

## Contentieux stratégique pénal et commerce des armes : la notion de « complicité » en question

Agatha Verdebout



3 avril 2023



Crédit photo de couverture : Devant le siège de Rheinmetall AG, Düsseldorf le 26.10.2012  
Campagne « Aktion Aufschrei - Stoppt den Waffenhandel » (Action Cri - Stop au commerce des  
armes), [Lunabonn](#), Licence CCAS 3.0.

\*\*\*

Les opinions émises dans cette publication n'engagent que leurs auteurs et ne constituent ne  
rien une prise de position du GRIP.

Tous droits réservés. © Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité

Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité  
Mundo-madou - 7-8 Avenue des Arts - 1210 Saint-Josse-ten-Noode, Belgique  
Tél. : +32 (0) 473 982 8202 – [admi@grip.org](mailto:admi@grip.org) – [www.grip.org](http://www.grip.org)  
Twitter : [@grip\\_org](#) -Facebook : GRIP.197

# Contentieux stratégique pénal et commerce des armes : la notion de « complicité » en question

## Résumé

Le contentieux stratégique est devenu un élément essentiel des activités de plaidoyer des ONG, permettant de sensibiliser l'opinion publique à certaines problématiques et de les mettre à l'agenda politique. Dans le domaine du commerce des armes, cette pratique a pris de l'ampleur, notamment au niveau pénal. Ces litiges impliquent souvent des accusations de complicité à l'encontre des acteurs politiques et économiques du secteur. Cette Note d'analyse examine les défis juridiques et techniques associés à la mobilisation de la notion de « complicité » dans le cadre du commerce des armes, en se concentrant sur l'évaluation de la présence de l'élément matériel et moral nécessaire pour engager la responsabilité pénale des acteurs visés par les plaintes.

## Abstract

### **Strategic criminal litigation and the arms trade: the notion of "complicity" in question**

Strategic litigation has become an essential part of NGO advocacy activities, helping to raise public awareness on certain issues and put them on the political agenda. In the field of the arms trade, this practice has become increasingly widespread, including at the criminal level. These disputes often involve accusations of complicity against the sector's political and economic actors. This *Note d'analyse* examines the legal and technical challenges associated with the mobilization of the notion of 'complicity' in the arms trade, focusing on the assessment of the presence of the material and moral elements necessary to engage the criminal responsibility of the actors targeted by the complaints.

## L'auteur

Agatha Verdebout est directrice adjointe et chargée de recherche au GRIP au sein du pôle « Armement et désarmement ». Diplômée en droit et en relations internationales, elle est également titulaire d'un doctorat en droit international public (ULB, 2017).

## Pour citer cette publication

Agatha VERDEBOUT, « Contentieux stratégique pénal et commerce des armes : la notion de « complicité » en question », *Note d'analyse du GRIP*, 3 avril 2024



## Introduction

Le contentieux stratégique – aussi appelé « litige d’impact » (ou « *impact litigation* » en anglais) désigne la pratique consistant à porter un cas emblématique devant un tribunal afin de provoquer un changement de jurisprudence et/ou amener à une évolution du droit qui reflète des préoccupations ou valeurs collectives<sup>1</sup>. Cette pratique gagne en notoriété aux États-Unis dans les années 1950, où elle joue un rôle clé dans le mouvement des droits civils et de lutte contre la ségrégation raciale<sup>2</sup>. Depuis, elle s’est étendue au-delà des frontières des États-Unis ainsi qu’à d’autres domaines ; de la protection de l’environnement aux droits reproductifs des femmes ; des droits de la communauté LGTBQIA+ à la défense des classes ouvrières contre les phénomènes de gentrification urbaine.

Le contentieux stratégique figure aujourd’hui en bonne place parmi les modes d’action de la plupart des organisations non gouvernementales (ONG) et constitue un volet à part entière de leurs activités de plaidoyer. Que la décision du tribunal leur soit favorable ou non, le contentieux stratégique permet de sensibiliser l’opinion publique à certaines problématiques ; à les faire rentrer dans le débat public et à les mettre à l’agenda politique. Le domaine du commerce des armes ne fait pas exception. Depuis 2016 – en lien avec l’utilisation d’armes de facture européenne par l’Arabie Saoudite et les Émirats arabes unis (EAU) pour commettre des crimes de guerre au Yémen –, le nombre d’affaires introduites devant les juridictions nationales de différents États membres de l’Union européenne (UE) n’a fait qu’augmenter<sup>3</sup>. Celles-ci ont généralement pris la forme de recours devant les Conseils d’État ou autres juridictions administratives compétentes afin d’obtenir l’annulation ou la suspension des licences d’exportation délivrées par les autorités nationales de contrôle.

Le contentieux stratégique en matière de commerce des armes a aussi commencé à prendre d’autres formes, notamment des plaintes devant les juridictions pénales. Ainsi, le 11 décembre 2019, six ONG – le *European Centre for Constitutional Human Rights* (ECCHR), *Mwatana for Human Rights*, *Amnesty International*, *Campaign Against the Arms Trade* (CAAT), *Centre d’Estudis per la pau J. M. Delàs* (Centre Delàs) et l’*Osservatorio Permanente sulle Armi Leggere e le Politiche di Sicurezza e Difesa* (OPAL) – soumettent une communication au Bureau du procureur de la Cour pénale internationale (CPI) lui demandant d’enquêter sur l’implication de divers acteurs politiques et économiques européens dans les crimes de guerre commis au Yémen<sup>4</sup>. La communication vise l’Allemagne, la France, l’Espagne, l’Italie et le Royaume-Uni, ainsi que des entreprises comme *Airbus Defence and Space*, *BAE Systems*, *Dassault Aviation*, *Leonardo* ou encore *Rheinmetall*. La CPI n’a pas de juridiction sur les personnes morales que

---

<sup>1</sup> Voir, par exemple, la définition de *Trial International* et du *European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) : *Trial International*, « [Strategic litigation – What is strategic litigation ?](#) », consulté le 25 mars 2024 ; ECCHR, « [Definition – Strategic litigation](#) », consulté le 25 mars 2024.

<sup>2</sup> Voir par exemple TUSHNET Mark, *The NAACP’s Legal Strategy Against Segregated Education, 1925-1950*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1987 ; HARLOW Carol et RAWLINGS Richard, *Pressure Through Law*, Oxon, Routledge, 1992.

<sup>3</sup> Voir [Arms Trade Litigation Monitor](#).

