



ព្រះរាជាណាចក្រកម្ពុជា
ជាតិ សាសនា ព្រះមហាក្សត្រ

អង្គជំនុំជម្រះវិសាមញ្ញក្នុងតុលាការកម្ពុជា
Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia
Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens

Kingdom of Cambodia
Nation Religion King
Royaume du Cambodge
Nation Religion Roi

សំណុំរឿងលេខ: ០០២/១៩ កញ្ញា ២០០៧/អវតក/អជសដ

Case File/Dossier n° 002/19-09-2007/ECCC/TC

អង្គជំនុំជម្រះសាលាដំបូង

Trial Chamber

LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE

ឯកសារដើម	
ORIGINAL DOCUMENT/DOCUMENT ORIGINAL	
ថ្ងៃ ខែ ឆ្នាំ ទទួល (Date of receipt/date de reception):	
21 / 09 / 2011	
ម៉ោង (Time/Heure) : 10:30	
មន្ត្រីទទួលបន្ទុកសំណុំរឿង / Case File Officer/L'agent chargé du dossier: Ratanak	

Composée comme suit : M. le Juge NIL Nonn, Président
Mme la Juge Silvia CARTWRIGHT
M. le Juge YA Sokhan
M. le Juge Jean-Marc LAVERGNE
M. le Juge THOU Mony

Date : 12 septembre 2011
Langue(s) : Original en khmer/anglais/français
Classement : PUBLIC

**DÉCISION RELATIVE À L'APPLICABILITÉ DE LA THÉORIE DE L'ENTREPRISE CRIMINELLE
COMMUNE DEVANT LES CETC**

Co-procureurs

Mme CHEA Leang
M. Andrew CAYLEY

Accusés

M. NUON Chea
M. IENG Sary
Mme IENG Thirith
M. KHIEU Samphan

Co-avocats principaux pour les parties civiles

Me PICH Ang
Me Élisabeth SIMONNEAU-FORT

Avocats de la Défense

Me SON Arun
Me Michiel PESTMAN
Me Victor KOPPE
Me ANG Udom
Me Michael G. KARNAVAS
Me PHAT Pouy Seang
Me Diana ELLIS
Me SA Sovan
Me Jacques VERGÈS

1. INTRODUCTION

1. Lors de l'Audience initiale tenue dans le cadre du dossier n° 002, la Chambre de première instance (ou la « Chambre ») a entendu les arguments relatifs à toutes les questions qu'elle considérait être des exceptions préliminaires au sens de la règle 89 du Règlement intérieur. La Chambre a également précisé que la résolution rapide d'un certain nombre d'autres questions de droit soulevées par les parties pourrait néanmoins faciliter la conduite diligente et équitable du procès¹.

2. Le 17 juin 2011, les co-procureurs ont déposé une demande afin que la Chambre de première instance envisage de retenir la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune (dite « élargie ») en tant qu'autre mode de participation susceptible d'engager la responsabilité pénale des Accusés dans le cadre du procès n° 002 (la « Demande des co-procureurs »)². Les co-avocats principaux pour les parties civiles ont déposé un mémoire par lequel ils se sont joints à la Demande des co-procureurs³. Toutes les équipes de Défense ont répondu à cette demande, dont elles ont contesté tant la recevabilité que le fond⁴. Le 11 août 2011, les co-procureurs ont répliqué aux réponses des Accusés⁵.

3. La Chambre de première instance est également saisie d'une demande de IENG Sary, déposée dans sa version originale en anglais le 24 février 2011 et visant à obtenir l'annulation pour cause de vices de plusieurs parties de la Décision de renvoi (la « Demande d'annulation de IENG Sary »)⁶. Le 16 mars 2011, les co-procureurs ont répondu à la Demande

¹ Transcription de l'audience (« T. ») du 27 juin 2011, p. 12 à 120 ; T., 28 juin 2011, p. 14 à 123 ; T., 29 juin 2011, p. 3 à 128.

² Demande des co-procureurs visant à ce que la Chambre de première instance dise que la responsabilité pénale d'un accusé peut également être engagée en raison de sa participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, Doc. n° E100, 17 juin 2011 (la « Demande des co-procureurs »).

³ Mémoire en appui à la demande des co-procureurs visant à ce que la Chambre de première instance dise que la responsabilité pénale d'un accusé peut également être engagée en raison de sa participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, Doc. n° E100/4, 22 juillet 2011.

⁴ *Defence Response to Co-Prosecutors' Request for the Trial Chamber to Consider JCE III as an Alternative Mode of Liability*, Doc. n° E100/1, 22 juillet 2011 (la « Réponse de IENG Thirith ») ; *Response to Co-Prosecutors' Request for the Trial Chamber to Consider JCE III as an Alternative Mode of Liability*, Doc. n° E100/5, 22 juillet 2011 (la « Réponse de Nuon Chea ») ; Réponse à la demande des co-procureurs relative à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, Doc. n° E100/3, 22 juillet 2011 (la « Réponse de KHIEU Samphan ») ; *IENG Sary's Response to the Co-Prosecutor's Request for the Trial Chamber to Consider JCE III as an Alternative Mode of Liability and Request for an Oral Hearing*, Doc. n° E100/2, 22 juillet 2011 (la « Réponse de IENG Sary »).

⁵ *Co-Prosecutors' Consolidated Reply to Defence Responses to Co-Prosecutor's Requests to Recharacterise Charges in the Indictment and to Exclude the Nexus Requirement for an Armed Conflict to Prove Crimes Against Humanity*, Doc. n° E95/6, 11 août 2011, par. 93 à 97.

⁶ Demande présentée par Ieng Sary de retirer les parties de l'Ordonnance de clôture entachées de nullité, Doc. n° E58, 24 janvier 2011 (la « Demande d'annulation de IENG Sary »). Dans le cadre de leurs objections



d'annulation de IENG Sary⁷. Dans le cadre de la présente décision, la Chambre statuera également sur cette demande, pour autant qu'elle concerne l'applicabilité de la théorie de l'entreprise criminelle commune devant les CETC⁸.

2. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

4. Dans une ordonnance rendue le 8 décembre 2009, les co-juges d'instruction ont considéré que la théorie de l'entreprise criminelle commune, sous ses trois formes, était applicable devant les CETC⁹. Les 18 et 22 janvier 2010, trois équipes de Défense ont interjeté appel de cette ordonnance devant la Chambre préliminaire¹⁰. Dans leur réponse unique à ces appels, déposée le 19 février 2010, les co-procureurs ont soutenu que toutes les catégories d'entreprise criminelle commune, y compris la troisième, pouvaient être retenues devant les CETC¹¹.

5. Par une décision en date du 20 mai 2010, la Chambre préliminaire a partiellement rejeté les arguments avancés par les co-procureurs en considérant que la troisième catégorie

préliminaires respectives, les Accusés IENG Sary, KHIEU Samphan et IENG Thirith ont présenté des arguments similaires (*Summary of IENG Sary's Rule 89 Preliminary Objections*, Doc. n° E51/4, 25 février 2011, par. 24 d); Exceptions préliminaires portant sur la compétence, Doc. n° E46, 14 février 2011, par. 18 et Exceptions préliminaires de la Défense de Ieng Thirith, Doc. n° E44, 14 février 2011, par. 33 à 38 [l'« Exception préliminaire de KHIEU Samphan » et l'« Exception préliminaire de IENG Thirith »; conjointement désignées comme les « Exceptions préliminaires de la Défense »]. Les parties civiles et les co-procureurs ont répondu à toutes les exceptions préliminaires soulevées par les équipes de Défense les 7 et 21 mars 2011 respectivement (Réponse conjointe des parties civiles aux requêtes des équipes de Défense portant sur les exceptions préliminaires (règle 89), Doc. n° E51/5/4, 7 mars 2011, par. 42 à 51 et Réponse unique des co-procureurs aux exceptions préliminaires soulevées par la Défense en vertu de la règle 89 du Règlement intérieur, Doc. n° E51/5/3/1, 21 mars 2011 [la « Réponse unique aux exceptions préliminaires soulevées en vertu de la règle 89 »], par. 22 à 26).

