



Original : français

N° : ICC-01/04-01/07
Date : 18 décembre 2009

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II

Composée comme suit : M. le juge Bruno Cotte, juge président
Mme la juge Fatoumata Dembele Diarra
Mme la juge Christine Van den Wyngaert

SITUATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
AFFAIRE
LE PROCUREUR c. GERMAIN KATANGA ET MATHIEU NGUDJOLO CHUI

Public

Instructions sur la manière d'approcher des tiers utiles aux enquêtes de la Défense

Ordonnance 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
M. Éric MacDonald, premier substitut du Procureur

Le conseil de Germain Katanga

M^e David Hooper
M^e Andreas O'Shea

Le conseil de Mathieu Ngudjolo Chui

M^e Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
M^e Jean-Pierre Fofé Djofia Malewa

Les représentants légaux des victimes

M^e Fidel Nsita Luvengika
M^e Jean Louis Gilissen

Les représentants légaux des demandeurs

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

Mme Silvana Arbia

La Section d'appui à la Défense

Autres

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

Maria Luisa Martinod-Jacome

La Section de la participation des victimes et des réparations

Mme Fiona Mckay

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE II de la Cour pénale internationale (« la Chambre »), conformément aux articles 67 et 68 du Statut de Rome (« le Statut ») et aux règles 87, 88 et 134-1 du Règlement de procédure et de preuve (« le Règlement »), formule les instructions suivantes.

I. Contexte

1. Le 28 août 2009, le Procureur a présenté une requête demandant à la Chambre d'ordonner des mesures de protection pour les témoins 2, 12, 28, 30, 132, 157, 159, 160, 161, 166, 219, 233, 238, 249, 250, 267, 268, 279, 280, 287, 323 et 353 qu'il entend faire témoigner au procès¹. Le Procureur souhaitait en effet que l'identité des 22 témoins précités ne soit pas révélée au public durant les procédures, soit en raison de leur participation au Programme de protection de la Cour (« le Programme de protection »), soit en raison de leur vulnérabilité². Il sollicitait de la Chambre que, lors de leur déposition à l'audience, ils soient désignés par un pseudonyme et que la retransmission de leur voix et de leur image fasse l'objet d'altérations. Il demandait également que les parties de témoignage pouvant conduire à les identifier en dépit des mesures prises se déroulent à huis clos. Des mesures additionnelles étaient en outre sollicitées pour les victimes de violences sexuelles afin qu'elles soient autorisées à déposer depuis l'extérieur de la salle d'audience au moyen d'un circuit de télévision fermé et à être accompagnées par une personne de confiance³. Enfin, afin de se conformer à la règle 87-2-c du Règlement, le Procureur proposait à la Chambre un aménagement de la notification desdites mesures de protection aux témoins concernés⁴.

¹ Bureau du Procureur, Requête de l'Accusation demandant l'adoption de mesures de protection aux termes des règles 87 et 88 pour certains témoins cités à comparaître par l'Accusation, 28 août 2009, ICC-01/04-01/07-1440.

² Ibid., par. 2 et 4.

³ Ibid., par. 5 à 6.

⁴ Ibid., par. 7.

2. Le 23 novembre 2009, la Chambre a rendu une ordonnance répondant à la requête précitée et elle a, à cette occasion, notamment interdit à la Défense et aux représentants légaux des victimes de révéler à un tiers l'identité de témoins qu'elle a entendu faire bénéficier de mesures de protection.

3. Le 2 décembre 2009, la Défense de Mathieu Ngudjolo a saisi la Chambre d'une demande d'instruction sur la manière dont elle pourrait approcher des tiers utiles à ses enquêtes en appelant son attention sur le fait qu'elle ne pouvait exclure qu'à cette occasion soit révélée l'identité de témoins protégés⁵ (« la Requête de Mathieu Ngudjolo »). Elle fait ainsi valoir que :

[...] Soucieuse [...] de ne pas violer l'interdiction de la Chambre, la Défense voudrait être guidée par Elle sur l'attitude à adopter désormais pour recueillir des éléments utiles à la défense des intérêts de Mathieu Ngudjolo chaque fois qu'ils auraient trait à un des témoins visés par l'interdiction susdite.

