qui pourrait être dans « l'intérêt de la justice » : cela dépend de l'ensemble des éléments et circonstances caractérisant l'affaire considérée. Toutefois, la Chambre d'appel note que la nature même des informations confidentielles peut être un des éléments à prendre en considération. Si elles sont « *de minimis* » — au sens de la définition que donne le *Black's Law Dictionary* de ce terme, à savoir « [TRADUCTION] tellement insignifiant[es] qu'un tribunal peut négliger d'en tenir compte au moment de trancher une question ou une affaire¹²⁴ » — cela pourrait bien constituer un élément de nature à convaincre la Chambre qu'il est dans l'intérêt de la justice d'autoriser le conseil en question à représenter l'accusé.

70. Cependant, il se peut que la question de savoir si l'information est de nature « *de minimis* » ne soit qu'un des éléments qu'une chambre pourrait vouloir prendre en considération au moment de décider s'il est dans l'intérêt de la justice que le conseil en question représente l'accusé compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'affaire concernée. Parmi les autres éléments susceptibles d'être pris en compte à ce titre, on pourrait mentionner les droits de l'accusé, la position du conseil au sein de l'équipe de la Défense, ainsi que des considérations relatives à l'équité générale ou à l'apparence d'irrégularité dans le cadre de la procédure découlant, dans les circonstances spécifiques, du fait que le conseil a eu connaissance d'informations confidentielles concernant l'affaire.

IV. MESURES APPROPRIÉES

71. Dans le cadre d'un appel formé en vertu de l'article 82-1-d du Statut, la Chambre d'appel peut confirmer, infirmer ou modifier la décision attaquée (règle 158-1 du Règlement de procédure et de preuve). Ayant conclu que la Chambre préliminaire a appliqué une norme juridique incorrecte aux faits de la présente affaire, la Chambre d'appel considère qu'il y a lieu dans les circonstances particulières de l'espèce d'infirmer la Décision attaquée.

¹²⁴ B. A. Gardner (Dir. pub.), *Black's Law Dictionary*, West Group, 8^e édition, 2004, p. 464 : « *so insignificant that a court may overlook it in deciding an issue or case* ».

72. La Chambre d'appel rappelle le caractère ambigu que revêt la Décision attaquée sur la question de savoir si M^e Faal avait ou non connaissance de quelque information confidentielle que ce soit¹²⁵. Dans ces circonstances, la Chambre préliminaire est invitée à décider à nouveau à la lumière du présent arrêt s'il convient d'invalidier la désignation de M^e Faal. Elle devra d'abord vérifier si M^e Faal a eu connaissance de quelque information confidentielle que ce soit. Dans l'affirmative, elle devra décider s'il est néanmoins dans l'intérêt de la justice qu'il fasse partie de l'équipe de la Défense. Sur ce point, la Chambre d'appel prend note du paragraphe 44 de la Réponse au Mémoire d'appel, dans lequel la Défense déclare que dans l'éventualité où la Chambre d'appel découvrirait une erreur de droit, « [TRADUCTION] elle se réserv[ait] le droit de demander à la Chambre d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 12-1-b du Code de conduite de lever tout empêchement à représentation frappant M^e Faal, et ce, dans l'intérêt de la justice¹²⁶ ».

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

/signé/

Mme la juge Akua Kuenyehia
Juge président

Fait le 10 novembre 2011

À La Haye (Pays-Bas)

¹²⁵ Voir plus haut, par. 39 et 40.

¹²⁶ Réponse au Mémoire d'appel, par. 44.