⁷ *Co-Prosecutor's Response to IENG Sary's Motion to Strike Portions of the Closing Order due to Defects*, Doc. n° E58/1, 16 mars 2011, par. 1 à 7, 18 et 19 (la « Réponse à la demande d'annulation de IENG Sary »).

⁸ Voir également la Réponse de la Chambre de première instance aux requêtes E67, E57, E56, E58, E23, E59, E20, E33, E71 et E73 suite à la réunion de mise en état du 5 avril 2011, Doc. n° E74, 8 avril 2011, qui dispose, dans sa partie pertinente : « La Chambre est saisie de diverses requêtes concernant certaines allégations d'irrégularité entachant l'instruction et la décision de renvoi [dont des demandes visant à ce que certaines parties de la décision de renvoi soient supprimées]. Il ressort clairement du Règlement intérieur que la Chambre est liée par l'étendue des chefs d'accusation contenus dans la décision de renvoi. [...] S'il s'avère, lors du procès, que la décision de renvoi présente des ambiguïtés, la Chambre communiquera, au cas par cas, son interprétation concernant l'étendue des chefs d'accusation contenus dans celle-ci et se considérera liée par cette interprétation. »

⁹ Ordonnance sur l'application, devant les CETC, de la forme de responsabilité dite « Entreprise criminelle commune », Doc. n° D97/13, 8 décembre 2009.

¹⁰ Appel contre l'ordonnance sur l'application devant les CETC de la responsabilité dite « Entreprise criminelle commune », Doc. n° D97/16/1, 18 janvier 2010 ; *Ieng Thirith Defence Appeal Against the Order on the Application at the ECCC of the Form of Liability Known as Joint Criminal Enterprise of 8 December 2009*, Doc. n° D97/15/1, 18 janvier 2010 ; *Ieng Sary's Appeal Against the OCIJ's Order on the Application at the ECCC of the Form of Liability Known as Joint Criminal Enterprise*, Doc. n° D97/14/5, 22 janvier 2010.

¹¹ Réponse unique des co-procureurs aux appels interjetés par Ieng Sary, Ieng Thirith et Khieu Samphan relativement à l'entreprise criminelle commune, Doc. n° D/97/16/5, 19 février 2010.

d'entreprise criminelle commune ne faisait pas partie du droit international coutumier entre 1975 et 1979, mais a confirmé que les première et deuxième catégories étaient applicables devant les CETC¹². La Décision de renvoi dans le dossier n° 002 ne retient donc pas la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune en tant que mode de participation susceptible d'être retenu contre l'un quelconque des Accusés pour engager sa responsabilité, mais prévoit par contre que chacun d'entre eux peut avoir à répondre des faits qui lui sont reprochés en tant que participant à une entreprise criminelle commune élémentaire ou systémique¹³.

6. Les co-procureurs n'ont pas interjeté d'appel fondé sur les règles 67 5) et 74 du Règlement intérieur pour s'opposer à l'exclusion de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune de la Décision de renvoi. Ils ont adopté une autre démarche en demandant à la Chambre de première instance de requalifier dans son jugement certains faits visés dans la Décision de renvoi afin que, lorsqu'il y a lieu, les crimes reprochés puissent être considérés comme ayant été commis dans le cadre de la mise en œuvre d'une entreprise criminelle commune élargie (plutôt qu'élémentaire ou systémique)¹⁴.

7. La Défense de IENG Sary conteste que la Décision de renvoi puisse retenir l'entreprise criminelle commune en tant que mode de participation engageant la responsabilité pénale, en réfutant en particulier l'analyse faite par les co-juges d'instruction des éléments requis pour caractériser la participation à un plan commun et de l'intention spécifique requise en cas de génocide¹⁵.

3. ARGUMENTS DES PARTIES

3.1. Arguments de la Défense

8. Les avocats de IENG Sary soutiennent que dans la Décision de renvoi, les co-juges d'instruction ont incorrectement interprété l'élément moral requis pour établir la participation

¹² Décision relative aux appels interjetés contre l'ordonnance des co-juges d'instruction sur l'entreprise criminelle commune, Doc. n° D97/15/9, 20 mai 2010, par. 69, 77 et 78 (la « Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune »).

¹³ Ordonnance de clôture, Doc. n° D427, 15 septembre 2010 (modifiée par la décision de la Chambre préliminaire relative aux appels de Nuon Chea et Ieng Thirith contre l'Ordonnance de clôture, Doc. n° D427/3/15, 15 février 2011) ainsi que par la décision de la Chambre préliminaire relative à l'appel interjeté par Ieng Sary contre l'Ordonnance de clôture, Doc. n° D427/1/30, 11 avril 2011) (ci-après, la « Décision de renvoi »).

¹⁴ Demande des co-procureurs, par. 1.

¹⁵ Demande d'annulation de IENG Sary, par. 20 à 28.



de leur client à un projet criminel commun¹⁶. Selon eux, il est seulement allégué dans la Décision de renvoi que IENG Sary aurait participé à un projet commun qui n'était pas en tant que tel de nature criminelle mais qui, en raison des politiques mises en œuvre pour le réaliser, aurait entraîné la commission de crimes. Or ils soutiennent que même en admettant que de telles allégations soient prouvées, elles seraient insuffisantes pour fonder une accusation de participation à une entreprise criminelle commune de première catégorie. Ils font en outre valoir qu'un accusé ne saurait répondre du crime de génocide en application de la théorie de l'entreprise criminelle commune que s'il est prouvé que celui-ci était animé d'une intention spécifique (à savoir celle de détruire, en tout ou en partie, un groupe en raison de la nationalité, de l'identité ethnique ou raciale ou de la religion des personnes composant ce groupe)¹⁷. Or ils constatent que les co-juges d'instruction se contentent d'alléguer que les participants à l'entreprise criminelle commune connaissaient l'intention génocide des auteurs des crimes commis, mais pas que IENG Sary partageait cette intention. Ils en concluent qu'il y a lieu de retirer de la Décision de renvoi toutes les références au fait que la réalisation du projet commun s'est étendue au crime de génocide¹⁸.

9. Si elle reconnaît que la première catégorie d'entreprise criminelle commune faisait clairement partie du droit cambodgien entre 1975 et 1979, la Défense de IENG Thirith conteste l'applicabilité de la forme systémique de cette théorie devant les CETC en raison des ambiguïtés et des incertitudes qui l'entourent¹⁹.

10. Les co-procureurs font valoir que IENG Sary a incorrectement interprété la Décision de renvoi en ce que les faits qui y sont visés permettent raisonnablement de déduire que ce dernier partageait l'intention de commettre des crimes dans le cadre de la mise en œuvre d'une entreprise criminelle commune²⁰. Ils soutiennent que pendant la période visée dans la Décision de renvoi, l'entreprise criminelle commune, sous toutes ses formes, était reconnue

¹⁶ Demande d'annulation de IENG Sary, par. 20.

¹⁷ Demande d'annulation de IENG Sary, par. 21 à 24.

¹⁸ Demande d'annulation de IENG Sary, par. 26 à 28.

¹⁹ Exception préliminaire de IENG Thirith, par. 36 et 37 (où cette dernière relève que le Code pénal cambodgien de 1956 prévoit deux modes de participation différents, la coaction et la complicité, qui recouvrent en grande partie l'entreprise criminelle commune sous ses formes élémentaire et systémique); voir également l'Exception préliminaire de KHIEU Samphan, par. 18 (où ce dernier dit reprendre à son compte, par renvoi, les arguments préalablement présentés par IENG Sary à la Chambre préliminaire sur la question).