[...] Pour prendre un cas de figure, il peut arriver que la Défense ait des indications qui montrent que tel témoin n'a pas dit la vérité sur la fonction qu'il exerçait pendant la période infractionnelle, fonction qui est déterminante dans son témoignage. Pour le vérifier, la Défense devra approcher le service compétent qui lui demandera certainement le nom de la personne dont elle veut obtenir des renseignements. La Défense demande à la Chambre de lui donner des instructions précises sur la manière dont elle doit procéder pour réaliser cette vérification⁶.

4. Par courriel du 4 décembre 2009, la Chambre a demandé à l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins (« l'Unité ») de lui soumettre dès que possible un rapport sur la Requête en raison de l'urgence que la Défense de Mathieu Ngudjolo attachait à la résolution du problème soulevé. Le 9 décembre 2009, consciente de l'importance de cette question, la Chambre a en outre sollicité, par courriel, les observations des parties et des participants sur la Requête, après avoir demandé à la Défense de Mathieu Ngudjolo d'en déposer une version publique expurgée. Elle a reçu, le 11 décembre 2009, les observations du représentant légal du groupe principal des

⁵ Défense de Mathieu Ngudjolo, requête de la Défense en vue d'obtenir de la Chambre des instructions précises sur la manière d'approcher des tiers qui lui sont très utiles en vue du recueil des éléments à décharge et des éléments pouvant décrédibiliser certains témoins du Procureur, 2 décembre 2009, ICC-01/04-01/07-1702-Conf-Exp ; Voir aussi la version publique expurgée du 8 décembre 2009, ICC-01/04-01/07-1702-Red.

⁶ ICC-01/04-01/07-1702-Red, par. 6 et 7.

victimes⁷ et celles du Procureur⁸. La Défense de Germain Katanga n'a, pour sa part, déposé aucun document dans les délais impartis par la Chambre.

5. Le représentant légal des victimes fait essentiellement valoir que « ce n'est pas tant la communication en soi à un tiers de l'identité d'un témoin qui pose difficulté, mais la communication à un tiers de l'identité d'une personne protégée dont le tiers pourrait comprendre que cette personne sera appelée à comparaître devant la Cour. »⁹ Après s'être référé à une décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour le Rwanda, il souligne que « si la Chambre venait à permettre à la Défense, pour les besoins de ses enquêtes, de révéler l'identité des témoins et victimes protégées à des tiers, cela devrait se faire en telle sorte que cela ne pourrait en aucune circonstance conduire le tiers à pouvoir déduire que la personne dont l'identité est révélée sera entendue comme témoin devant la Cour, ou plus largement collabore avec la Cour. »¹⁰ Il relève également qu'« au vu des risques encourus par les témoins et victimes protégés tels qu'établis en l'espèce par la Chambre, il conviendrait que la Défense informe, au préalable et en détail, la Chambre des démarches qui pourrait amener la Défense à divulguer à des tiers l'identité de ces personnes protégées. Une telle exigence permettra à la Chambre d'évaluer plus précisément le risque encouru par les personnes protégées et, le cas échéant, les mesures qui s'imposent en vue de protéger leur sécurité, bien-être physique et psychologique, et le respect de leur vie privée conformément à l'article 68 du Statut. »¹¹ Il rappelle enfin que la Chambre dispose à tout moment de la faculté de consulter l'Unité¹².

⁷ Représentant légal des victimes, Observations du Représentant légal du groupe principal des victimes sur la requête de la Défense de Mathieu Ngudjolo Chui visant à obtenir de la Chambre des instructions sur la manière d'approcher des tiers quant à certains témoins à charge (article 64(2) et 68(1) et (3) du Statut), 11 décembre 2009, ICC-01/04-01/07-1719.

⁸ Bureau du Procureur, *Observations regarding the disclosure of the identity of Prosecution witnesses to third parties*, 11 décembre 2009, ICC-01/04-01/07-1720-Conf-Exp et ICC-01/04-01/07-1720-Red (version publique expurgée).

⁹ ICC-01/04-01/07-1719, par. 9.

¹⁰ Ibid., par. 12.