<sup>4</sup> Amnesty International, CAAT, Centre Delàs, OPAL, « [Made in Europe, bombed in Yemen : How the ICC could Tackle the responsibility of arms exporters and government officials](#) », dernière mise à jour : février 2020 ; AKSENOVA Marina et BYRK Linde, « [Extraterritorial Obligations of Arms Exporting Corporations : New Communication to the ICC](#) », 14 janvier 2020.

---

sont les États ou les entreprises, mais rien ne l'empêche de poursuivre des individus (personnes physiques) qui au travers des activités d'exportation d'armes auraient participé à la commission d'un crime relevant de sa compétence – c'est-à-dire le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression<sup>5</sup>. Presque cinq ans après cette communication, le Procureur n'a pas encore indiqué s'il entendait y donner suite. Le contentieux stratégique pénal devant les juridictions nationales reste également limité pour l'instant : une plainte contre *Dassault Aviation, Thales et MBDA France* a été introduite devant les juridictions françaises en juin 2022<sup>6</sup> ; une autre a été déposée contre la *FN Herstal* auprès du juge d'instruction de Liège en janvier 2023<sup>7</sup> ; tandis qu'en mars 2023, une plainte visant trois officiers de licence et le dirigeant de *RWM Italia s.p.a.* a été classée sans suite par le juge d'instruction de Rome<sup>8</sup>.

Que cela soit au niveau international ou national, ce qui est notamment en jeu dans ces différents cas c'est la notion de « complicité » : en vendant des armes à des pays qui les emploient pour commettre des crimes graves de droit international, les entreprises, leurs dirigeants, les responsables étatiques, voire le personnel des autorités nationales de contrôle, se rendent-ils complices de ces actes ? Cette question n'a pas encore été directement tranchée. Elle a néanmoins été indirectement abordée dans plusieurs affaires liées au trafic et transferts d'armes, notamment devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), le Tribunal spécial pour la Sierra Leone (TSSL), la CPI ainsi que devant les juridictions néerlandaises.

En se basant sur ce corpus, la présente *Note d'analyse* met en relief les principales difficultés d'ordre techniques et juridiques qui peuvent se dresser face à la mobilisation de la notion de complicité dans le cadre du contentieux stratégique pénal porté par la société civile<sup>9</sup>. La complicité suppose la réunion de trois conditions cumulatives : il faut qu'un crime ait été commis (fait principal punissable) ; que la personne accusée d'en être complice ait apporté son aide à la préparation ou la commission du crime (élément matériel ou objectif) ; et qu'elle l'ait fait intentionnellement (élément moral ou subjectif). Partant du postulat qu'un crime a été commis, ce texte se concentre sur l'examen des circonstances dans lesquelles l'élément matériel et moral

---

<sup>5</sup> [Statut de la Cour pénale internationale](#) (CPI), adopté à Rome le 17 juillet 1998, entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> juillet 2002, art. 5.

<sup>6</sup> « [Affaire Dassault Aviation, MDBA et Thales au Yémen](#) », *Sherpa*, consulté le 29 mars 2024 ; ZERROUKY Madjid, « [Yémen : trois entreprises françaises visées par une plainte pour "complicité de crimes de guerre"](#) », *Le Monde*, 2 juin 2022.

<sup>7</sup> « [La FN Herstal visée par une plainte au pénal pour l'exportation d'armes vers l'Arabie saoudite](#) », *Le Soir*, 17 avril 2023.

<sup>8</sup> Voir ECCHR, Mwatana for Human Rights et Rete Italiana Pace e Disarmo, « [Analisi legale preliminare sulla decisione di archiviazione della causa penale relative all'invio di armi italiane verso il conflitto in Yemen](#) », 13 mars 2023 ; Rete Italiana Pace e Disarmo, « [Giustizia negata par le vittime dei crimini di guerra in Yemen, nonostante le accertate violazioni delle norme su export di armi](#) », 15 mars 2023 ; MAZZOLENI Carlo, « [Archiviazione delle indagini relative all'esportazione di armi italiane destinate ad essere utilizzate nel conflitto in Yemen : analisi del caso e della decisione del GIP](#) », Université La Sapienza, Approfondimento 4/2023, 27 juin 2023.

<sup>9</sup> Cette Note d'analyse ne traite donc pas de la question de la responsabilité de l'État pour des transferts d'armement. À ce sujet voir notamment DAVID Éric, TURP Daniel, WOOD Brian et AZAROVA Valentina, « [Opinion on the International Legality of Arms Transfers to Saudi Arabia, the United Arab Emirates and Other Members of the Coalition Military Involved in Yemen](#) », *IPIS*, décembre 2019.

de la complicité peuvent être considérés comme étant réunis lorsque le comportement présumé complice consiste en des activités de ventes d'armes.

## 1. L'élément matériel : le lien de causalité entre les ventes d'armes et le crime

Bien que les définitions de la complicité varient légèrement d'un système juridique à l'autre, l'élément matériel correspond au fait d'avoir « aidé », « porté son concours ou son assistance » ou, plus généralement, « contribué » à la préparation ou commission d'un crime. En d'autres termes, en visant le comportement du présumé complice et la manière dont celui-ci a joué un rôle dans la perpétration du crime, il permet de préciser le lien de causalité entre les actions de l'accusé et le crime. Plusieurs facteurs entrent en considération lors de l'établissement de ce lien de causalité : le premier a trait à la nature du comportement adopté ou de l'acte posé par le complice ; le second à son degré de contribution au crime ; et le troisième à son imputabilité à l'accusé.

Rapportée aux activités de commerce des armes, l'analyse de ces trois facteurs peut être déclinée sous la forme de trois questions. Premièrement, les ventes d'armes peuvent-elles constituer un comportement de nature complice même si elles ont été examinées et conduites dans le cadre prévu par la loi ? Deuxièmement, les armes vendues doivent-elles avoir été indispensables au crime ou y avoir simplement contribué de manière plus ou moins importante ? Enfin, lorsque la vente a été conduite dans le cadre d'une licence délivrée par les autorités de contrôle de l'État exportateur, à qui le comportement présumé complice est-il imputable ?