²⁰ Réponse à la demande d'annulation de IENG Sary, par. 32 à 36.



en droit international coutumier comme constituant un mode de participation permettant d'engager la responsabilité pénale d'un contrevenant²¹.

3.2. Demande des co-procureurs

3.2.1. Sur la recevabilité

11. Toutes les équipes de Défense concluent à l'irrecevabilité de la Demande des co-procureurs en faisant valoir qu'il s'agit en fait d'une exception relative à la compétence fondée sur les dispositions de la règle 89 du Règlement intérieur et que le délai imparti pour soulever de telles exceptions préliminaires a depuis longtemps expiré²².

12. Les co-procureurs avancent quant à eux que leur demande est recevable car elle est fondée sur les dispositions de la règle 98 2) du Règlement intérieur²³, qui prévoit que la Chambre de première instance peut, dans son jugement, modifier les qualifications juridiques retenues dans la Décision de renvoi. Ils considèrent par ailleurs que ce changement de qualification ne peut pas porter atteinte au droit des Accusés à un procès équitable dès lors que, d'une part, ces derniers ont été informés en temps utile de la volonté des co-procureurs de voir certains faits incriminés requalifiés et que, d'autre part, la question de l'applicabilité de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune a été largement et contradictoirement débattue au cours de la phase préalable au procès²⁴. Les co-procureurs relèvent également que la Chambre de première instance a fait droit à une requête similaire dans le cadre du dossier n° 001²⁵.

3.2.2. Sur le fond

13. Dans leur demande, les co-procureurs prient la Chambre de première instance d'adopter la même démarche que celle de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international

²¹ Réponse unique aux exceptions préliminaires soulevées en vertu de la règle 89, par. 23 à 26 (où les co-procureurs indiquent qu'ils incorporent à cette réponse, par renvoi, les observations qu'ils ont présentées antérieurement en la matière).

²² Réponse de IENG Thirith, par. 3, 7 à 10 ; Réponse de NUON Chea, par. 3, Réponse de KHIEU Samphan, par. 26, Réponse de IENG Sary, par. 4 ; voir également la Demande présentée par IENG Sary tendant à ce que la Chambre de première instance rende une décision urgente statuant si les co-procureurs peuvent déposer des demandes de requalification à ce stade de la procédure, Doc. n° E103, 24 juin 2011.

²³ Demande des co-procureurs, par. 8.

²⁴ Demande des co-procureurs, par. 9 à 11.

²⁵ Demande des co-procureurs, par. 8, citant le Jugement rendu dans le cadre du dossier n° 001/18-07-2007-ECCC/TC, Chambre de première instance, Doc. n° E188, 26 juillet 2010 (le « Jugement *Duch* »), par. 496 et 516.



pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire *Le Procureur c/ Tadić* concernant l'applicabilité de la théorie de l'entreprise criminelle commune sous sa forme élargie²⁶. Pour souligner le caractère pertinent de leur demande, les co-procureurs se fondent tout particulièrement sur deux affaires jugées dans le cadre des procès de Nuremberg et citées dans l'Arrêt *Tadić*, à savoir celles des *lynchages d'Essen* (Tribunal militaire britannique à Essen) et de *l'île de Borkum* (Tribunal militaire des États-Unis à Dachau)²⁷. Ils font également valoir, à titre subsidiaire, que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune constitue un principe général de droit, ce qui autorise légitimement à la retenir en tant que mode de participation engageant la responsabilité²⁸.

14. Trois équipes de Défense font valoir en réponse que les précédents retenus dans l'Arrêt *Tadić* ne permettent pas de conclure que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune constituait un mode de participation reconnu en droit international coutumier entre 1975 et 1979²⁹. Deux équipes de Défense font également valoir que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune n'existait pas en tant que principe général de droit pendant la période visée dans la Décision de renvoi³⁰. La Défense de IENG Sary fait en outre observer que la Chambre d'appel du TPIY reconnaît elle-même dans son Arrêt *Tadić* que l'on ne saurait se fonder sur les législations et les jurisprudences nationales pour démontrer de manière irréfutable que la forme élargie de l'entreprise criminelle commune constituait bien, au regard du droit pénal international, un principe général de droit³¹.

4. MOTIFS

4.1. Introduction

15. La théorie de la responsabilité pénale individuelle découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune a été pour la première fois développée par la Chambre d'appel du TPIY dans le cadre de l'Arrêt *Tadić* en 1999. La Chambre d'appel du TPIY a alors déterminé que la participation à une entreprise criminelle commune constituait un mode

²⁶ Demande des co-procureurs, par. 20 et 21 ; *Le Procureur c/ Tadić*, Arrêt, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel du TPIY, 15 juillet 1999 (l'« Arrêt *Tadić* »).

²⁷ Demande des co-procureurs, par. 24 à 28.

²⁸ Demande des co-procureurs, par. 29 et 30.

²⁹ Réponse de IENG Thirith, par. 19 ; Réponse de NUON Chea, par. 8 ; Réponse de IENG Sary, par. 9 à 17. La Défense de KHIEU Samphan, quant à elle, s'attache exclusivement à démontrer que la Demande des co-procureurs est irrecevable.

³⁰ Réponse de IENG Thirith, par. 20 ; Réponse de IENG Sary, par. 19 à 21.

³¹ Réponse de IENG Sary, par. 19.



de participation relevant de la « commission »³². De la même façon, tant la Chambre préliminaire que la Chambre de première instance des CETC ont considéré que la commission du fait d'une participation à une entreprise criminelle commune fait partie des modes de participation prévus par l'article 29 (nouveau) de la Loi relative aux CETC³³. Les trois catégories d'entreprise criminelle commune énoncées dans l'Arrêt *Tadić* sont les suivantes :

- La première catégorie d'entreprise criminelle commune, dite « élémentaire », concerne des affaires où les coauteurs, qui agissent de concert en exécution d'un but commun, sont tous animés de la même intention criminelle³⁴ ;
- La deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune, dite « systémique », se caractérise par l'existence d'un système organisé de mauvais traitements, tel qu'un camp d'extermination ou de concentration, dans lequel les prisonniers sont tués ou maltraités en exécution d'un plan criminel commun³⁵, et
- La troisième catégorie d'entreprise criminelle commune, dite « élargie », s'applique dans le cadre d'affaires où des individus s'entendent sur un but commun et dans lesquelles ces individus et d'autres contrevenants commettent effectivement des actes qui, quoique débordant le cadre de ce but commun, sont une conséquence naturelle et prévisible de sa réalisation³⁶. Pour pouvoir retenir la responsabilité pénale d'un accusé en tant que participant à une entreprise criminelle commune élargie, il faut démontrer que ce dernier a eu l'intention de contribuer à la réalisation du but criminel visé par le groupe, étant entendu que la responsabilité pour un crime autre que celui envisagé dans le projet commun ne peut être retenue que s'il était prévisible qu'un tel crime était susceptible d'être commis et que l'accusé a délibérément pris ce risque³⁷.

4.2. *Degré de précision requis dans la Décision de renvoi pour retenir une accusation fondée sur l'existence d'une entreprise criminelle commune*

4.2.1. Droit applicable

16. La Chambre de première instance relève que dans le cas d'un crime supposant une intention spécifique, il y a lieu de démontrer non seulement que l'accusé avait l'intention d'en commettre la ou les infraction(s) sous-jacente(s), mais qu'il était animé de l'intention spécifique requise pour que ce crime soit constitué³⁸. Dans le cas du génocide, par exemple,

³² Arrêt *Tadić*, par. 190.

³³ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 49 ; Jugement *Duch*, par. 511.

³⁴ Arrêt *Tadić*, par. 196 à 201.