¹¹ Ibid., par. 13.

¹² Ibid., par. 14, 15 et 16.

6. Après avoir rappelé que la situation d'insécurité existant actuellement en République démocratique du Congo milite contre la divulgation de l'identité des témoins à des tiers, le Procureur formule plusieurs propositions, dans l'hypothèse où une telle divulgation s'avèrerait particulièrement nécessaire à la préparation du cas de la Défense. Ainsi suggère-t-il :

[...] First, disclosure of the witness's identity to a third party must be directly and specifically necessary for the preparation and the presentation of the Defence's case.

Second, because of the ever-present risk of compromising the witness's safety, the Defence must obtain, in advance of disclosing confidential information to third parties, the advice from the Victims and Witnesses Unit ("VWU") on whether it is safe to do so and the manner in which this must be done. For these purposes, the VWU should obtain all relevant information from the Defence, including the identity of the third parties, in order to update its risk assessment of Prosecution witnesses. The VWU should be directed to give its advice on the basis of a Court-wide agreed standard for witness protection. If the VWU does not advise the requested disclosure, the Defence may make an application to the Chamber, ex parte, but may not disclose the witness's identity unless the Chamber expressly approves the request.

Third, the Prosecution requests a standing order from the Chamber directing the Defence to not reveal to third parties that the person about whom they are seeking information is a witness for the Prosecution or is involved in any way in a case before the ICC. The Defence should also be instructed to avoid any mention of the fact that the information is being solicited for a matter pertaining to the ICC.

Fourth, the Defence should be directed to inform the Prosecution of the fact that they have disclosed a Prosecution witness's identity to third parties. This is to enable the Prosecution to update its own risk assessment of Prosecution witnesses and to comply with its statutory duty to protect witnesses by taking extra measures to monitor the security of the witness involved.

Fifth, the Defence should maintain a logbook in which is recorded each instance in which a witness's identity has been disclosed. This logbook should also contain the name and the particulars of the person to whom it was disclosed, as well as the date on which this occurred. All other relevant information should also be included. The purpose of this logbook would be two-fold: (1) In case the security of a witness would be compromised, the Chamber could have access to relevant information regarding the persons to whom the witness's identity was disclosed and (2) the Chamber would be able to identify the instances in which the witness's identity has been disclosed. This log should be available to the Chamber, upon request, on a confidential ex parte basis.

Sixth, the Defence should generally be directed to provide the Chamber, the Prosecution and the VWU with any information in its possession that is relevant to the assessment of a risk to victims and witnesses. The information provided to the Prosecution may in this case be limited to Prosecution witnesses of whom they have disclosed the identity to a third party. This is to

*enable all organs of the Court to comply with their respective duties to protect victims and witnesses.*¹³

7. L'Unité a fait parvenir ses observations par courriel le 15 décembre 2009. Elles ont été transmises aux participants, à l'initiative de la Chambre, le 16 décembre 2009.

L'Unité a formulé les propositions suivantes :

On a preliminary note, the VWU stresses that the risk for any witness will increase with the number of individuals having access to information about the witness. It is for this reason that the VWU has consistently advised that exposure of witnesses should be restricted to the extent possible. In particular where witnesses are in need of and benefit from protective measures such as the ICCPP or procedural protective measures, it remains of paramount importance that as a general rule their identities are not disclosed to third parties. In this context, it is important to note that the VWU operates under constraints which mainly result from the fact that the Court does not have the support structures which domestic judicial bodies have to provide for these protection measures. Therefore, confidentiality remains one of the key ingredients of the Court's effective system of protection. For this reason, the Victims and Witnesses Unit reiterates the importance of maintaining confidentiality and applying good practices within any Court operation: Any party or participant interacting with witnesses should avoid exposing witnesses' identities to the extent possible and thus minimizing the risk for this individual from the outset.

