



Original: Français

No: ICC-01/05-01/13

Date: 27 mai 2016

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE VII

Devant : M. le Juge Bertram Schmitt, Juge président
M. le Juge Marc Perrin de Brichambaut
M. le Juge Raul Pangalangan

SITUATION EN RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE

**DANS L’AFFAIRE LE PROCUREUR C. JEAN-PIERRE BEMBA GOMBO, AIMÉ
KILOLO MUSAMBA, JEAN-JACQUES MANGENDA KABONGO, FIDÈLE BABALA
WANDU ET NARCISSE ARIDO**

Public

**Version publique expurgée de la « Requête de la Défense de M. Fidèle Babala Wandu
afin d’obtenir l’inadmissibilité des registres Western Union » (ICC-01/05-01/13-1785-
Conf), déposée le 8 avril 2016**

Origine : Défense de M. Fidèle BABALA WANDU

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

Le Bureau du Procureur

Madame Fatou Bensouda

Monsieur James Stewart

Monsieur Kweku Vanderpuye

Le conseil de la Défense de M. Babala

Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila

Me Azama Shalie Rodoma

Le conseil de défense de M. Jean-Pierre Bemba Gombo

Me Melinda Taylor

Le conseil de la Défense de M. Kilolo

Me Paul Djunga Mudimbi

Me Steven Sacha Powles

Le conseil de la Défense de M. Mangenda

Me Christopher Gosnell

Me Arthur Vercken De Vreuschmen

Le conseil de défense de M. Narcisse Arido

Me Charles A. Taku

Me Beth Lyons

**Le Bureau du conseil public
pour les victimes**

**Le Bureau du conseil public pour la
Défense**

GREFFE

Le Greffier

M. Herman von Hebel

La Section d'appui aux Conseils

L'Unité d'aide aux victimes et aux témoins

La Section de la détention

I. INTRODUCTION

1. [EXPURGE]¹ [EXPURGE] l'équipe de défense de M. Fidèle Babala Wandu (ci-après « la Défense ») soumet la présente pour s'opposer à l'admissibilité des relevés de transferts d'argent Western Union irrégulièrement recueillis par l'Accusation tout au long de la procédure au motif que ceux-ci ont été obtenus de manière illégale.

II. [EXPURGE]

2. [EXPURGE].

III. RAPPEL PROCÉDURAL

3. Le 20 novembre 2013, la Chambre préliminaire II a délivré un mandat d'arrêt à l'encontre des cinq co-accusés.²
4. Le 30 juin 2014, en vue de la phase de confirmation des charges, le Procureur a soumis l'acte d'accusation contenant son document notifiant les charges³, auquel la Défense a répondu le 30 juillet 2014, en reconnaissant certains transferts d'argent effectués par son client à d'autres co-accusés ou personnes suspectées dans le cadre de l'affaire ICC-01/05-01/13.⁴
5. Le 11 novembre 2014, la Chambre préliminaire II a rendu sa décision en application des alinéas a) et b) de l'article 61(7) du Statut⁵, décision dans laquelle Elle se fonde sur les registres Western Union soumis par l'Accusation pour établir les transferts effectués par M. Babala envers d'autres personnes.⁶

¹ ICC-01/05-01/13-T-42-CONF-FRA, p. 39, l.23-24 et ICC-01/05-01/13-T-42-CONF-ENG, p. 43, l.3-5.

² ICC-01/05-01/13-1-Red-Conf.

³ ICC-01/05-01/13-526-Conf-AnxB2.

⁴ ICC-01/05-01/13-596-Conf-Corr2.

⁵ ICC-01/05-01/13-749-tFRA.

⁶ Voir par exemple, ICC-01/05-01/13-749-tFRA, par. 77, nbp. 95, par. 81, nbp. 109.

6. L'Accusation a disposé de deux échéances pour divulguer tout élément en sa possession, tant à charge qu'à décharge, qui sera couvert par l'article 67(1)(a) du Statut ou par la Règle 77 du Règlement de procédure et de preuve : d'une part, le 30 juin 2014 pendant la phase de confirmation des charges⁷ et, d'autre part, le 30 juin 2015⁸ dans la phase devant la Chambre de céans.
7. Le Procureur a commencé la présentation de sa cause le 29 septembre 2015.
8. Le 5 octobre 2015, l'Accusation a divulgué une requête d'assistance (RFA) envoyée aux autorités autrichiennes, qui a permis à la Défense de constater, pour la première fois, qu'une réunion a eu lieu entre P-0267 et l'Accusation le 19 octobre 2012, avant l'envoi de toute RFA à l'Etat. En réponse à des demandes de divulgation *inter partes* de la Défense⁹, le Procureur s'est contenté d'indiquer [EXPURGE].
9. Cette question a été soulevée devant la Chambre avant le début du témoignage de P-0267¹⁰. Interrogé par le Juge président, le Procureur a indiqué qu'il ne savait même pas s'il y a eu une correspondance entre son Bureau et le témoin qui n'avait pas été divulguée à la Défense, mais soumettant que le simple fait qu'une telle correspondance existerait ne voudrait pas dire qu'elle devra être divulguée à la Défense :