³⁵ Arrêt *Tadić*, par. 202 et 203.

³⁶ Arrêt *Tadić*, par. 204.

³⁷ Arrêt *Tadić*, par. 228.

³⁸ *Le Procureur c. Simba*, Jugement portant condamnation, affaire n° ICTR-2001-76-T, Chambre de première instance I du TPIR, 13 décembre 2005 (le « Jugement *Simba* »), par. 388 ; *Le Procureur c. Munyakazi*, Jugement portant condamnation, affaire n° ICTR-97-36A-T, Chambre de première instance I du TPIR, 5 juillet 2010

pour pouvoir déclarer un accusé pénalement responsable de ce crime en tant que participant à une entreprise criminelle commune, il faut donc établir qu'il avait l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe protégé³⁹. Une telle intention génocide peut être démontrée sur la base de preuves par indices, pour autant qu'il s'agisse, dans le cadre des circonstances de l'espèce, de la seule conclusion raisonnable possible⁴⁰.

17. La Chambre de première instance souligne en outre que l'entreprise criminelle commune est un mode de participation et non un crime à part entière. En conséquence, pour retenir la responsabilité d'un accusé en tant que participant à une entreprise criminelle commune, il suffit de démontrer que ce dernier a participé, d'une certaine façon, au projet commun qui implique la perpétration d'un crime entrant dans le champ de compétence de la juridiction concernée, que ce soit en commettant un de ces crimes ou en apportant une assistance ou une contribution en vue de la réalisation du projet commun⁴¹. Il ressort de la jurisprudence constante d'autres tribunaux internationaux en la matière qu'il n'est pas nécessaire que le projet faisant partie intégrante de l'entreprise criminelle commune soit en tant que tel de nature criminelle dès lors que pour le réaliser, il est envisagé de commettre des crimes⁴². Dans le cadre de la procédure d'appel devant le Tribunal spécial pour la Sierra Léone (TSSL) dans l'affaire *Brima et consorts*, la Défense a fait valoir que l'acte d'accusation était vicié du fait que le plan commun allégué par le Procureur ne constituait pas un crime relevant du droit international⁴³. Se fondant sur plusieurs affaires jugées par le TPIY et sur le Statut de Rome, la Chambre d'appel du TSSL a déterminé que le plan, projet ou objectif commun d'une entreprise criminelle devait soit tendre à la perpétration d'un crime soit envisager la possibilité que des crimes soient commis en tant que moyens de parvenir à sa réalisation⁴⁴. Cette Chambre a déclaré que : « [s]i l'on ne saurait considérer l'objectif visant à prendre et exercer le pouvoir politique en Sierra Léone et à assurer le contrôle de son territoire comme un crime visé par le Statut, il n'en va pas de même pour les actions

(le « Jugement *Munyakazi* »), par. 439 ; *Le Procureur c/ Kvočka et consorts*, Jugement, affaire n° IT-98-30/1-T, Chambre de première instance du TPIY, 2 novembre 2001, par. 288 ; *Le Procureur c/ Kvočka et consorts*, Arrêt, affaire n° IT-98-30/1-A, Chambre d'appel du TPIY, 28 février 2005 (l'« Arrêt *Kvočka* »), par. 240 à 245 ; *Le Procureur c/ Krnojelac*, Arrêt, affaire n° IT-97-25-A, Chambre d'appel du TPIY, 17 septembre 2003 (l'« Arrêt *Krnojelac* »), par. 111.

³⁹ Jugement *Simba*, par. 415 à 419 ; Jugement *Munyakazi*, par. 500 et 501.

⁴⁰ Jugement *Simba*, par. 415 à 419 ; Jugement *Munyakazi*, par. 500 et 501.

⁴¹ Arrêt *Tadić*, par. 227 ; Arrêt *Kvočka*, par. 46 ; Arrêt *Krnojelac*, par. 31. Voir également *Le Procureur c. Ntakirutimana et consorts*, Arrêt, affaire n° ICTR-96-10-A et ICTR-96-17-A, Chambre d'appel du TPIR, 13 décembre 2004 (uniquement disponible en anglais), par. 466.

⁴² Affaire *Prosecutor v. Brima et al.*, n° SCSL-2004-16-A, Arrêt, Chambre d'appel du TSSL, 22 février 2008 (l'« Arrêt *Brima* »), par. 80.

⁴³ Arrêt *Brima*, par. 71 ; Arrêt *Kvočka*, par. 46.

⁴⁴ Arrêt *Brima*, par. 77 à 80.



envisagées comme moyens de parvenir à cet objectif et qui, elles, constituent bien des crimes au sens des dispositions statutaires [traduction non officielle]. »⁴⁵ La Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Kvočka* a considéré, de manière similaire, que les poursuites dans cette affaire étaient fondées sur l'existence d'une entreprise criminelle commune dont le but commun allégué était « de créer un État serbe en ex-Yougoslavie »⁴⁶. Par conséquent, le plan, projet ou objectif commun poursuivi à travers une entreprise criminelle peut soit être en tant que tel criminel soit envisager la commission de crimes pour parvenir à sa réalisation.

4.2.2. Analyse des dispositions de la Décision de renvoi relatives au projet commun et à l'élément moral requis pour établir une participation à une entreprise criminelle commune

18. En ce qui concerne la nature du projet commun telle qu'elle est alléguée dans le dossier n° 002, la Décision de renvoi énonce :

« Le projet commun des dirigeants du PCK était de réaliser au Cambodge une révolution socialiste rapide par tous les moyens nécessaires, à la faveur d'un « grand bond en avant » et en défendant le Parti contre les ennemis de l'intérieur comme de l'extérieur. Ce projet en lui-même n'était pas de nature intégralement [sic] criminelle mais sa mise en œuvre a consisté à commettre des crimes relevant de la compétence des CETC, ou en a impliqué la perpétration. »⁴⁷

19. S'il ressort clairement des termes du paragraphe susmentionné de la Décision de renvoi que le projet commun n'était pas intégralement [sic] criminel, il y est tout aussi clairement précisé que sa mise en œuvre a impliqué la perpétration de crimes relevant de la compétence des CETC. En outre, le paragraphe suivant de cette décision mentionne un certain nombre de politiques criminelles dont la mise en œuvre a résulté « en la commission de crimes, ou en a impliqué la perpétration par des membres de l'entreprise criminelle commune ainsi que par des personnes qui n'en faisaient pas partie »⁴⁸. Il est donc clair que le projet commun a impliqué la commission d'actes criminels par les participants à l'entreprise criminelle commune. Ce qu'énonce la Décision de renvoi est donc parfaitement en concordance avec la jurisprudence précitée, ce qui enlève tout

⁴⁵ Arrêt *Brima*, par. 84.

⁴⁶ Arrêt *Kvočka*, par. 46 (où la Chambre d'appel du TPIY considère que l'Accusation a clairement et constamment précisé qu'elle entendait se fonder sur la théorie de l'entreprise criminelle commune et rejette le moyen d'appel de la Défense relatif au manque de précision de l'acte d'accusation).

⁴⁷ Décision de renvoi, par. 1524.

⁴⁸ Décision de renvoi, par. 1525.

fondement à l'argument faisant valoir que la mise en accusation de IENG Sary sous le mode de participation « commission » reposerait uniquement sur le fait qu'il a participé à un projet commun non criminel.