### 1.1. La nature : les activités de commerce des armes comme comportement pouvant contribuer au crime

Parmi les différentes dispositions pénales relatives à la complicité existante et applicables en Europe, plusieurs précisent que fournir à l'auteur principal les moyens de commettre le crime constitue un comportement potentiellement complice. Ainsi, les alinéas c) et d) de l'article 25 § 3 du Statut de la CPI prévoient respectivement qu'est complice d'un crime toute personne qui apporte son aide « y compris en fournissant les moyens de cette commission<sup>10</sup> » ou qui y « contribue de toute autre manière<sup>11</sup> » ; expression suffisamment large pour inclure une grande variété de comportements, dont le fait d'avoir donné à l'auteur les instruments qui ont servi à perpétrer le crime. Dans le même ordre d'idée, le Code pénal néerlandais prévoit que « seront punis comme complices d'un crime [...] ceux qui auront [...] fourni l'occasion, les moyens ou les informations nécessaires à la commission du crime<sup>12</sup> ». Le Code pénal belge est encore plus clair, puisqu'il précise que « seront punis comme complices [...] ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui a servi au crime<sup>13</sup> ».

<sup>10</sup> Statut de la CPI, art. 25 § 3 c).

<sup>11</sup> *Ibid.*, art. 25 § 3 d).

<sup>12</sup> [Code pénal néerlandais](#), art. 48 § 2.

<sup>13</sup> [Code pénal belge](#), Art. 67 § 2.

**Encadré 1. La complicité selon l'article 25 § 3 alinéa c) et d) du Statut de la CPI**

La disposition du Statut de la CPI portant les différentes formes de responsabilité pénale individuelle (art. 25) a la particularité d'énoncer deux sous-catégories de complicité, respectivement aux alinéas c) et d). Les conditions qui doivent être réunies pour engager la responsabilité du présumé complice changent d'un alinéa ou de l'autre. Les différences se situent tant au niveau de l'évaluation de l'élément matériel que de l'élément moral de la complicité.

La complicité au sens de l'alinéa c) demande la présence des trois conditions mentionnées en introduction, soit un fait principal punissable, l'élément matériel et l'élément moral. Dans ce cadre, et comme développé plus avant dans ce texte, l'élément matériel consiste dans le fait d'avoir apporté une contribution « *substantielle* » au crime, tandis que l'élément moral a été interprété comme exigeant la preuve que l'accusé ait eu véritablement l'intention d'aider le crime.

L'alinéa d) institue, quant à lui, une forme de complicité dite « *résiduelle*<sup>14</sup> », que la CPI a même qualifiée de « *fourre-tout*<sup>15</sup> ». L'élément matériel peut alors consister à avoir apporté une contribution « *importante* » au crime et l'élément moral être réduit à la connaissance du fait que le comportement allait probablement faciliter la commission de crimes. En revanche, il requiert la présence d'un élément supplémentaire : le crime doit avoir été commis par un « *groupe de personnes agissant de concert*<sup>16</sup> ». Cette expression est entendue de manière assez large comme visant « *l'existence d'un accord ou d'un plan commun entre deux personnes ou plus*<sup>17</sup> ». La CPI précise, en outre, que le plan commun ne doit pas nécessairement « *viser spécifiquement la perpétration d'un crime* » et que l'existence d'un accord peut être déduite de l'action menée par le groupe<sup>18</sup>.

Au-delà de ces dispositions légales, le fait d'avoir fourni des armes ayant servi à commettre des crimes graves de droit international a déjà été reconnu comme constitutif de complicité devant plusieurs instances. À la fin des années 1940, par exemple, dans le cadre des procès intentés devant les Tribunaux militaires américains basés à Nuremberg, les dirigeants des groupes industriels allemands *Krupp AG*, *Flick* et *IG Farben* ont été accusés d'avoir facilité l'armement du III<sup>e</sup> Reich, contribuant ainsi à la préparation des guerres d'agression menées par l'Allemagne<sup>19</sup>. Si ce chef d'accusation a finalement été abandonné faute de preuve, ces affaires ont posé les bases et admis le principe selon lequel procurer des armes est susceptible d'engager la

<sup>14</sup> WERLE Gerhard et BURGHART Boris, « [Les formes de participation en droit international pénal](#) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012/1, p. 66.

<sup>15</sup> CPI, Chambre préliminaire II, Situation en République du Kenya, [Le procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang](#), Décision relative à la confirmation des charges, n°ICC-01/09-01/11, 23 janvier 2012, § 354, p. 139.

<sup>16</sup> Statut de la CPI, art. 25 § 3 d).

<sup>17</sup> CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République démocratique du Congo, [Le procureur c. Calixte Mbarushimana](#), Décision relative à la confirmation des charges, n°ICC-01/04-01/10, 16 décembre 2011, § 271, p. 128.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Voir à ce sujet KYRIAKAKIS Joanna, *Corporations, Accountability and International Criminal Law. Industry and Atrocity*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021, pp. 46-103.

responsabilité pénale des personnes qui les ont livrées. Au niveau international, ce principe a par la suite été confirmé par le TPIY dans l'affaire *Perišić*<sup>20</sup>, par le TSSL dans l'affaire *Taylor*<sup>21</sup> ainsi que par la CPI dans l'affaire *Katanga*<sup>22</sup>, pour leurs implications respectives dans des transferts d'équipements militaires à l'armée serbe de Bosnie (*Vojska Republike Sprske* ou « VRS ») pendant les guerres de dissolution yougoslaves, au *Front Révolutionnaire Uni* (RUF) pendant la guerre civile sierra-léonaise et à des milices ngiti dans le contexte de la guerre en Ituri. Au niveau national, les hommes d'affaires Guus Kouwenhoven et Frans van Anraat ont, par ailleurs, été condamnés aux Pays-Bas comme complices de crimes de guerre pour avoir respectivement vendu des armes à l'ancien président du Libéria Charles Taylor lors de la deuxième guerre civile en Sierra Leone (1997-2002), et approvisionner Saddam Hussein en thiodiglycol (produit chimique clé dans la fabrication du gaz moutarde) durant la guerre Iran-Irak de 1980-1988<sup>23</sup>.

Dans ces différentes affaires, les transferts se sont opérés dans un cadre de marché « gris » (voire « noir ») et/ou en violation d'embargos, mais il faut préciser que la nature légale ou illégale du comportement ne préjuge pas du fait qu'il puisse être qualifié de complice<sup>24</sup>. Autrement dit, une action peut, en soi, être parfaitement légale et néanmoins entraîner la responsabilité pénale de celui qui l'a adoptée. Il en découle qu'une vente de matériel militaire, quand bien même conduite dans un cadre légal, peut théoriquement être constitutive d'un comportement complice à partir du moment où les autres éléments nécessaires à l'établissement de la complicité sont présents<sup>25</sup>.