« M. LE JUGE PRÉSIDENT SCHMITT (interprétation) : (...) Est-il exact, Monsieur Vanderpuye, qu'il existe une correspondance qui n'aurait pas été divulguée à la Défense, une correspondance, donc, qui... qui serait intervenue avant la rencontre entre l'enquêteur de l'Accusation... du Bureau du Procureur et du témoin ?

M. VANDERPUYE (interprétation) : Pour être franc, Monsieur le Président, je ne sais pas s'il y a eu une correspondance ou si... écrite ou si la correspondance, en fait, fait référence à des conversations téléphoniques. »¹¹.

⁷ Voy. ICC-01/05-01/13-527.

⁸ ICC-01/05-01/13-959, par. 11

⁹ Courriels échangés entre les parties entre fin octobre et 2 novembre 2015 (i) De la défense Bemba le 30 octobre 2015 à 17h21, le 01 novembre 2015 à 22 h01; (ii) de la défense Mangenda le 2 novembre 2015 à 09h04.

¹⁰ ICC-01/05-01/13-T-33-FRA, p.2 ligne 20 – p.12 ligne 8.

¹¹ ICC-01/05-01/13-T-33-FRA, p. 10 lignes 20 – 27.

10. La Chambre a ordonné la divulgation immédiate de cette correspondance préalable, si elle existait, le rapport de fin de mission qui avait été fait par l'enquêteur suite à la rencontre avec P-0267, et un « contact log » entre le Procureur et le témoin, concluant que la Défense « *a un intérêt tout à fait légitime à obtenir ces informations* »¹².
11. Faisant référence aux décisions du Procureur général autrichien qui lui avaient été transmises, la Chambre a ordonné à P-0267, à la demande de la Défense, de Lui donner une copie de ces décisions au terme de l'audience du 2 novembre 2015¹³ qui s'est terminé en fin matinée.
12. La Chambre a suspendu ensuite l'audience jusqu'au lendemain, pour donner l'opportunité aux équipes de défense de prendre connaissance des six documents concernés avant de commencer leur contre-interrogatoire. Le Procureur a soumis le même jour un courriel à la Chambre et aux parties indiquant que les documents en question avaient des correspondants dans les éléments divulgués par son Bureau¹⁴. Par contre, comme soulevé par la Défense de M. Babala à l'époque, deux documents parmi les six ne disposaient pas d'une traduction intégrale¹⁵.
13. Le même jour également, le Procureur a effectué une divulgation informelle de « call log » entre lui et P-0267 et l'échange des courriels lié à la comparution du témoin dans la présente affaire.¹⁶ A cette occasion, le Procureur a fourni pour la première fois l'explication que P-0267 « *acts as the focal point for all Western Union transaction requests of the Office of the Prosecutor (including in relation to other investigations and cases)* »¹⁷.

¹² ICC-01/05-01/13-T-33-FRA, p. 12, lignes 6 – 18.

¹³ Une copie scannée de ces documents a été transmise par la gestionnaire de dossier de l'équipe de Défense de M. Kilolo à la Chambre et aux parties par courriel intitulé « Transmission of documents submitted by Witness P-0267 » du 2 novembre 2015 à 13h26.

¹⁴ Courriel de Olivia Struyven « RE : Transmission of documents submitted by Witness P-0267 » du 2 novembre 2015 à 15h37.

¹⁵ Courriel de la gestionnaire de dossier de l'équipe de Défense de M. Babala intitulé « RE : Transmission of documents submitted by Witness P-0267 » envoyé à la Chambre et aux parties le 2 novembre 2015 à 17h56.

¹⁶ Courriel du Procureur intitulé « Information related to P-0267 » envoyé à la Chambre et aux parties le 2 novembre 2015 à 13h10.

¹⁷ Courriel du Procureur intitulé « Information related to P-0267 » envoyé à la Chambre et aux parties le 2 novembre 2015 à 13h10.