20. Concernant l'intention génocide dont seraient animés les Accusés en tant que participants à une entreprise criminelle commune, la Décision de renvoi stipule :

« Quant aux politiques dirigées contre les Chams et les Vietnamiens, le projet d'éliminer ces groupes pourrait n'avoir existé qu'à partir d'avril 1977 pour les Vietnamiens et à partir du début de l'année 1977 pour les Chams. À partir de ce moment là, les membres de l'entreprise criminelle commune avaient connaissance du fait que la réalisation du projet commun s'était étendue au génocide de ces groupes protégés. Le fait pour les membres de l'entreprise criminelle commune d'accepter cet accroissement des moyens criminels employés tout en persistant dans la réalisation du projet commun signifiait qu'ils avaient l'intention de réaliser ce projet par le génocide. »⁴⁹

21. En outre, les paragraphes 1532 à 1541 de la Décision de renvoi décrivent le comportement allégué des Accusés ainsi que leur participation à une entreprise criminelle commune. Si ce comportement venait à être établi, il serait alors possible de conclure que les Accusés étaient animés de l'intention spécifique requise pour établir le crime de génocide⁵⁰. La Chambre de première instance considère dès lors qu'au paragraphe 1527 de la Décision de renvoi, lorsqu'elle le lit conjointement avec tous les autres paragraphes de cette décision, les co-juges d'instruction n'ont pas incorrectement interprété l'élément moral requis en cas de crime de génocide commis dans le cadre d'une entreprise criminelle commune.

4.3. *Applicabilité des première et deuxième catégories d'entreprise criminelle commune*

22. Dans le Jugement *Duch*, la Chambre de première instance a statué que la « commission du fait d'une participation à une entreprise criminelle commune » faisait partie des modes de participation prévus par l'article 29 (nouveau) de la Loi relative

⁴⁹ Décision de renvoi, par. 1527.

⁵⁰ Voir le Jugement *Simba*, par. 415 à 419 et le Jugement *Munyakazi*, par. 500 et 501 (où les Chambres de première instance déterminent que l'intention génocide ne peut être établie par inférence que lorsque cette déduction s'avère être la seule conclusion raisonnable possible au vu des éléments de preuve présentés au procès).



aux CETC⁵¹. Elle a en outre considéré que la forme systémique de l'entreprise criminelle commune, ainsi que la forme élémentaire dont elle découle, faisaient partie du droit international coutumier pendant la période allant de 1975 à 1979⁵². la Chambre préliminaire a également confirmé que les première et deuxième catégories d'entreprise criminelle commune étaient applicables devant les CETC, après avoir jugé qu'elles constituaient des modes de participation reconnus par le droit international coutumier à l'époque des faits visés dans le dossier n° 002⁵³. Par conséquent, la Chambre de première instance estime que l'applicabilité des formes élémentaire et systémique de la théorie de l'entreprise criminelle commune devant les CETC constitue un principe bien établi dans la jurisprudence de ces chambres.

4.4. *Applicabilité de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune*

4.4.1. Sur la recevabilité de la Demande des co-procureurs

23. La Chambre relève qu'en l'espèce les co-procureurs fondent essentiellement leurs poursuites sur la première catégorie d'entreprise criminelle commune. Dans leur demande, ils confirment que l'entreprise criminelle commune élémentaire est le mode de participation qui reflète le mieux la responsabilité des Accusés par rapport aux crimes visés dans la Décision de renvoi⁵⁴. Ils demandent de retenir également la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune comme possible mode de participation, mais uniquement dans le cas où, pour certains faits incriminés dans le cadre du dossier n° 002, le lien entre ces actes criminels et les Accusés ne pourrait pas être établi en appliquant la théorie de l'entreprise criminelle commune élémentaire⁵⁵. Ils font en effet valoir qu'il existe une possibilité, même si elle est infime, qu'un nombre très limité de faits criminels allégués dans la Décision de renvoi n'entrent pas dans le cadre du plan criminel commun tel que conçu à l'origine⁵⁶. Si tel était le cas, ils demandent à la Chambre de première instance d'exercer son pouvoir discrétionnaire en la matière et de déclarer que les Accusés peuvent avoir à répondre de ce nombre très limité

⁵¹ Jugement *Duch*, par. 511.

⁵² Jugement *Duch*, par. 511 à 513. Dans ce jugement, la Chambre n'a pas statué sur l'applicabilité de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune puisque la question ne se posait pas dans le cadre de ce dossier.

⁵³ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 54 à 73 (où, pour motiver sa conclusion, la Chambre préliminaire renvoie notamment au Statut de Nuremberg, à la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle allié, à la jurisprudence tirée d'affaires jugées par des tribunaux internationaux ainsi qu'à d'autres décisions et publications faisant autorité en la matière).

⁵⁴ Demande des co-procureurs, par. 2.

⁵⁵ Demande des co-procureurs, par. 3.

⁵⁶ Demande des co-procureurs, par. 2.



de faits incriminés en tant que participants à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie⁵⁷.

24. La Chambre de première instance a déjà déterminé qu'elle pouvait modifier les qualifications juridiques retenues dans la décision de renvoi en application de la règle 98 2) du Règlement intérieur⁵⁸. Dans le Jugement *Duch*, elle a rappelé qu'elle avait notifié à l'accusé que la question de l'applicabilité de la théorie de l'entreprise criminelle commune devant les CETC était pendante devant elle et qu'elle comptait rendre sa décision en la matière en même temps que le jugement au fond. Elle a donc considéré qu'en modifiant les qualifications juridiques adoptées de manière à pouvoir retenir le mode de participation que constitue l'entreprise criminelle commune, elle ne portait aucunement atteinte au droit de l'accusé à bénéficier d'un procès équitable⁵⁹.

25. La Chambre de première instance considère donc qu'elle peut à tout moment, jusqu'au prononcé du jugement au fond, modifier les qualifications juridiques des faits retenues dans la Décision de renvoi pour qu'elles concordent avec tout autre mode de participation approprié et applicable devant les CETC, à la seule condition de ne pas déroger aux exigences impérieuses inhérentes au droit à un procès équitable⁶⁰. S'il est vrai qu'en l'espèce, les co-procureurs, contrairement à ce qu'ils avaient fait dans le cadre du dossier n° 001, n'ont pas informé les juges et les parties à l'audience initiale de ce qu'ils comptaient demander à la Chambre d'appliquer également la théorie de la participation à une entreprise criminelle commune élargie au cas des Accusés, force est néanmoins de constater qu'ils ont soulevé cette question avant le début du procès au fond⁶¹. Il n'est donc pas inéquitable vis-à-vis des Accusés d'examiner la Demande des co-procureurs à ce stade. La Chambre de première instance estime donc que la demande de requalification des co-procureurs ne viole ni le droit des Accusés à être suffisamment informés de la nature des accusations retenues contre eux ni aucun autre principe relatif au droit à un procès équitable.

⁵⁷ Demande des co-procureurs, par. 3.

⁵⁸ Jugement *Duch*, par. 496.

⁵⁹ Jugement *Duch*, par. 503.

⁶⁰ Dans le cadre juridique propre aux CETC, cela oblige la Chambre à demeurer dans les limites des faits visés dans la décision de renvoi (voir la règle 98 2) du Règlement intérieur : « La Chambre ne peut statuer que sur les faits mentionnés dans la décision de renvoi. Toutefois, la Chambre peut modifier les qualifications juridiques adoptées dans la décision de renvoi, sous réserve de n'introduire aucun élément constitutif nouveau ».)

⁶¹ Jugement *Duch*, par. 489, note de bas de page 862 ; voir aussi la Réponse de la Défense à la demande des co-procureurs visant à faire appliquer en l'espèce la théorie de l'entreprise criminelle commune, Doc. n° E73/2, 17 septembre 2009, par. 7 à 13 (où la Défense conteste la recevabilité de la demande parce que la Chambre préliminaire a exclu l'entreprise criminelle commune de l'Ordonnance de clôture modifiée, et que cette théorie n'a pas été plaidée de façon suffisamment spécifique par les co-procureurs).



Par conséquent, la Chambre rejette la demande déposée en dernier lieu par IENG Sary visant à ce qu'elle se prononce sur cette question de requalification exclusivement au regard de la recevabilité⁶².