As already noted by the defence, the investigative activities relating to Prosecution witnesses might expose those witnesses and make their identity known to third parties. This could include individuals with malicious intent. Without knowing who or how the Defence intends to approach for the proposed background investigations, the VWU is not in a position to specifically evaluate the risk to each individual. The VWU strongly advises against a "blanket" approach of authorizing the disclosure of the identities of numerous witnesses for the general purposes of conducting background investigations. Instead, the VWU advises that any disclosure should be targeted to achieve a particular line of inquiry of the Defence and consequently restricted to the extent possible. The VWU strongly advises that alternative modes of investigation are scrutinized which prevent the disclosure of the identities of witnesses to third parties, in particular where the concerned witnesses are participants in the ICCPP.

An additional area of concern relates to vulnerable witnesses. These witnesses may develop stress symptoms if they learn about the investigative activities of the other party as they may have difficulties to fully understand the process of investigations of the other party. In particular, where the defence may ask family members, this can be perceived as "going after the witness" and consequently increase their perceived level of risk. For this reason, it is recommended to consider reminding witnesses that the defence may legitimately contact specific person and that the Court has authorized the defence team to do so, subject to the ruling of the Chamber on this matter. The VWU also wishes to draw to the attention of the Trial Chamber another area of concern in this regard. Many vulnerable witnesses who participate in the ICCPP (for example former child soldiers) already have troubled relationship with their families and communities. If defence investigations are not mindful of those dynamics, they could impact negatively on their family relationships and make it more difficult for them to eventually return to their community if they wish to do so.

As requested by the Chamber, should the Chamber authorise the disclosure of witnesses' identities, as a minimum requirement, the VWU recommends adhering to the following guidelines during the investigative activities in addition to the implementation of good practices:

¹³ ICC-01/04-01/07-1720-Red, par. 13 à 18 (notes de bas de page omises).

To the extent possible, the questions by the defence do not disclose a witness's involvement with the Court. Should this be unavoidable, no details are given regarding the specific role of the person with the Court, i.e. avoid referring to the person as a witness of a specific party. Should any such disclosure take place, the third party is clearly informed about the confidential nature of such information and instructed not to disclose this information any further. It is advised that the third person acknowledges this in writing.

No inquiries are made relating to the current location of the witnesses. Should the Defence happen to become aware of the location of an ICCPP witness, the VWU Protection Officer is informed as soon as possible.

The Defence keeps a record of all circumstances surrounding the disclosure, including the identities of the third persons, the explanations on confidentiality and the purposes of disclosure. Such records could be made accessible to the VWU if required.

If the Defence intends to speak with family members of any witness, the VWU is informed and consulted prior to initiating contact with those individuals. This is of particular relevance in case of vulnerable witnesses.

Having said that and in light of the neutral role of the VWU, it does not fall within the mandate of the VWU to restrict the investigative activities of any party or participant. Notwithstanding the right of the defence to conduct their investigations independently, the defence team is invited to discuss their specific approaches concerning individual cases with the VWU. This would allow the VWU to evaluate, in a joint effort with the defence, the risk for the individual witness regarding the investigative activities and to explore whether the suggested approach respects good practices and the above mentioned guidelines appropriately. The VWU proposes to inform the Chamber where it cannot reach an agreement with the defence on the appropriate way to conduct the background investigations.

8. Le 16 décembre 2009, la Défense de Germain Katanga a sollicité de la Chambre l'autorisation de déposer une réplique aux écritures du Procureur et du Représentant légal des victimes, en soulignant qu'elle était préoccupée par leur teneur (« la Requête de Germain Katanga »)¹⁴.

9. La Chambre tient à souligner qu'elle ne saurait autoriser la Défense de Germain Katanga à déposer ses observations, sous forme de réplique, alors qu'elle n'a pas saisi l'opportunité qu'elle lui avait donnée, en temps voulu, de répondre à la Requête de Mathieu Ngudjolo. La Chambre constate qu'elle n'a pas non plus demandé un report du délai qui lui avait été imparti pour présenter ses observations sur ladite Requête. Elle ne peut dès lors que rejeter sa demande.

¹⁴ Défense de Germain Katanga, *Defence Request for Leave to Reply regarding the Disclosure of Prosecution Witnesses' Identity to Third Party*, 16 décembre 2009, ICC-01/04-01/07-1724.