En pratique, toutefois, il faut noter que si une licence a été octroyée alors qu'il existait un risque manifeste que les armes soient utilisées pour commettre des violations graves des droits humains ou du droit international humanitaire (DIH), alors la licence a été délivrée en violation des dispositions du Traité sur le commerce des armes (TCA) et de la Position commune 2008/944/PESC<sup>26</sup>. La licence, ainsi que les exportations conduites sur base de celle-ci, sont donc illégales. Il en est de même des livraisons réalisées alors qu'un tel risque n'existait pas au moment de la procédure de licence, mais a surgi par la suite et aurait dû aboutir à la suspension de l'autorisation. Pareillement, si la licence a été octroyée et les armes expédiées *in tempore*

<sup>20</sup> TPIY, Trial Chamber I, [Prosecutor v. Momčilo Perišić](#), Judgement, Case n°IT-04-81-T, 6 septembre 2011, §1603, p. 507.

<sup>21</sup> TSSL, Trial Chamber II, [Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor](#), Judgement, Case n°SCSL-03-01-T, 18 mai 2012, §6914, p. 2450.

<sup>22</sup> CPI, Chambre de première instance II, Situation en République démocratique du Congo, [Le procureur c. Germain Katanga](#), Jugement, n°ICC-01/04-01/07, 7 mars 2014, §1679, p. 699.

<sup>23</sup> Sur ces deux affaires voir : International Criminal Database (ICD), « [The Public Prosecutor v. Guus Kouwenhoven](#) » (consulté le 12 mars 2024), et « [The Public Prosecutor v. Frans Cornelis Adrianus van Anraat](#) » (consulté le 12 mars 2024).

<sup>24</sup> Voir notamment HAMILTON Tomas, « Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute », in JØRGENSEN Nina H. (dir.), *The International Criminal Responsibility of War's Funders and Profiteers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 167.

<sup>25</sup> En ce sens voir AMBOS Kai, « [Corporate Complicity in International Crimes through Arms Supplies despite National Authorisations ?](#) », *International Criminal Law Review*, vol. 21, n°1, 2021, pp. 181-201.

<sup>26</sup> Traité sur le commerce des armes (TCA), adopté le 2 avril 2013, entré en vigueur : 24 décembre 2014, art. 7 ; Conseil de l'UE, « [Position commune 2008/944/PESC du Conseil du 8 décembre 2008 définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologie et d'équipements militaires](#) », *Journal officiel de l'Union européenne*, L 355, 13 décembre 2008, p. 99, art. 2.

*non suspecto* – c'est-à-dire alors que le vendeur ou celui qui l'a autorisé ne pouvait d'aucune façon se douter qu'elles seraient employées de façon criminelle par le destinataire final – démontrer que l'accusé a agi avec l'intention nécessaire (élément moral) à engager sa responsabilité en tant que complice pourrait s'avérer très compliqué. En d'autres termes, une vente d'équipement militaire constitutive de complicité sera en règle générale par ailleurs illégale.

## 1.2. Le degré : un comportement apportant une contribution significative, mais pas indispensable

S'il ne fait pas vraiment de doute que les transferts d'armes sont de nature à constituer un comportement complice, il faut préciser que le degré auquel ils ont contribué au crime doit également être pris en considération. Pour reprendre les termes employés par la législation néerlandaise et belge, le matériel doit avoir « servi » ou été « nécessaire » au crime. Ces termes montrent déjà les différences d'appréciation susceptibles d'intervenir : une arme peut avoir « servi » à commettre un crime sans y avoir été « nécessaire ». Si l'évaluation du degré auquel le comportement doit avoir contribué au crime peut varier, la jurisprudence tant nationale qu'internationale montre que la contribution du présumé complice doit être « significative » sans pour autant avoir été indispensable.

À titre d'illustration, dans l'affaire *Kouwenhoven* – bien que le Code pénal néerlandais parle des « moyens [...] nécessaires » – la Cour d'appel de Bois-le-Duc a déclaré qu'il « n'est pas nécessaire que l'assistance fournie soit indispensable [...] à l'infraction [...]. Il suffit que l'assistance du complice ait effectivement favorisé le crime ou facilité sa commission<sup>27</sup> ». En l'espèce, la Cour a noté que l'accusé, à travers certaines de ses sociétés, avait été activement impliqué dans l'importation d'armes vers le Libéria et avait même mis certains de ses employés à disposition pour les décharger ainsi que les transporter parfois jusqu'aux lignes de front. Ces armes ont, en outre, été utilisées pour mener des attaques dans le comté de Lofa et à Guéckédou, lors desquelles divers crimes de guerre (meurtres, viols et destructions de biens civils) ont été perpétrés. Le matériel fourni par Kouwenhoven n'avait certes pas été indispensable aux crimes, dans le sens où ceux-ci auraient pu être commis avec des armes provenant d'autres sources. Néanmoins, leurs présences sur les lieux permettaient de conclure qu'elles avaient servi à commettre les crimes et y avaient donc effectivement participé. À cet égard, la Cour ajoute, par ailleurs, que « du point de vue du droit pénal international, les exigences relatives à la contribution du "complice" ne sont pas sensiblement plus lourdes ou différentes<sup>28</sup> ».

Dans leurs décisions, les tribunaux *ad hoc* et la CPI conduisent généralement une analyse assez poussée de la façon dont le comportement présumé complice a contribué au crime. Le seuil que la contribution est censée atteindre varie néanmoins en fonction des juridictions et des dispositions invoquées. Les tribunaux *ad hoc* ont employé le critère de la contribution dite « substantielle », lequel a été repris par la CPI pour l'application de l'article 25 § 3 c). Dans le cadre de l'article 25 § 3 d), en revanche, la CPI a estimé que le degré de contribution pouvait

<sup>27</sup> Cour d'appel de Bois-le-Duc, Section pénale, *Procureur c. Guus Kouwenhoven*, Jugement, Cas n°20-001906-10, 21 avril 2017, point L.2.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

être plus faible, c'est-à-dire simplement « *important*<sup>29</sup> ». Les différences entre ces critères demeurent, pour l'heure, peu claires lorsque le comportement présumé complice a consisté en des ventes d'armes. En effet, qu'il s'agisse d'établir l'existence d'une contribution « *substantielle* » ou « *importante* », les éléments factuels pris en considération sont souvent les mêmes. Ils tiennent principalement à la présence des armes sur les lieux du crime et, bien que dans une moindre mesure, à la façon dont l'accusé a répondu à des demandes précises et spécifiques d'armement.