14. Le 03 novembre 2015, sept documents contenant des échanges de courriel et pièces jointes entre l'enquêteur de l'Accusation et P-0267 de 2012 ont été divulgués par mail¹⁸.
15. Un courriel supplémentaire a été envoyé quelques heures plus tard, contenant d'autres documents ainsi qu'un rapport d'enquête rédigé le jour même¹⁹. En guise d'explications, le Procureur a clarifié la procédure de coopération le liant avec Western Union. *Inter alia*, l'Accusation a indiqué ce qui suit :
- [EXPURGE]
 - A cette époque, le Procureur général de l'Autriche aurait indiqué « *that the OTP was allowed to screen Western Union material. However, once a material was required for evidentiary purpose, a Court order would need to be obtained upon official Request for Assistance to be received by the Central Authority* »²⁰;
 - Dans le cadre de la présente affaire, l'OTP a demandé le 28 septembre 2012 la vérification de plusieurs noms par Western Union; ce procès a déclenché plusieurs échanges des mails entre l'enquêteur et P-0267, ainsi qu'une réunion.
16. Il ressort tant des éléments du dossier que des explications et documents mentionnés ci-dessus et divulgués par l'Accusation autour du témoignage de P-0267 que Western Union a transmis des données quant aux transferts faits par M. Babala et d'autres personnes liées à l'affaire *avant* même la transmission d'une requête d'assistance aux autorités judiciaires compétentes encore moins l'abstention d'une décision de leur part.
17. De manière concise :
- La première requête de vérification des noms dans les bases de données de Western Union a été formulée le 28 septembre 2012²¹;

¹⁸ Courriel du Procureur intitulé « 151103 – Prosecution disclosure related to P-0267 » envoyé à la Chambre et aux parties le 03 novembre 2015 à 14h08.

¹⁹ Courriel du Procureur intitulé « 151103 – Prosecution disclosure related to P-0267 » envoyé à la Chambre et aux parties le 03 novembre 2015 à 20h52.

²⁰ *Idem*.

²¹ *Ibidem*.

- Les premières données de Western Union semblent avoir été transmises le 11 octobre 2012, autour d'une réunion du 19 octobre 2012 au cours de laquelle 32 noms ont été vérifiés²²;
 - La première requête d'assistance (ci-après « RFA ») adressée aux autorités autrichiennes a été envoyée le 2 novembre 2012 à propos de 67 noms²³;
 - Une autre rencontre a eu lieu pour vérifier plus de 30 autres noms entre le 04 – 05 novembre 2012²⁴;
 - Deux requêtes d'assistance subséquentes ont été transmises le 18 octobre 2013²⁵ et 10 octobre 2014²⁶ à propos de 68 noms qui avaient déjà été vérifiés par l'OTP et Western Union et pour lesquels l'OTP disposait déjà (au moins une partie) des données qu'elle demandait par RFA;
 - Les décisions judiciaires autrichiennes ne sont intervenues respectivement que le 15 novembre 2012²⁷ et le 5 novembre 2013²⁸.
18. Le 21 janvier 2016, la Défense de M. Mangenda a indiqué qu'elle appellerait comme témoin, le Prof. Otto Lagdony (D23-0001) en tant que témoin expert en droit autrichien²⁹. Elle a communiqué aux parties le rapport d'expert le 03 février 2016³⁰. Ce dernier a témoigné par vidéo-conférence le 11 mars 2016³¹.

²² *Ibidem*.

²³ CAR-OTP-0091-0351, divulgué à la Défense seulement le 5 octobre 2015.

²⁴ Courriel du Procureur intitulé « 151103 – Prosecution disclosure related to P-0267 » envoyé à la Chambre et aux parties le 03 novembre 2015 à 20h52.

²⁵ CAR-OTP-0091-0360 divulgué à la Défense seulement le 5 octobre 2015.

²⁶ CAR-OTP-0091-0371 divulgué à la Défense seulement le 5 octobre 2015.

²⁷ CAR-OTP-0092-0834: Décision de la Division 354 soumission numéro 312 HSt 226/12h-1, l'ORDRE DE DIVULGATION DES COMPTES BANCAIRES ET TRANSACTIONS BANCAIRES par rapport à 67 personnes du 15 novembre 2012.

²⁸ CAR-OTP-0074-0829: Décision de la Division 354 soumission numéro 314 HSt 159/13x , l'ORDRE DE DIVULGATION DES COMPTES BANCAIRES ET TRANSACTIONS BANCAIRES par rapport à 67 personnes du 5 novembre 2013.

²⁹ ICC-01/05-01/13-1559-Conf-AnxB.

³⁰ ICC-01/05-01/13-1593-Conf; ICC-01/05-01/13-1593-Conf-AnxA.

³¹ ICC-01/05-01/13-T-44-FRA.