II. Instructions de la Chambre

10. Bien que la Défense de Mathieu Ngudjolo semble se référer à 15 témoins uniquement, les instructions de la Chambre formulées ci-après concernent l'ensemble des témoins auquel elle a entendu accorder des mesures de protection dans son ordonnance du 23 novembre 2009.

11. La Chambre souhaite tout d'abord réitérer l'interdiction qu'elle a énoncée dans l'ordonnance précitée et entend rappeler son absolue nécessité tant à l'égard de la Défense que des représentants légaux des victimes. Comme soulignée par l'Unité, la confidentialité des informations reste une condition essentielle de l'effectivité du système de protection mis en place par la Cour. Lorsque des témoins font l'objet de mesures de protection opérationnelles ou procédurales, il est primordial, dans la mesure du possible, que les parties et participants au procès ne révèlent pas leur identité à des tiers ou, à tout le moins, ne les expose pas à des risques inconsidérés en raison de leur collaboration avec la Cour. Il est donc également de leur responsabilité de minimiser les risques encourus par les témoins protégés. Sur ce point, il doit être rappelé que la divulgation de l'information selon laquelle tel ou tel témoin protégé collabore avec la Cour est un important facteur de risque pour ce dernier.

12. La Chambre constate ensuite que les propositions constructives du Bureau du Procureur, de l'Unité ainsi que des représentants légaux des victimes sont à plusieurs égards similaires et qu'aucun désaccord majeur n'émane de leurs écritures respectives.

13. La question posée en l'espèce est celle de la conciliation du principe général de non-divulgence de l'identité de témoins protégés avec le droit, pour les accusés, de se défendre, en recueillant des éléments de preuve à décharge, contestant la crédibilité de tel ou tel témoin à charge ou en soulevant toute question touchant à la pertinence ou à l'admissibilité des preuves présentées au procès.

14. La Chambre ne saurait répondre à cette question de manière générale. Elle est en effet sensible à la position de l'Unité préconisant une résolution du problème au cas par cas, en fonction des personnes ou entités que la Défense entendrait contacter et de la situation particulière du ou des témoins protégés concernés par ces contacts.

15. A cet égard, la Chambre considère qu'il doit revenir à l'Unité, organe neutre du Greffe de la Cour, de procéder à l'évaluation des risques réels et concrets encourus par les témoins dont la Défense entendrait révéler l'identité à des tiers, et ce préalablement à toute démarche que cette dernière pourrait entreprendre dans le cadre de ses enquêtes. Elle rappelle que ce type de démarche est et doit rester exceptionnel et que les occasions de révéler l'identité des témoins protégés doivent l'être tout autant. C'est la raison pour laquelle la définition d'une procédure donnant toute sa place à l'Unité ne peut pas, en tant que telle, constituer un obstacle au bon déroulement des enquêtes de la Défense. Comme précédemment rappelé, l'interdiction imposée par la Chambre subsiste et la Défense se doit de la mettre en œuvre de manière systématique dans le cadre de ses enquêtes. Ce n'est que lorsque la divulgation de l'identité du témoin est véritablement et spécifiquement nécessaire pour la préparation de la Défense qu'elle pourra procéder de la sorte¹⁵.

16. Le principe ainsi dégagé d'une intervention de l'Unité ne signifie pas, pour autant, que toutes les modalités qu'elle a proposées doivent être systématiquement mises en œuvre. La Chambre considère qu'il revient en premier lieu à l'Unité et aux deux Défenses de rechercher un mode opératoire qui permette de concilier la nécessaire protection des témoins, d'une part et le bon déroulement des enquêtes de la Défense, d'autre part. Elle souligne que l'intervention de l'Unité ne doit en aucun cas être génératrice de retards pour les enquêtes de la Défense et que toutes les solutions doivent être recherchées pour arrêter d'un commun accord une procédure efficace.

¹⁵ Chambre de première instance I, *Decision on the prosecution's application for an order governing disclosure of non-public information to members of the public and an order regulating contact with witnesses*, 3 juin 2008, ICC-01/04-01/06-1372, par. 9 et 12.