L'ancien général et chef d'État-major de l'armée yougoslave (*Vojska Jugoslavije* ou « VJ ») Momčilo Perišić a, par exemple, été acquitté par la Chambre d'appel du TPIY au motif qu'il n'avait pas été prouvé « *au-delà de tout doute raisonnable que les balles et les obus récupérés sur les sites des crimes à Sarajevo et Srebrenica provenaient de la VJ*<sup>30</sup> » et que la Chambre de première instance n'avait pu démontrer que la fourniture d'équipements militaires à la VRS était spécifiquement dirigée vers les crimes et non généralement vers l'effort de guerre<sup>31</sup>. Les conclusions du TSSL dans l'affaire *Taylor* s'inscrivent dans la même lignée. La Chambre de première instance a, en effet, insisté sur le fait que les armes utilisées pour commettre plusieurs crimes pouvaient être directement reliées aux réseaux de l'ancien président libérien et que celui-ci avait, à plusieurs reprises, répondu à des demandes formulées afin de mener certaines attaques précises<sup>32</sup>.

Dans l'affaire *Katanga*, et bien que la responsabilité pénale en tant que complice de l'ancien commandant des Forces de résistance patriotique de l'Ituri (FRPI) était invoquée sur base de l'alinéa d) de l'article 25 §3 (contribution « *importante* » et non plus « *substantielle* »), la CPI a également insisté sur le fait que l'accusé savait que les armes qu'il avait données aux milices ngiti étaient destinées à conduire une attaque sur le village de Bogoro<sup>33</sup>. Pour autant, il ne peut pas être considéré que cette affaire a fixé une sorte de standard que la contribution doit atteindre au sens de l'article 25 § 3 d). La Cour a d'ailleurs rappelé à plusieurs reprises que le texte de cette disposition ne fixe pas de « *seuil minimal*<sup>34</sup> » et que « *la question de savoir quelles contributions sont importantes [suppose de] procéder à une analyse au cas par cas, puisque ce n'est qu'en*

---

<sup>29</sup> Voir CPI, Chambre préliminaire I, *Le procureur c. Calixte Mbarushimana*, *op. cit.*, § 279, p. 133. Voir aussi CPI, Chambre préliminaire II, *Le procureur c. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey et Joshua Arap Sang*, *op. cit.*, §§ 353-354, pp. 139-140. À ce sujet voir aussi AMBOS Kai, « [The ICC and Common Purpose : What Contribution Is Required under Article 25\(3\)\(d\) ?](#) », in STAHN Carsten (dir.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 592-607.

<sup>30</sup> TPIY, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, Judgement, Case n°IT-04-81-A, 28 février 2013, §65 p. 26.

<sup>31</sup> *Ibid.*, §56, p.22.

<sup>32</sup> TSSL, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, *op. cit.*, §6907-6915, pp. 2448-2451. Voir aussi TSSL, Appeals Chamber, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Judgement, Case n°SCSL-03-01-A, 26 septembre 2013, §517, p. 234.

<sup>33</sup> CPI, Chambre de première instance II, *Le procureur c. Germain Katanga*, *op. cit.*, §651, p. 259.

<sup>34</sup> Voir, par exemple, CPI, Chambre préliminaire II, Situation en Ouganda, *Le procureur c. Dominic Ongwen*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-02/04-01/15, 23 mars 2016, § 44, p. 23 ; CPI, Chambre préliminaire I, *Le procureur c. Ahmad Al Faqi Al Madhi*, Décision relative à la confirmation des charges, ICC-01/12-01/15, §27, pp. 12-13.

examinant le comportement d'une personne dans son contexte qu'on peut déterminer dans quelle mesure une contribution a eu un effet plus ou moins grand sur les crimes commis<sup>35</sup> ».

Au regard de ce qui précède, il n'est pas étonnant que dans leurs communications et plaintes déposées auprès de juridictions pénales, les ONG s'efforcent d'apporter des éléments permettant de lier les armes vendues par les États européens aux lieux du crime<sup>36</sup>. Mais les licences ont souvent un caractère général, dans le sens où elles ne répondent pas à des demandes ponctuelles visant à mener certaines attaques spécifiques ; elles s'inscrivent dans des logiques commerciales, politiques et sécuritaires plus globales. Les plaintes et communications soumises dans le cadre du contentieux pénal n'ayant pas encore abouti sur le fond, la façon dont cette question sera abordée par les juridictions concernées reste, pour l'instant, en suspens. Un autre élément qui doit encore être clarifié concerne l'effet de la licence et des procédures qui l'entourent sur le lien d'attribution du comportement présumé complice à l'accusé.

### 1.3. L'imputabilité : l'effet de la licence sur le lien d'attribution du comportement présumé complice

Il ressort aussi des affaires susmentionnées que les cours et tribunaux cherchent à obtenir la certitude que le comportement présumé complice a bien été adopté par – c'est-à-dire est bien attribuable ou imputable à – la personne poursuivie. De la demande à l'octroi de la licence en passant par le transport des biens jusqu'à leur destination finale, le commerce des armes fait intervenir de nombreux d'acteurs économiques, politiques et administratifs différents. Chacun d'entre eux, à différentes étapes et à différent niveau, sont susceptibles, par leurs actions, d'avoir facilité les crimes qui auraient été commis avec les armes dont ils ont demandé, autorisés ou conduits l'exportation.

Cependant, il a parfois été avancé que la licence interrompt le lien d'attribution entre le crime et les acteurs autres que ceux ayant délivré la licence. L'idée semble être que sans cette autorisation les armes n'auraient été exportées et n'auraient donc pas pu contribuer au crime. La décision d'autoriser la vente constitue dès lors le comportement à proprement parler complice (ou du moins sa source fondamentale) et seules les personnes qui ont émis cette autorisation – c'est-à-dire les autorités politiques de l'État exportateur (soit les ministres-présidents de région en Belgique ou le Premier ministre en France) – devraient en assumer les conséquences. Les entreprises et leurs dirigeants seraient, pour leur part, exonérés de toute responsabilité pénale<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> CPI, Chambre préliminaire I, *Le procureur c. Calixte Mbarushimana*, *op. cit.*, § 284, pp. 136-137.