19. Ce témoignage a pu avoir lieu grâce à une décision du Juge unique, qui a rejeté la demande du Procureur qui sollicitait que D23-1 soit rayé de la liste des témoins de la Défense au motif que sa déposition manquait de pertinence³². En statuant ainsi, le Juge unique a indiqué que :

« 10. The Single Judge recalls that P-267, a Prosecution witness who testified on Western Union transfer records, was asked a series of questions related to the legality and propriety of the manner in which financial records were obtained in this case. These included questions on: (i) the laws regulating the provision of Western Union transactions; (ii) the crimes forming the basis for the Austrian court order for the disclosure of Western Union records; (iii) the timing and circumstances of Western Union's transfer of these records; (iv) whether Western Union was entitled to provide preliminary information prior to a court order and (v) whether Western Union exercised its right to appeal against any such orders. (...) »

11. It is undeniable that P-267's examination raised the issue of the legality and propriety under which the Prosecution obtained Western Union records. (...)»³³

IV. DROIT APPLICABLE

20. Le paragraphe 4 de l'article 69 dispose que

« La Cour peut se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve conformément au Règlement de procédure et de preuve, en tenant compte notamment de la valeur probante de cet élément de preuve et de la possibilité qu'il nuise à l'équité du procès ou à une évaluation équitable de la déposition d'un témoin. »

-

21. Quant à son paragraphe 7 il explique que :

« Les éléments de preuve obtenus par un moyen violant le présent Statut ou les droits de l'homme internationalement reconnus ne sont pas admissibles :

- a) Si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ;*
- ou*
- b) Si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité. ».*

³² Voy. dans ce sens ICC-01/05-01/13-1605 (requête de l'Accusation); ICC-01/05-01/13-1618 (réponse de l'équipe Mangenda); ICC-01/05-01/13-1622 (Décision de la Chambre).

³³ ICC-01/05-01/13-1622, paras. 10, 11.

22. La Chambre de première instance I a expliqué dans l'affaire *Lubanga* que la disposition de l'article 69(7) du Statut représente le *lex specialis* en matière de dispositions générales de l'admissibilité de la preuve, une exception claire à l'approche générale³⁴.
23. Toujours dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre a affirmé qu'il n'y a pas un seuil de gravité que la violation de la manière dans laquelle un élément de preuve a été obtenu doit arriver pour justifier l'inadmissibilité de cet élément :
- « Notably, the Statute does not 'quantify' the violation of the Statute, or the internationally recognized right, by reference to the degree of 'seriousness'. Therefore, even a non-serious violation may lead to evidence being deemed inadmissible, provided that one of the two limbs of the test in Article 69(7) is satisfied (...). It is only in the second limb of the test that a requirement of a degree of 'seriousness' is introduced, although this is unconnected to the seriousness of the violation. »*³⁵
24. La présente requête doit être lue à la lumière des droits fondamentaux de l'accusé, tels que consacrés par l'article 67 du Statut, et en particulier en vertu de son droit d'être informé dans le plus court délai et de façon détaillée de la nature, la cause et la teneur des charges (art.67 (1)(a)) retenu à son égard, ainsi que sur son droit de garder silence et de ne pas s'auto-incriminer (art.67(1)(g)).
25. Il est établi dans la jurisprudence de la Cour que le droit de ne pas témoigner contre soi-même est un élément essentiel du droit à un procès juste et équitable³⁶.
26. L'article 21 (1) du Statut prescrit que la Cour applique en premier lieu le Statut, mais aussi, en second lieu, les principes et règles du droit international³⁷.
27. Ce principe « sacro-saint » et par ailleurs ancré dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la CEDH ») qui stipule que :

³⁴ ICC-01/04-01/06-1981, para. 34.

³⁵ ICC-01/04-01/06-1981, para. 35.

³⁶ ICC-01/04-01/06-2192-Red, para.68 et notamment note en bas de page 93, citant CEDH, *Funke c. France*, 10828/84, Jugement, 25 février 1993.

³⁷ Article 21(1)(a) et (b).

« Although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to remain silent and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6(1). »³⁸.

V. SOUMISSIONS

28. La Défense soumet que les registres Western Union ont été obtenus en violation du Statut et des droits de l'homme internationalement reconnus (A), en manière telle que leur admission porterait gravement atteinte à l'intégrité de la procédure (B). En conséquence, la Défense requiert leur inadmissibilité en application de l'article 69(7) du Statut.

A. L'obtention par l'Accusation des relevés Western Union par des moyens violant le présent Statut et les droits de l'homme internationalement reconnus.

29. L'article 69(7) n'admet pas comme éléments de preuve les éléments obtenus par des moyens qui violent (i) les droits de l'homme internationalement reconnus ; ou (ii) le Statut de Rome.

1) L'obtention des registres Western Union en violation du droit au respect à la vie privée

30. Le droit au respect de la vie privée est un droit de l'homme internationalement reconnu. Tant la Déclaration universelle des droits de l'homme, en son article 12³⁹, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en son article 17⁴⁰, la Convention

³⁸ CEDH, *J.B. c. Suisse*, 31827/96, 3 août 2001, para. 64.