4.4.2. Sur le bien-fondé de la Demande des co-procureurs

26. À titre liminaire, la Chambre de première instance relève que l'applicabilité de la théorie de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune a fait l'objet de longs débats devant les CETC. Cette question a aussi déjà été examinée en appel par la Chambre préliminaire dans le cadre du dossier n° 002. Bien que la Chambre de première instance n'ait pas vocation à connaître de recours formés contre des décisions de la Chambre préliminaire, elle relève que la demande sur laquelle elle doit à présent se prononcer est en très grande partie similaire à celle dont avait été saisie la Chambre préliminaire. Aussi, lorsqu'elle ne verra pas de raisons impérieuses de s'écarter de l'analyse de la Chambre préliminaire ou des conclusions tirées par celle-ci, la Chambre de première instance, soucieuse des impératifs d'efficacité judiciaire, ne se prononcera pas par de très longs motifs.

4.4.2.1. La Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune

27. Dans sa Décision relative à l'entreprise criminelle commune, la Chambre préliminaire a examiné en détail les instruments juridiques en vigueur avant 1975, notamment le Statut de Nuremberg et la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle allié. Tout comme la Chambre de première instance dans le Jugement *Duch*, elle a considéré que les première et deuxième catégories d'entreprise criminelle commune constituaient des modes de participation reconnus en droit international coutumier au cours de la période visée dans la Décision de renvoi⁶³. Elle a toutefois relevé que ces instruments internationaux ne reconnaissaient pas spécifiquement la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune⁶⁴. Elle a également examiné les affaires postérieures à la deuxième guerre mondiale citées dans l'Arrêt *Tadić*, dont celles de l'île de *Borkum* et des *lynchages d'Essen*, pour déterminer si, à l'époque des faits incriminés dans le cadre du dossier n° 002, l'entreprise criminelle commune élargie

⁶² Voir la Demande présentée par IENG Sary tendant à ce que la Chambre de première instance rende une décision urgente statuant si les co-procureurs peuvent déposer des demandes de requalification à ce stade de la procédure, Doc. n° E103, 24 juin 2011.

⁶³ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 69 à 72.

⁶⁴ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 78.



faisait partie des notions reconnues par le droit international coutumier pour engager la responsabilité pénale d'un accusé⁶⁵. Elle a estimé que les affaires jugées en application de la Loi n° 10 du Conseil de Contrôle allié ne permettaient pas de conclure que les accusés déclarés coupables l'ont été du fait d'une participation à une entreprise criminelle commune élargie⁶⁶. La Chambre préliminaire a en outre souligné que plusieurs affaires jugées par des juridictions nationales et citées dans l'Arrêt *Tadić* pour justifier l'application de la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune n'apportaient pas la preuve suffisante que cette troisième catégorie relevait d'une pratique constante des États ou d'une *opinio juris* généralisée à l'époque des faits visés dans le dossier n° 002⁶⁷.

28. La Chambre préliminaire a finalement examiné si la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune pouvait être retenue comme mode de participation susceptible d'engager la responsabilité pénale des Accusés parce qu'elle faisait partie des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » à l'époque de faits incriminés⁶⁸. La Chambre préliminaire a tout d'abord noté la conclusion à laquelle la Chambre d'Appel du TPIY était parvenue dans l'Arrêt *Tadić*, à savoir qu'une même notion de responsabilité fondée sur l'existence d'un but commun n'avait pas été adoptée par la plupart des systèmes de droit nationaux⁶⁹. Elle a ensuite estimé qu'il n'était pas utile qu'elle détermine si la forme élargie de l'entreprise criminelle commune équivalait à un principe général de droit entre 1975 et 1979, aux motifs qu'elle n'était en tout état de cause pas convaincue qu'à l'époque, il était suffisamment prévisible pour les Accusés que les crimes débordant le cadre du but commun pourraient engager leur responsabilité en tant que co-auteurs ni que la législation pertinente permettant de les déclarer responsables leur était suffisamment accessible, dès lors que

⁶⁵ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 79 à 82.

⁶⁶ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 80.

⁶⁷ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 82.

⁶⁸ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 84 ; Les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » sont une source de droit international distincte du droit coutumier et conventionnel (Voir le Statut de la Cour internationale de justice, art. 38 1) c)). Ni la jurisprudence ni la doctrine n'indiquent clairement si un tel principe peut, à lui seul, constituer la source d'un principe de droit international d'application générale, ou s'il s'agit uniquement d'une preuve supplémentaire tendant à corroborer que ce principe général a été accepté comme norme de droit international coutumier. Voir, par exemple, Malcolm Shaw, *International Law* (Cambridge 2003) p. 93 à 99 (« Il existe de nombreux avis différents concernant la question de savoir ce qu'est censée recouvrir la notion de 'principes généraux de droit'. [...] [L]a plupart des spécialistes ayant écrit sur la question sont toutefois disposés à considérer que les 'principes généraux' constituent bien une source distincte de droit, mais d'une portée relativement limitée. Cette opinion est d'ailleurs reflétée dans les décisions de la Cour internationale de Justice et de sa devancière, la Cour permanente de Justice internationale. » [Traduction non officielle])

⁶⁹ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 85, citant l'Arrêt *Tadić*, par. 225 à 226.



la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune ne trouvait alors aucun fondement en droit interne cambodgien⁷⁰.

29. Pour les motifs exposés ci-après, la Chambre de première instance souscrit fondamentalement à l'analyse de la Chambre préliminaire concernant les affaires de l'après-deuxième guerre mondiale susmentionnées. La Chambre de première instance a par ailleurs procédé à son propre examen en vue de déterminer dans quelle mesure la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune était une théorie reconnue dans plusieurs systèmes juridiques nationaux, et elle en est également arrivée à conclure que cette théorie ne saurait être considérée comme ayant constitué un principe général de droit entre 1975 et 1979.

4.4.2.2. *Affaires postérieures à la deuxième guerre mondiale citées dans l'Arrêt Tadić*

- *Affaires de l'île de Borkum et des lynchages d'Essen*

30. Dans l'affaire de l'île de Borkum, plusieurs ressortissants allemands étaient accusés d'avoir 'à tort aidé, encouragé et participé au meurtre' de sept aviateurs américains et d'avoir 'à tort aidé, encouragé et participé aux agressions commises à l'encontre' de ces derniers⁷¹. Ces aviateurs américains, après avoir fait un atterrissage forcé sur l'île de Borkum ont, sur ordre d'un officier allemand, été faits prisonniers et emmenés en ville sous escorte militaire, sans que la moindre protection contre des actes d'agression par des civils ne leur soit donnée. Les Américains ont été frappés par plusieurs personnes de la foule, et l'un d'entre eux aurait même été abattu par un soldat allemand qui n'était pas en service. Tous les sept ont finalement été tués⁷². Quinze accusés ont été jugés pour ces meurtres, dont deux civils, cinq officiers et les membres de l'escorte militaire⁷³. Quatorze des quinze accusés ont été reconnus coupables et condamnés à des peines allant de deux ans d'emprisonnement à la peine de mort⁷⁴. Toutefois en l'absence de motivation du jugement, on ne peut vérifier sur quel fondement ils ont été déclarés coupables. Il ne ressort pas non plus clairement du verdict dans quelle mesure les accusés auraient été reconnus pénalement responsables d'un acte qu'ils n'avaient pas commis directement. S'il n'est pas exclu que les déclarations

⁷⁰ Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune, par. 87.

⁷¹ Voir *United States v. Haesiker*, Case No. 12-489-1, 16 octobre 1947, *Review Judgement* (fondé sur les mêmes faits que dans l'affaire *United States of America v. Goebell, et. al.* 6 février-21 mars 1946) (l'« Affaire de l'île de Borkum »).