<sup>36</sup> Voir notamment ECCHR, Amnesty International, CAAT, Centre Delàs, OPAL, « Made in Europe, bombed in Yemen », *op. cit.*, p. 5.

<sup>37</sup> Dans le rapport écrit par les députés Jacques Maire et Michèle Tabarot à destination de l'Assemblée nationale en 2020, ceux-ci notent que « Les industriels de l'armement savent qu'ils s'exposent à des poursuites pénales s'ils exportent en dehors du cadre tracé par l'État. En revanche, la plupart des dirigeants rencontrés par vos rapporteurs s'estiment protégés lorsqu'ils agissent sur la base d'une autorisation d'exportation. L'octroi d'une licence aurait pour effet un transfert de responsabilité vers l'État qui exonérerait les industriels de leur propre responsabilité ». Assemblée nationale (France), M. Jacques Maire et Mme Michèle Tabarot, [Rapport d'information sur le contrôle des exportation d'armement](#), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 novembre 2020, p.74.

Ce raisonnement a été critiqué. ECCHR, par exemple, insiste sur le fait que la licence autorise, mais n'oblige pas une entreprise à exporter<sup>38</sup>. Factuellement, elle joue donc un rôle tout aussi important, voir plus important, que les autorités de l'État exportateur dans la réalisation du comportement ayant facilité le crime. Au-delà du fait que les entreprises restent libres de conduire ou non la vente, certains estiment que dans certaines circonstances elles ont même l'obligation de ne pas la mener à bout. Cet argument repose sur les Principes directeurs des Nations unies (NU) sur le devoir de vigilance, lesquels exigent des entreprises qu'elles « évitent » de porter atteinte aux droits humains et « remédient » aux incidences négatives de leurs activités sur ces mêmes droits<sup>39</sup>. Comme l'indique Kai Ambos – professeur de droit international pénal à l'Université de Göttingen – ces Principes s'appliquent aux entreprises indépendamment des obligations qui incombent à l'État exportateur et des procédures d'octroi de licences<sup>40</sup>. L'entreprise ne peut donc pas se retrancher derrière la licence et l'évaluation des risques effectuée par les autorités nationales de contrôle pour s'exempter de son devoir de respecter les droits humains et le DIH<sup>41</sup>. Il en résulte que, « l'idée a priori plausible selon laquelle la responsabilité indirecte (complicité) doit toujours être exclue lorsque le comportement qui pourrait être considéré comme constituant une assistance est autorisé, ne résiste pas à un examen plus approfondi<sup>42</sup> ».

Reste que les Principes directeurs des NU demeurent, pour l'instant, de la « soft-law » (ou « droit mou ») ; ils n'édicte donc aucune obligation formelle. En outre, les contrats, ou du moins des protocoles d'accords sont généralement signés en amont de la demande de licence, la livraison du matériel étant conditionnée à son octroi. Il peut, dès lors, être couteux et complexe pour une entreprise de refuser l'exécution ou la signature d'un contrat auquel les autorités publiques ont déjà donné leur approbation. Politiquement, l'entreprise pourrait par ailleurs contrevenir aux intérêts internationaux et sécuritaires de l'État exportateur. Dans cette perspective, elle serait donc en quelque sorte contrainte par la licence d'exécuter le contrat, ce qui justifierait que le comportement ne leur soit pas attribuable.

<sup>38</sup> ECCHR, « [Made in Europe, bombed in Yemen - Background – Questions and answers on the legal background of the ICC Communication](#) », dernière consultation le 21 mars 2024.

<sup>39</sup> Nations unies (NU), [Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies](#), 2011, HR/PUB/11/14, Principe 11, p. 5. Voir aussi Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), [Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises](#), édition 2023 (édition originale : 2011). Au sujet du devoir de vigilance de l'industrie de l'armement voir notamment SCHLIEMANN Christian and BRYK Linde, « [Arms Trade and Corporate Responsibility : Liability, Litigation and Legislative Reform : Democracy and Human Rights](#) », *Friedrich-Ebert-Stiftung Global Policy and Development*, 2019 ; UN Working Group on Business and Human Rights, « [Responsible business conduct in the arms sector : Ensuring business practice in line with the UN Guiding Principles on Business and Human Rights](#) », *Note d'information*, 30 août 2022 ; KANETAKE Machiko et RYNGAERT Cedric, « [Due diligence and corporate liability of the defence industry. Arms exports, and use and corporate responsibility](#) », *Flemish Peace Institute*, 10 mai 2023 ; VERDEBOUT Agatha, « [Industrie d'armement : exportation et devoir de vigilance](#) », *Éclairage du GRIP*, 21 novembre 2023.

<sup>40</sup> AMBOS Kai, « Corporate Complicity in International Crimes through Arms Supplies », *op cit*, p. 198.

<sup>41</sup> Voir aussi ECCHR, « Made in Europe, bombed in Yemen – Background », *op. cit.*

<sup>42</sup> AMBOS Kai, « Corporate Complicity in International Crimes through Arms Supplies », *op cit*, p. 199.

Ces arguments doivent être nuancés. Premièrement, bien que le document élaboré par le Représentant spécial du Secrétaire général (RSSG) des NU ne soit pas en soi contraignant, cela ne signifie pas que certains des principes qui y sont énoncés ne le sont pas. En effet, ce document peut procéder à la codification informelle d'obligations juridiques bien réelles. Outre les obligations que les industries peuvent avoir en vertu du droit national de l'État à partir duquel elles opèrent, certaines des obligations énoncées dans les instruments internationaux de protections des droits humains et de DIH s'appliquent aussi aux individus (personnes physiques comme morales). Deuxièmement, la licence, ainsi que les circonstances contractuelles, économiques ou politiques qui l'entourent, ne peuvent aucunement être considérées comme constituant une contrainte au sens juridique du terme, qui exonérerait l'entreprise et ses dirigeants de toute forme de responsabilité pénale. La contrainte correspond, en effet, à « *une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue ou imminente à sa propre intégrité physique ou celle d'autrui*<sup>43</sup> ». Lorsque l'exportation s'inscrit dans la poursuite d'une politique étatique, elle pourrait aussi s'analyser sous le prisme de « *l'ordre de la loi*<sup>44</sup> ». Néanmoins, l'entreprise n'a pas l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement et la licence ne constitue pas un ordre, mais une autorisation. Pour le dire simplement, des impératifs d'ordre économiques et politiques ne sauraient justifier ou excuser la complicité dans la commission de génocide, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre.