³⁹ Déclaration universelle des droits de l'homme, Article 12 : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

⁴⁰ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Article 17 : « 1. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. 2. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. »

européenne des droits de l'homme, en son article 8⁴¹, ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à l'article 7 consacrent ce droit dans des termes presque identiques.

31. Dans son Observation Générale sur ce droit, le Comité des Droits de l'Homme a énoncé que : *« L'adjectif «illégal» signifie qu'aucune immixtion ne peut avoir lieu, sauf dans les cas envisagés par la loi. Les immixtions autorisées par les États ne peuvent avoir lieu qu'en vertu d'une loi, qui doit elle-même être conforme aux dispositions, aux buts et aux objectifs du Pacte »*⁴². Plus précisément, *« Le Comité estime que doivent figurer dans les rapports des renseignements sur les autorités et organes prévus par le système juridique du pays qui ont compétence pour autoriser les immixtions admises par la loi. Il est également indispensable d'avoir des renseignements sur les autorités qui sont habilitées à exercer un contrôle sur de telles immixtions dans le strict respect de la loi, et de savoir de quelle façon et auprès de quels organes les personnes concernées peuvent se plaindre d'une violation du droit prévu à l'article 17 du Pacte »*⁴³ et *« Même pour ce qui est des immixtions qui sont conformes au Pacte, une loi pertinente doit préciser dans le détail les cas précis dans lesquels elles peuvent être autorisées. La décision de procéder à ces immixtions autorisées doit être prise par l'autorité désignée par la loi, et cas par cas. »*⁴⁴. Par ces mots le Comité consacre l'application effective de la loi nationale de protection du droit au respect de la vie privée, en assurant de celle-ci aux justiciables l'existence de voies de recours effectifs en cas de violation.
32. La même idée se dessine au 10^{ème} paragraphe de ce même commentaire eu égard à l'obtention d'informations personnelles telles que des dossiers informatiques rassemblant des renseignements sur l'identité des personnes ou leurs activités personnelles : *« Le rassemblement et la conservation, par des autorités publiques, des particuliers ou des organismes privés, de renseignements concernant la vie privée d'individus sur des ordinateurs, dans des banques de données et selon d'autres procédés, doivent être réglementés par la loi. L'État doit prendre des mesures efficaces*

⁴¹ Convention européenne des droits de l'homme, Article 8 : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

⁴² Observation générale numéro 16, para. 3, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) .

⁴³ *Ibid.*, para. 6.

⁴⁴ *Ibid.* Para. 8.

afin d'assurer que ces renseignements ne tombent pas entre les mains de personnes non autorisées par la loi à les recevoir, les traiter et les exploiter, et ne soient jamais utilisés à des fins incompatibles avec le Pacte. »⁴⁵.

33. En droit européen, les informations bancaires sont considérées comme appartenant pleinement à la catégorie d'informations personnelles. Il a été énoncé devant la CEDH dans l'affaire *GSB contre Suisse* que « *des informations relevant des comptes bancaires sont à considérer des données personnelles protégées par l'article 8 de la Convention* »⁴⁶, et dans l'affaire *M.N. et autres c. San Marino* que « *The Court considers that information retrieved from banking documents undoubtedly amounts to personal data concerning an individual, irrespective of it being sensitive information or not* »⁴⁷.
34. Il ressort de la lecture du rapport de l'expert D23-0001 et de son témoignage que les lois nationales autrichiennes régissant le secret bancaire ont vraisemblablement été violées, en ce que des données confidentielles furent délivrées par l'agence bancaire Western Union avant l'intervention d'un juge. Il est important de noter que ces lois s'érigent au rang de lois constitutionnelles⁴⁸.
35. Le droit national peut être pris en compte pour pouvoir attester du respect ou non du droit au respect de la vie privée tel que protégé par les normes internationales précitées. Il est important de noter à ce sujet que la jurisprudence en droit pénal international révèle une prise en compte du droit national. Il en fut ainsi dans la présente affaire⁴⁹, dans d'autres dossiers devant la Cour⁵⁰, ainsi qu'au TPIY⁵¹.
36. L'argument utilisé en audience publique par l'Accusation selon lequel les utilisateurs de registres de Western Union renoncent à la protection de leurs données en signant les décharges présentes au sein des formulaires d'envoi et de réception d'argent est en

⁴⁵ *Ibid.*, para. 10.

⁴⁶ CEDH, *AFFAIRE G.S.B. c. SUISSE*, 28601/11, 22/12/2015, paras. 50-51.

⁴⁷ CEDH, *CASE OF M.N. AND OTHERS v. SAN MARINO*, 28005/12, 07/07/2015, paras 51 ; 53.

⁴⁸ Austrian banking act (bankwesengesetz, BWG), Article 38(5) : (5), paras. 1-4.