⁷² Affaire de l'île de Borkum, p. 191.

⁷³ Affaire de l'île de Borkum, p. 191.

⁷⁴ Affaire de l'île de Borkum, p. 191.



de culpabilité aient pu avoir été prononcées en application de la théorie de l'entreprise criminelle commune élargie, la Chambre considère qu'elles ont tout aussi bien pu reposer sur un autre mode de participation.

31. De même, le jugement dans l'affaire des *lynchages d'Essen* existe uniquement sous la forme d'un résumé fourni par la Commission d'enquête des Nations Unies sur les crimes de guerre⁷⁵. Le fondement juridique sur lequel reposent les déclarations de culpabilité qu'il contient ne ressort pas non plus très clairement. Le résumé disponible du jugement mentionne à plusieurs reprises les termes 'incitation', 'instigation' et 'ordre', ce qui donne à penser que, contrairement à ce qu'a conclu la Chambre d'appel *Tadić*, les déclarations de culpabilité sont peut-être fondées sur d'autres modes de participation que l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie⁷⁶. La Chambre considère donc qu'au vu des documents de cette affaire encore disponibles aujourd'hui, la conclusion tirée dans l'Arrêt *Tadić* n'est pas la seule possible.

4.4.2.3. *Autres affaires postérieures à la deuxième guerre mondiale*

32. La Chambre de première instance a également examiné d'autres affaires pertinentes citées dans une récente décision du Tribunal spécial pour le Liban, rendue postérieurement à la Décision de la Chambre préliminaire relative à l'entreprise criminelle commune⁷⁷. Après avoir passé en revue ces autres affaires postérieures à la deuxième guerre mondiale, la Chambre de première instance considère qu'on ne peut pas non plus en tirer des éléments permettant de conclure que l'entreprise criminelle commune de troisième catégorie constituait une théorie reconnue en droit international pénal général entre 1975 et 1979.

33. Si, dans sa décision préjudicielle, le Tribunal spécial pour le Liban a déterminé que l'entreprise criminelle commune élargie constituait un mode de participation applicable devant lui, il a justifié cette différence de position avec la Chambre préliminaire des CETC en soulignant que sa compétence *ratione temporis* lui imposait de tenir compte des développements de la jurisprudence en la matière à partir du début des années 90⁷⁸. Il n'empêche que le Tribunal spécial pour le Liban cite également, dans sa décision, un certain

⁷⁵ *Trial of Erich Heyer and Six Others, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen*, 18, 19, 21 et 22 décembre 1945, UNWCC, vol. 1 (1949) (l'« Affaire des lynchages d'Essen »).

⁷⁶ *Affaire des lynchages d'Essen*, p. 89 et 90.

⁷⁷ Affaire n° STL-11-01/1, Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, Tribunal spécial pour le Liban, 16 février 2011 (la « Décision préjudicielle du Tribunal spécial pour le Liban »).

⁷⁸ Décision préjudicielle du Tribunal spécial pour le Liban, par. 239, note de bas de page 360.

nombre d'autres affaires postérieures à la deuxième guerre mondiale, qui le confortent dans son idée que la reconnaissance en droit international pénal général de la troisième catégorie d'entreprise criminelle remonte à cette période⁷⁹.

34. Deux de ces affaires, *United States v. Ulrich and Merkle* et *United States v. Wuefert et al.*, ont été jugées par le Tribunal militaire des États-Unis à Dachau⁸⁰. Ces affaires mettaient en cause des hommes d'affaire qui possédaient des usines proches du camp de concentration de Dachau et qui employaient des prisonniers pour des travaux forcés. Ils ont été jugés responsables d'actes de mauvais traitement infligés aux prisonniers au camp de Dachau et dans les usines, notamment de meurtre, de passages à tabac, de torture et de sous-alimentation. Force est de constater que dans sa décision préjudicielle, le Tribunal spécial pour le Liban se contente de citer des jugements en révision qui ne donnent pas les motifs sous-tendant la décision de confirmer les déclarations de culpabilité prononcées. Le jugement en révision dans l'Affaire *Ulrich et Merkle*, par exemple, conclut simplement que « [i]l a été démontré que les deux accusés ont participé à des atrocités de masse et, au vu des éléments de preuve produits, le tribunal était fondé à conclure [...] non seulement que leur degré de participation avait été important, mais également que la nature et l'ampleur de cette participation justifiaient la peine imposée [traduction non officielle] »⁸¹. Ces affaires semblent relever de la première ou de la deuxième catégorie d'entreprise criminelle commune dès lors que les accusés faisaient partie du système du camp de concentration et qu'ils ont personnellement pris part aux mauvais traitements infligés aux prisonniers. En revanche, les faits qui y sont visés permettent difficilement de confirmer la thèse de la responsabilité découlant d'une participation à une entreprise criminelle commune élargie, à savoir une responsabilité encourue pour des crimes qui n'entraient pas dans le cadre du plan commun mais qui en étaient néanmoins la conséquence naturelle et prévisible.

35. Par conséquent, la Chambre de première instance ne considère pas que ces sources jurisprudentielles supplémentaires corroborent la thèse selon laquelle la troisième catégorie

⁷⁹ Décision préjudicielle du Tribunal spécial pour le Liban, par. 237, note de bas de page 355.

⁸⁰ *United States v. Hans Ulrich and Merkle*, Case No. 000-50-2-17, *Deputy Judge Advocate's Office, 7708 War Crimes Group - European Command, Review and Recommendations*, 12 juin 1947, *Reviews of United States Army War Crimes Trials in Europe 1945-1948*, voir : <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/dachautrial/d19.pdf> (l'« Affaire Ulrich et Merkle ») ; *United States v. Hans Wuefert et al.*, Case No. 000-50-2-72, *Deputy Judge Advocate's Office, 7708 War Crimes Group - European Command, Review and Recommendations*, 19 septembre 1947, *Reviews of United States Army War Crimes Trials in Europe 1945-1948*, voir : <http://dev.jewishvirtuallibrary.org/items/7110.html> (l'« Affaire Wuefert et consorts »).

⁸¹ Affaire *Ulrich et Merkle*, Section 5 (« Commentaires »).



d'entreprise criminelle commune était devenue un principe de droit international coutumier à l'époque des faits visés dans le dossier n° 002.

4.4.2.4. *L'entreprise criminelle commune élargie comme principe général de droit*

36. Les co-procureurs citent plusieurs codes pénaux nationaux pour démontrer que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune constituait un « principe général de droit reconnu par les nations civilisées » entre 1975 et 1979⁸². La Chambre préliminaire ne s'étant pas expressément prononcée sur la possibilité de considérer que l'entreprise criminelle commune élargie s'inscrivait parmi les 'principes généraux de droit' à l'époque des faits visés dans la Décision de renvoi, la Chambre de première instance a entrepris d'examiner les arguments avancés de ce chef par les co-procureurs.

37. Dans l'Arrêt *Tadić* la Chambre d'appel du TPIY a retenu que les « références aux législations et aux jurisprudences nationales ne visent qu'à démontrer que la notion de but commun, consacrée par le droit pénal international, a des bases dans de nombreux systèmes nationaux »⁸³. Elle a néanmoins également souligné qu'« on ne peut se fonder sur les législations et les jurisprudences nationales en tant que sources de normes et principes internationaux, dans le cadre de la doctrine des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées : pour que cela soit possible, il faudrait démontrer que la plupart, si ce n'est la totalité des pays, adoptent la même notion de but commun »⁸⁴. L'étude de plusieurs systèmes juridiques nationaux, notamment celui du Royaume-Uni⁸⁵, des États-Unis⁸⁶, de l'Allemagne⁸⁷, de l'Union soviétique⁸⁸, des Pays-Bas⁸⁹, de la France⁹⁰,

⁸² Demande des co-procureurs, par. 29 (citant les Code pénaux des Philippines, de la France et de l'Italie).