Enfin, et pour autant que cela ait besoin d'être précisé, la responsabilité d'un acteur n'exclut pas celle d'un autre. À partir du moment où toutes les personnes visées par les poursuites ont participé à la réalisation du comportement complice et ont agi avec l'élément moral nécessaire, elles pourront toutes être considérées comme complice.

## 2. L'élément moral : entre intention criminelle et connaissance des risques probables que des crimes soient commis

Pour entraîner la responsabilité pénale d'une personne, l'acte doit être accompli avec une certaine intention. En matière de complicité, l'élément moral est exprimé sous différentes formes selon les législations. L'article 25 § 3 c) et d) du Statut de la CPI prévoit, d'une part, qu'est complice la personne qui a agi « *en vue de faciliter*<sup>45</sup> » le crime et, d'autre part, celle qui apporte une « *contribution intentionnelle et selon les cas : i) [qui] vis[ait] à faciliter l'activité criminelle [...] ou ii) [a été] faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime*<sup>46</sup> ». Le droit français utilise l'adverbe « *sciemment*<sup>47</sup> » ; les codes pénaux allemands et néerlandais

---

<sup>43</sup> Statut de la CPI, art. 31 §1 d).

<sup>44</sup> *Ibid.*, art. 33 §1.

<sup>45</sup> Statut de la CPI, art. 25 § 3 al. c).

<sup>46</sup> *Ibid.*, art. 25 § 3 d).

<sup>47</sup> [Code pénal français](#), art. 127-1.

emploient le terme « intentionnellement<sup>48</sup> » ; l'article 67 du Code pénal belge prévoit, quant à lui, que le complice ait agi « en connaissance<sup>49</sup> ».

Ces quelques illustrations suggèrent qu'une certaine incertitude peut entourer l'établissement de l'élément moral de la complicité. Faut-il, en effet, que le complice ait partagé l'intention criminelle de l'auteur principal ou simplement qu'il ait eu connaissance de l'intention de ce dernier de commettre le crime ? Dans la seconde hypothèse, à quel point sa connaissance devait-elle être spécifique et certaine ? Pour finir, comment l'analyse de risque conduite dans le cadre des procédures de licence et les restrictions quant à l'utilisation des armes parfois introduites dans les certificats d'utilisateur final (CUF) impactent-elles cette appréciation ?

## 2.1. L'intention : une connaissance plutôt qu'un partage des intentions criminelles de l'auteur principal

L'utilisation de termes comme « en vue de », « sciemment » ou encore « intentionnellement » pourraient laisser penser que le complice doit partager le dessein criminel (*mens rea*) de l'auteur principal. Or, ce n'est pas toujours ce qui ressort de la jurisprudence. Le plus souvent, les cours et tribunaux ont interprété l'élément moral de complicité comme exigeant que l'accusé ait eu connaissance des intentions criminelles de la personne à qui il a apporté son aide au moment où il l'a apportée, et conscience que son comportement faciliterait la commission du crime.

La décision de la Cour de cassation française dans l'affaire *Lafarge* – du nom de l'entreprise de cimenterie *LafargeHolcim* poursuivie, entre autres, pour complicité de crimes contre l'humanité du fait d'avoir versé plusieurs millions d'euros à l'État islamique en Iraq et en Syrie afin de maintenir ses activités en Syrie – offre une première illustration. La Cour a, en effet, considéré qu'il « suffit que [le complice présumé] ait connaissance de ce que les auteurs principaux commettent ou vont commettre un [...] crime contre l'humanité et que par son aide ou son assistance, il en facilite la préparation ou la commission<sup>50</sup> ». À cette occasion, la Cour a également ajouté qu'une interprétation différente, « qui poserait la condition que le complice de crime contre l'humanité adhère à la conception ou à l'exécution d'un plan concerté, aurait pour conséquence de laisser de nombreux actes de complicité impunis<sup>51</sup> ». Le fait que l'objectif de Lafarge était de maintenir ses opérations économiques en Syrie et non d'aider l'État islamique à commettre des crimes contre l'humanité était donc sans importance. À partir du moment où cette entreprise et ses dirigeants savaient que l'argent qu'ils versaient à ce groupe favoriserait la commission de tels crimes, ils pouvaient en être tenus responsables comme complices.

Des enseignements similaires peuvent être tirés de l'affaire *Kouwenhoven* déjà mentionnée. Comme en France, la Cour d'appel néerlandaise de Bois-le-Duc a en effet estimé qu'il n'était pas nécessaire que l'accusé partage l'intention criminelle de l'auteur principal. Sa connaissance que les armes qu'il avait fournies seraient employées pour commettre des crimes graves de droit

<sup>48</sup> [Code pénal allemand](#), §27 ; Code pénal néerlandais, art. 48 § 2.

<sup>49</sup> Code pénal belge, Art. 67 § 2.

<sup>50</sup> Cour de cassation (France), Chambre criminelle, [Pourvoi n°19-87.367](#), Arrêt du 7 septembre 2021, §67, p. 16.

<sup>51</sup> *Ibid.*, §70, p. 16.

international suffisait à l'en rendre complice<sup>52</sup>. Pour établir que Guus Kouwenhoven était conscient que ses actions facilitaient les exactions commises contre les civils lors de la guerre en Sierra Leone, la Cour a pris plusieurs éléments en considération, notamment le fait que : l'accusé avait des intérêts financiers importants dans la région ; vécu tant au Libéria qu'au Sierra Leone ; fuit ce pays lors de la première guerre civile au début des années 1990 ; était marié à une libérienne ; et suivait de son propre aveu la presse internationale (laquelle avait abondamment relayé les atrocités commises par les groupes armés impliqués dans le conflit). La Cour a jugé que « *le prévenu a consciemment accepté [...] que des crimes de guerre et/ou des crimes contre l'humanité soient commis* » avec les armes qu'il avait fournies et en était, de ce fait, complice<sup>53</sup>.

Devant la CPI, l'élément moral qui doit être établi afin qu'une personne soit tenue responsable d'un crime en tant que complice change en fonction de l'alinéa de l'article 25 § 3 sur la base duquel elle est poursuivie. La Cour a jusqu'ici eu tendance à interpréter l'expression « *en vue de faciliter* » contenue à l'alinéa c) de façon stricte et littérale, c'est-à-dire comme imposant la preuve d'une volonté d'aider le crime et non pas une simple connaissance que le comportement aiderait sa commission<sup>54</sup>. C'est pourquoi – comme le soulignent les professeurs de droit international pénal Tomas Hamilton, Robert Cryer, Darryl Robinson et Seguey Vasiliev – cette disposition a peu de chance d'être invoquée lorsque le comportement présumé complice résulte d'une activité commerciale (comme les ventes d'armes) dont le but est, le plus souvent, d'ordre pécuniaire<sup>55</sup>.