⁴⁹ ICC-01/05-01/13-1136-Conf-Corr ; ICC-01/05-01/13-1284, paras 25-26. ; ICC-01/05-01/13-1478-Conf, para 72.

⁵⁰ ICC-01/04-01/07-717, para. 97.

⁵¹ TPIY, *Delalic et al. Decision on Zdravko mucic's motion for the exclusion of evidence*, 2 septembre 1997.

parfaite contradiction avec ce qui précède. Pour étayer cela, la Défense cite ici la réponse du témoin expert :

*« Autant que je le sache et d'après ma compréhension du droit autrichien, il est hors de question qu'un accord de droit privé puisse avoir un... un impact sur la loi publique, la... la... le droit du pays. Mais en effet, comme le suggérait Mme Struyven, cela pourrait être la porte ouverte à toutes sortes d'accords privés. Mais cela ne correspond pas à la théorie du droit public, autant que je le sache. »*⁵²

37. Il en résulte que la loi nationale publique régissant le secret bancaire demeurerait applicable. Cette violation de la loi nationale équivaut à une violation de l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de l'article 17 du PIDCP lu à la lumière de l'observation générale 16 du Comité des Droits de l'Homme, prescrivant que l'Etat doit assurer ce respect au droit à la vie privée par ses lois nationales, et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dès lors, de la remise des documents de Western Union avant une décision judiciaire découle l'illégalité de ces éléments de preuve qui furent obtenus par un moyen violant le droit au respect de la vie privée, pourtant internationalement reconnu.
38. Il convient de rappeler, en sus de ce qui vient d'être développé ci-dessus, que dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre a décidé que toute violation de tout droit de l'homme, indépendamment de sa gravité impose l'application de l'article 69(7).⁵³

2) L'obtention des registres Western Union en violation de l'article 99 du Statut

39. L'article 99 (1) du Statut de Rome exige que :
« 1. L'État requis donne suite aux demandes d'assistance conformément à la procédure prévue par sa législation et, à moins que cette législation ne l'interdise, de la manière précisée dans la demande, y compris en appliquant toute procédure indiquée dans celle-ci ou en autorisant les personnes qu'elle précise à être présentes et à participer à l'exécution de la demande. »

⁵² ICC-01/05-01/13-T-44-FRA, page 43, ln. 2-6.

⁵³ ICC-01/04-01/06-1981,, para 35.

40. L'appréhension des faits entourant l'obtention des registres Western Union démontre que la demande d'assistance n'a pas été exécutée conformément à la procédure prévue par la législation autrichienne, qui impose un ordre judiciaire antérieur à la délivrance d'informations bancaires. Comme exposé plus haut, la Défense considère que l'accord de droit privé qui découlerait de la signature d'un formulaire d'envoi ou de réception d'argent par Western Union ne peut s'ériger contre l'application de la loi nationale publique. Dès lors, il y a violation de l'article 99(1) du Statut dans l'exécution de la demande de coopération.
41. Le rapport du témoin D23-0001 met en lumière que des mesures de contraintes sont exigées en droit autrichien pour obtenir des informations financières de Western Union. Il en ressort que les enquêteurs de l'Accusation ont violé l'article 99(4) en engageant les enquêtes qui, sous la loi autrichienne, nécessitent des mesures de contraintes prises sous la forme d'un ordre de justice. Le rapport de D23-0001 permet également de souligner que la transposition de l'article 99(4) du Statut en droit national autrichien impose de donner notification judiciaire au ministère des affaires étrangères du temps et du but des enquêtes, et qu'il y soit précisé qu'elles ne peuvent pas impliquer de mesures de contrainte⁵⁴.
42. Comme démontré ci-dessus, la procédure à l'origine de l'obtention des registres Western Union a subi dès son commencement des irrégularités. Il ressort des informations obtenues en contravention du respect au droit à la vie privée et de l'article 99 du Statut, que ces dernières ont été fondamentales puisqu'elles ont motivé l'Accusation dans la poursuite de sa collecte de registres Western Union. C'est donc sur base d'une violation tant du Statut, que du droit international fondamental du respect de la vie privée que s'est opérée l'obtention de ces registres par l'Accusation. Partant, le lien est directement établi.

⁵⁴ Page 6 du rapport.

B. L'intégrité de la procédure sera gravement compromise par l'admission de ces éléments de preuve irrégulièrement obtenus

43. La Défense soumet que l'admission des registres obtenus irrégulièrement de Western Union serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité, particulièrement en emportant violation des droits de la défense et des principes du droit au procès équitable plus largement.