17. A titre indicatif, il pourrait être envisagé, dans le cas exceptionnel de divulgation de l'identité à un tiers, que la Défense contacte un représentant de l'Unité avant de prendre toute initiative à l'égard de ce tiers. Ainsi conviendrait-il qu'elle lui fournisse le maximum de précisions sur les témoins concernés, les objectifs qu'elle souhaite atteindre ainsi que les personnes ou entités qu'elle entend contacter de sorte que soient tout d'abord recherchées toutes les solutions alternatives permettant d'aboutir au même résultat. S'il s'avère qu'aucune solution alternative ne peut être trouvée, l'Unité pourrait explorer avec la Défense les mesures qu'il est possible de prendre pour limiter le plus possible les risques encourus par le ou les témoins concernés, tout en garantissant à la Défense le bon déroulement de ses enquêtes. A cet égard, et compte tenu des exigences de célérité précédemment rappelées, il convient une nouvelle fois de souligner que l'Unité devra, dans la mesure du possible, réagir à la requête de la Défense dans les plus brefs délais, sur la base des critères de protection déjà mis en œuvre au sein de la Cour.

18. La Chambre ne doute pas que les équipes de Défense et l'Unité puissent se mettre d'accord pour définir et mettre en œuvre une procédure efficace et respectueuse de leurs missions respectives. Pour la Chambre, il est important que chacun garde à l'esprit que, dans la mesure du possible, les questions éventuellement posées par la Défense à un tiers ne doivent pas révéler la collaboration du témoin concerné avec la Cour et qu'aucune enquête ne doit être menée par la Défense en vue de découvrir la localisation d'un témoin protégé. Si un tel lieu devait pourtant être porté à la connaissance de la Défense ou d'un représentant légal de victimes, il ou elle devra en informer dès que possible un représentant de l'Unité.

19. En ce qui concerne la proposition consistant à demander aux équipes de Défense de consigner dans un registre les circonstances dans lesquelles les identités de tel ou tel témoin auraient pu être divulguées à des tiers ainsi que les noms de ces derniers, la Chambre n'entend pas la retenir. Il lui apparaît en effet que le rôle qu'elle confère à l'Unité, appelée à intervenir préalablement à toute divulgation potentielle de

l'identité d'un témoin à un tiers, constitue une garantie suffisante et ne rend donc pas indispensable le recensement de telles informations, étant une nouvelle fois rappelé que de tels contacts doivent demeurer exceptionnels.

20. Enfin, la Chambre rappelle qu'il convient que les parties et les participants fournissent à l'Unité toute information pertinente et utile qu'elles auraient en leur possession et qui lui permettrait d'évaluer le risque encouru par tel ou tel témoin protégé. En outre, dans l'hypothèse où l'Unité envisagerait une réévaluation ou une modification des mesures de protection mise en place à la suite d'un contact pris par la Défense avec des tiers, un rapport informatif devra être déposé au dossier.

PAR CES MOTIFS, la Chambre

FAIT DROIT à la Requête de Mathieu Ngudjolo ;

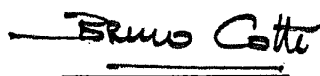
REJETTE la Requête de Germain Katanga ;

ENJOINT à l'Unité et aux équipes de la Défense de se concerter et de rédiger un protocole précisant les modalités concrètes de divulgation de l'identité des témoins protégés ;

ENJOINT à l'Unité de déposer au dossier ledit protocole le 25 janvier 2009 à 16 heures au plus tard ; et

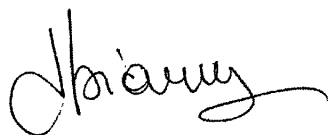
ORDONNE, dans l'intervalle, à la Défense de Mathieu Ngudjolo et de Germain Katanga de mettre provisoirement en œuvre les instructions ci-dessus énoncées aux paragraphes 15 à 20 de la présente ordonnance.

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

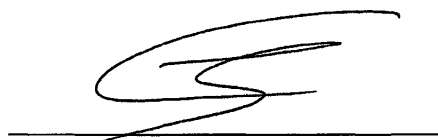


M. le juge Bruno Cotte

Juge président



Mme la juge Fatoumata Dembele Diarra



Mme la juge Christine Van den Wyngaert

Fait le 18 décembre 2009

À La Haye (Pays-Bas)