⁸³ Arrêt *Tadić*, par. 225.

⁸⁴ Arrêt *Tadić*, par. 225.

⁸⁵ En application de la doctrine de l'entreprise commune appliquée par les tribunaux anglais à partir de 1975, un accusé ne pouvait voir sa responsabilité engagée que pour les crimes qui avaient été « acceptés » lors de l'élaboration du plan commun. Ce mode de participation ressemble davantage à la première qu'à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune (voir, par exemple, *Anderson and Morris* (1966) 2 QB 110 ; voir aussi *A. Ashworth, Principles of Criminal Law* (Oxford, 1999), p. 448).

⁸⁶ Aux États-Unis, il existe une forme particulière de responsabilité découlant de la participation à un but commun, qualifiée d'entente criminelle (voir, par exemple, *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640 (1946)). Toutefois, l'entente criminelle constitue une infraction distincte (qui se définit par le fait de s'accorder à commettre l'infraction) et non un mode de participation.

⁸⁷ Le Code pénal allemand prévoit une forme d'intention délictuelle qui est le *dolus eventualis* (voir *P. Cramer et G. Heine, A. Schoenke, H. Schroeder et al., Strafgesetzbuch Kommentar* (27th ed., Munich : C.H. Beck, 2006), p. 277). Toutefois, la Cour suprême allemande a refusé de retenir le *dolus eventualis* dans les cas où les crimes commis par un co-auteur débordaient le cadre du plan convenu. Voir, par exemple, *Reichsgericht RGSt 44, 321*, Arrêt du 2 février 1911 (affaire dans le cadre de laquelle, alors que le plan commun consistait à infliger des sévices corporels, l'un des co-auteurs avait tué la victime).

et du Cambodge⁹¹, à laquelle la Chambre de première instance a elle-même procédé, montre qu'il existe sur cette question une divergence considérable d'approche entre ces pays. La Chambre de première instance est donc d'accord avec la Chambre d'appel du TPIY dans son Arrêt *Tadić* pour dire que la pratique des États en ce qui concerne la notion de but commun n'est pas suffisamment uniforme pour pouvoir considérer cette notion comme un principe général de droit.

⁸⁸ Selon le droit soviétique applicable en 1975, la commission d'une infraction après entente préalable est une circonstance aggravante à prendre en compte dans le cadre de la détermination de la peine (article 17.1 de *Ugolovnij Kodeks RSFSR* (le Code pénal de la République soviétique), adopté le 27 octobre 1960). La personne qui crée et qui dirige un groupe n'est responsable des infractions commises par les membres du groupe que si ces actes entraînent dans le cadre de l'entente et si elle-même était animée de l'intention que ces crimes soient commis. Dans le Code pénal russe, cette disposition a été développée et prévoit désormais que les participants à l'entente ne sont pas responsables de « l'excès de l'auteur principal » lorsque cet auteur commet des crimes qu'ils n'avaient pas l'intention de commettre (voir articles 30 2), 35 7), 36 de *Ugolovnij Kodeks Rossiskoi Federacii* (Code pénal de la Fédération de Russie, adopté par la Douma d'État le 24 mai 1996 et par le Conseil de la Fédération le 5 juin 1996).

⁸⁹ Jusqu'en 1981, la coaction en droit néerlandais ressemblait à la forme de responsabilité découlant d'une participation à la première catégorie d'entreprise criminelle commune, en ce sens qu'elle exigeait que, dans leur « collaboration » les co-auteurs soient animés de la même intention (voir la Décision de la Cour suprême des Pays-Bas, 17 novembre 1981, NJ 1983, 84/197, citée dans van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, TMC Asser Press, 2003, p. 75).

⁹⁰ La co-action et la complicité (cette dernière notion englobant, notamment, celles d'aide et encouragement et d'incitation à commettre) sont deux formes de responsabilité pénales prévues en droit français. Par co-auteur, il faut entendre une personne qui commet les faits incriminés avec un ou plusieurs autres auteurs. Est complice d'un crime « la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la perpétration ou la consommation », ou « la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre. » (Article 121-7 du Code pénal français). Tant la co-action que la complicité impliquent l'existence d'une intention commune ou partagée de commettre un crime ou d'en faciliter la commission. Aucune de ces deux notions ne reflète celle que recouvre la participation à une entreprise criminelle commune de troisième catégorie telle qu'elle est définie dans l'Arrêt *Tadić* dès lors qu'elles excluent que des co-auteurs ou des complices puissent être déclarés responsables de crimes qui n'entrent pas dans le cadre de l'intention commune ou partagée. Il existe par ailleurs une autre notion en droit français, la participation à une association de malfaiteurs, qui est définie comme la participation à « tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes [...] ». La participation à une association de malfaiteurs se différencie de l'entreprise criminelle commune élargie puisque ce n'est pas un mode de participation susceptible d'engager la responsabilité pénale de ses membres pour les crimes commis dans le cadre de cette association. En effet, en tant que tel, le seul fait d'appartenir à une association de malfaiteurs constitue un crime à part entière. En 1992, le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ont été introduits en droit pénal français y compris sous une forme spécifique de participation à une association de malfaiteurs constituée en vue de la préparation de l'un de ces crimes (voir la Loi n° 92-684 du 22 juillet 1992, Journal officiel de la République française n° 169, 23 juillet 1992, p. 9875).

⁹¹ Le droit cambodgien, dans le Code pénal de 1956, prévoit les mêmes modes de participation que ceux reconnus en droit français, dont la co-action et la complicité (voir les articles 82 à 87 du Code pénal cambodgien de 1956). Le droit cambodgien érige également en infraction la participation à une association de malfaiteurs (voir l'article 290 du Code pénal Cambodgien de 1956). Comme en France, une forme spécifique de participation à une association de malfaiteurs constituée en vue de la préparation d'un crime de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre a récemment été introduite en droit pénal cambodgien (voir les articles 185, 190 et 196 du Code pénal cambodgien de 2009). Force est toutefois de constater qu'aucun de ces modes de participation ou crimes (dans le cas d'une participation à une association de malfaiteurs) ne reflète la responsabilité pénale découlant de la participation à la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune (voir la note 90 ci-dessus).

38. La Chambre de première instance considère par conséquent que les co-procureurs ne sont pas parvenus à établir que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune faisait partie du droit international coutumier entre 1975 et 1979. Elle rejette donc la demande de requalification des co-procureurs tendant à faire appliquer la théorie de l'entreprise criminelle commune élargie aux faits de l'espèce.

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE :

REJETTE les Exceptions préliminaires de la Défense dans la mesure où il y est allégué que les co-juges d'instruction ont retenu à tort la théorie de l'entreprise criminelle commune dans la Décision de renvoi ;

DÉCLARE que la Demande des co-procureurs est recevable en application de la règle 98 du Règlement intérieur ;

CONFIRME l'applicabilité, en l'espèce, des première et deuxième catégories d'entreprise criminelle commune et **REJETTE** par conséquent les Exceptions préliminaires de la Défense dans la mesure où il y est allégué que les formes élémentaire et systémique de cette théorie ne constituaient pas des modes de participation reconnus en droit international pénal général entre 1975 et 1979 ;

DIT que la troisième catégorie d'entreprise criminelle commune (soit la forme élargie de cette théorie) ne faisait pas partie du droit international coutumier et n'existait pas en tant que principe général de droit à l'époque des faits visés dans le dossier n° 002 ;

REJETTE par conséquent la demande de requalification des co-procureurs tendant à faire appliquer la théorie de l'entreprise criminelle commune élargie aux faits de l'espèce. *mm*

Fait à Phnom Penh, le 12 septembre 2011,
Le Président de la Chambre de première



Nil Nonn