1) La violation du droit de l'accusé d'être informé dans les plus courts délais et de façon détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges

44. En ne divulguant que le 04 novembre 2015 des courriels⁵⁵ démontrant des échanges entre le Bureau du Procureur et l'agent de Western Union, le Procureur a manqué à l'obligation de divulgation qui lui incombe au titre de l'article 67(1)(a) du Statut et de la règle 77 du RPP.
45. Le substitut du Procureur a lui-même reconnu à l'audience en s'adressant au Juge Président qu'il « *semblerait qu'il y ait d'autres lettres par courriel, et c'est ce dont je voulais vous parler parce que je ne sais pas ce que vous voulez faire, vu ces circonstances un peu malheureuses. Alors, je ne sais pas ce qu'il y a dans ces courriels ou ce qu'il pourrait y avoir. Et j'imagine, si j'étais à la place de la Défense, je ne continuerais mon interrogatoire sans avoir eu l'occasion de jeter un coup d'œil à ces courriels.* »⁵⁶.
46. Le Procureur était, depuis 2012 au plus tôt, en possession d'éléments qui démontraient qu'un échange de données confidentielles, provenant de l'agence Western Union vers l'Accusation, avait eu lieu, entre autres, sans autorisation préalable d'une Cour autrichienne. La Chambre avait rappelé plusieurs fois dans cette affaire l'obligation de l'Accusation de divulguer tout élément qui permettra à la Défense de vérifier ou de contester la légalité de la procédure d'obtention des éléments de preuve⁵⁷.

⁵⁵ ICC-01/05-01/13-1462; ICC-01/05-01/13-1462-Conf-AnxA.

⁵⁶ ICC-01/05-01/13-T-34-CONF-FRA, p. 64, l.24-28 et p.65, l.1. (nous soulignons).

⁵⁷ Voy. par exemple ICC-01/05-01/13-1542-Conf, para.11 ((: « *it is imperative that the Defence be able to test the reliability of the procedure employed in collecting the evidence against them* »).

47. L'obtention de données financières en violation du Statut et des droits de l'homme n'a donc été connue que très tardivement par la Défense. L'absence de divulgation de ces éléments a non seulement mis en péril le droit de garder le silence mais questionne également quant à la légalité de l'obtention des registres Western Union, dans la mesure où la procédure s'est trouvée viciée dès le départ.

2) La mise en péril du droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer

48. L'article 67(1)(g) du Statut consacre, pour un accusé, le droit de garder le silence, et de ne pas s'auto-incriminer.
49. La Défense vient de démontrer plus haut, que l'obtention de ces registres Western Union viole à la fois le droit au respect de la vie privée et l'article 99 du Statut, et qu'en raison d'une violation de l'obligation de divulgation sur pied de l'article 67(1)(a) du Statut et de la Règle 77 du RPP, elle n'avait été en mesure de prendre connaissance de cette obtention illégale que très tardivement. Entre temps, ces éléments de preuve ont été soumis aux Chambres préliminaire II et de première instance VII, ainsi qu'à la Défense, comme éléments de preuve incriminantes. La Défense a donc été amenée à se prononcer sur ces éléments de preuve.
50. Ainsi, au lieu de rompre son droit au silence en reconnaissant les transferts d'argent faits par son client ou par l'intermédiaire de son chauffeur, la Défense de M. Babala aurait très bien pu par hypothèse, devant le constat d'une illégalité de la procédure de collecte des moyens de preuve susmentionnés, ne pas se prononcer quant à ces derniers et ainsi faire bénéficier son client du droit de garder le silence.

3) L'inadmissibilité de la preuve déloyale comme condition du respect de l'équité de la procédure

51. La définition de la preuve offerte par Domat se lit comme suit : « *ce qui persuade l'esprit d'une vérité* »⁵⁸, reprenant la maxime latine *idem est non esse et non probari*.⁵⁹ Si la recherche de la vérité reste l'objectif majeur du procès pénal, les questions affectant l'origine de la preuve sont primordiales, et bien souvent liées aux impératifs d'efficacité et de célérité⁶⁰, régissant la conduite de la procédure pénale jusqu'à son terme.
52. La loyauté peut se définir comme « *la fidélité à tenir ses engagements, à obéir aux règles de l'honneur, de la probité* »⁶¹. Le Doyen Bouzat la qualifiait de « *une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice* »⁶². Il peut alors légitimement être soutenu que le respect du principe de loyauté devient alors la condition *sine qua non* de l'exercice effectif des droits de la défense, et plus généralement la condition d'exercice d'une conduite équitable du procès⁶³.
53. Le principe de loyauté dans la recherche de la preuve interdit l'utilisation de procédés déloyaux, de ruses ou de stratagèmes en vue de réunir des éléments de preuve. Cette interdiction a été affirmée avec d'autant plus de force à l'égard des autorités publiques, comme c'est le cas en l'espèce.⁶⁴ Le droit de la preuve en procédure pénale prend en compte et concilie différents intérêts, à savoir : la recherche efficace et relativement coercitive des preuves, d'une part, et la protection des libertés et droits fondamentaux des individus, d'autre part. Cet équilibre entre des intérêts divergents doit être compris à la lumière du principe de la présomption d'innocence, principe guide de la procédure

⁵⁸ J. Domat, « *Les lois civiles dans leur ordre naturel* », Paris, éd. Cavelier, t.1, 1771, p. 204.

⁵⁹ « Ce qui n'est pas prouvé n'est pas ».

⁶⁰ Cf., notamment, « Rapport sur l'efficacité et la célérité de la Justice » de M. J.-C. Magendie, disponible sur le site Intranet du Ministère de la Justice.

⁶¹ Dictionnaire Le Robert.

⁶² P. Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », Mélanges Hugueney, Sirey, 1964, p. 172.

⁶³ P. Lemoine (conseiller référendaire à la Cour de cassation), La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle).

⁶⁴ Voir en ce sens, Cass. crim., 7 janv. 2014, n° 13-85.246 ; *Bull. crim.* n° 1: « *Attendu que porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique* ».

pénale nationale et internationale⁶⁵. En vertu de celui-ci, toute personne suspectée d'avoir commis une infraction, ou poursuivie, est considérée comme innocente des faits qui lui sont reprochés, tant qu'elle n'a pas été déclarée coupable par la cour ou le tribunal compétent pour le juger. Il est de ce fait primordial de garantir le respect de ses droits et libertés fondamentales durant toute la conduite de la procédure et la recherche de la vérité.

54. Plusieurs dispositions précitées du Statut imposent le respect des droits de l'accusé ou des accusés auxquels la pratique frauduleuse du Procureur porte atteinte. Il sied dès lors, pour l'intégrité du procès, que la Chambre refuse l'admission des relevés fournis par Western Union au titre d'éléments de preuve.
55. Il est respectueusement soumis que l'admission au dossier des registres Western Union obtenus en violation tant des droits de l'homme internationalement reconnus, que du Statut de Rome représente un usage de la preuve contraire au procès équitable.
56. Nombre de juges européens ont considéré que lorsque la preuve est obtenue de manière irrégulière et en violation de la loi, le procès ne pouvait plus être considéré comme équitable⁶⁶.
57. De plus, la CEDH a considéré que lorsque des problèmes de vie privée ressortaient de la conduite des enquêtes, cela ne pouvait se faire que sur la base d'une provision légale l'autorisant explicitement lorsque cela est nécessaire à une société démocratique⁶⁷.
58. Les auteurs d'une recherche universitaire portant sur les transformations de l'administration de la preuve pénale⁶⁸ ont relevé que « *philosophiquement, les objectifs*

⁶⁵ Article 6 alinéa 2 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme de 1950, «*Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie*» ; Article 11 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 de l'ONU : «*Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.* »

⁶⁶ CEDH, *Affaire Schenk c. Suisse*, (Requête No 10862/84), 12 Juillet 1988, Opinion Dissidente Commune A MM. Les Juges Pettiti, Spielmann, De Meyer Et Carrillo Salcedo ; CEDH, *Khan c. Royaume-Uni*, 12 mai 2000, opinion en partie concordante et en partie dissidente de M Le Juge Loucaides.

⁶⁷ CEDH, *Affaire Klass et autres c. Allemagne*, (Requête n. 5029/71) ,6 septembre 1978 ; CEDH, *Affaire A c. France*, 23 nov 1999.

⁶⁸ « Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées », sous la dir. de G. Guidicelli-Delage, Université Paris I, décembre 2003.

de la procédure pénale - vérité, légitimité, efficacité - au service desquels est mise la preuve se révèlent en tension interne, la légitimité pouvant cantonner la recherche de vérité et d'efficacité, ou l'inverse ; l'efficacité pouvant tendre à l'objectivation de la vérité, ou à sa défiguration, etc. ». Il s'agit aujourd'hui de se demander s'il est concevable que l'adage machiavélien « La fin justifie les moyens » soit d'applicabilité au sein des procédures pénales internationales.

PAR CES MOTIFS,

Plaise à la Chambre de première instance VII de :

RECEVOIR la présente requête et la déclarer fondée en fait comme en droit ;

En conséquence :

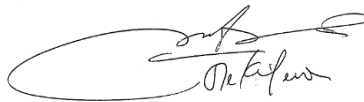
DECLARER que les relevés de transferts Western Union déposés par le Procureur ont été obtenus par des moyens violant le Statut de Rome, spécialement son article 69(7), ainsi que les droits de l'homme internationalement reconnus ;

Ce fait,

Les REJETER.

ET VOUS FEREZ JUSTICE

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.



Me Jean-Pierre Kilenda Kakengi Basila
Conseil principal de M. Fidèle Babala Wandu

Fait à Bruxelles, le 27 mai 2016.