L'article 25 § 3 d) est, en apparence, moins contraignant. La contribution doit certes être « *intentionnelle* », mais peut, « *selon les cas : i) viser à faciliter l'activité criminelle [...] ou ii) être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime*<sup>56</sup> ». L'utilisation de la conjonction « *ou* » présente une alternative : la contribution peut soit viser à faciliter l'activité criminelle, soit être faite en connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime. Une activité dont la motivation principale est le profit, semble, de nouveau, difficilement pouvoir rentrer dans la première hypothèse, visée par l'article 25 § 3 d) i). En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'une activité menée par appât du gain tombe sous le coup de la seconde possibilité, prévue à l'article 25 § 3 d) ii). Il faut, alors, clarifier ce qu'il convient d'entendre par « *être en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime* », notamment en ce qui concerne la spécificité et le degré de connaissance que l'accusée doit avoir de l'intention de la personne ou du groupe de personnes qu'il a aidé.

---

<sup>52</sup> Cour d'appel de Bois-le-Duc, *Procureur c. Guus Kouwenhoven*, *op. cit.*, point L.2.3.

<sup>53</sup> *Ibid.*, point L.2.5.

<sup>54</sup> Voir notamment AMBOS Kai, « [Comments on Article 25](#) », in AMBOS Kai et TRIFFTERER Otto (dirs.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3<sup>e</sup> édition, Baden-Baden, Nomos Nomos Verlagsgesellschaft, 2016, p. 1009.

<sup>55</sup> HAMILTON Tomas, « Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute », *op. cit.*, p. 156 et 158 ; CRYER Robert, ROBINSON Darryl et VASILIEV Serguey, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2<sup>e</sup> édition, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 377.

<sup>56</sup> Statut de la CPI, art. 25 § 3 d) ii).

## 2.2. La connaissance : spécificité et degré de connaissance des intentions criminelles de l'auteur principal

La question de la spécificité et du degré de connaissance des intentions criminelles de l'auteur principal implique de déterminer si le complice devait être informé que ce crime (par opposition à *un* ou *des* crimes) serait commis, ainsi que s'il devait en avoir la certitude ou simplement être conscient du risque.

La jurisprudence internationale semble, de nouveau, plus restrictive que les décisions nationales. Dans l'affaire *Lafarge*, par exemple, la Cour de cassation française a estimé qu'une connaissance générale du fait que l'État islamique commettait des crimes graves de droit international et que l'argent que l'entreprise lui versait les aiderait vraisemblablement à poursuivre ces exactions était suffisante<sup>57</sup>. Pareillement, la Cour d'appel néerlandaise de Bois-le-Duc n'a pas cherché à établir que Guus Kouwenhoven avait connaissance de tous les crimes précis qui seraient commis avec les armes qu'il fournissait. De surcroît, elle s'est référée à l'intention dite « conditionnelle » de l'accusé<sup>58</sup>, laquelle requiert simplement la preuve qu'il avait conscience qu'il existait une « probabilité significative » que ses actions favorisent la commission de crimes<sup>59</sup>. En d'autres termes, dans ces deux affaires, tant la spécificité que le degré de connaissance des intentions de l'auteur principal du crime par le complice étaient relativement faibles.

Par contraste, et comme déjà évoqué, dans l'affaire *Katanga* la CPI s'est appuyée sur le fait que l'ancien commandant des FRPI savait que les armes serviraient à attaquer le village de Bogoro. En ce qui concerne l'élément moral requis dans le cadre de l'article 25 §3 d) ii) elle a par ailleurs affirmé que « la connaissance de [l'intention] [doit] être démontrée pour chacun des crimes spécifiques et [que] la connaissance d'une intention criminelle générale n[est] pas suffisante »<sup>60</sup>. Afin d'établir l'existence de cette connaissance, la Cour a pris plusieurs circonstances en considération, notamment le fait que Germain Katanga était familier de la façon dont la guerre était menée en Ituri ainsi que des souffrances qui en résultaient pour les civils, qu'il était au courant de l'idéologie anti-Hema – ethnie peuplant le village de Bogoro – qui animait les combattants ngiti et avait même assisté aux réunions préparatoires de l'attaque<sup>61</sup>. La Cour paraît donc avoir exigé un niveau de connaissance à la fois très élevé et spécifique ; niveau de connaissance que les autorités exportatrices, les entreprises et leurs dirigeants auront rarement.

Selon Tomas Hamilton, la jurisprudence relative à l'article 25 §3 d) ii) étant encore peu nombreuse, il ne peut pas être exclu que la Cour adopte une approche plus souple qui

---

<sup>57</sup> Cour de cassation (France), *Pourvoi n°19-87.367*, *op. cit.*, §67, p. 16.

<sup>58</sup> À cet égard, il est intéressant de noter que ce même critère de l'intention conditionnelle a récemment été mobilisée par Göran Sluiter – professeur de droit pénal international à l'Université d'Amsterdam – pour interroger la responsabilité comme complice des officiels néerlandais du fait des exportations d'armes à Israël depuis la reprise des hostilités dans la bande de Gaza. Voir SLUITER Göran, « [Zijn bewindslieden medeplichtig bij door Israël gepleegde oorlogsmisdrijven ?](#) », *Nederland Rechtsstaat*, 14 novembre 2023.

<sup>59</sup> Cour d'appel de Bois-le-Duc, *Procureur c. Guus Kouwenhoven*, *op. cit.*, point L.2.3.

<sup>60</sup> CPI, Chambre de première instance II, *Le procureur c. Germain Katanga*, *op. cit.*, §1642, p. 681.

<sup>61</sup> *Ibid.*, §§ 1684-1689, pp. 701-705.

s'appuierait sur la pratique des tribunaux *ad hoc*<sup>62</sup>. Lors de ses années d'activité, la position du TPIY a été que le complice devait avoir conscience « *qu'un ou plusieurs crimes seraient probablement commis*<sup>63</sup> » sans qu'il soit nécessaire qu'il sache exactement lesquels. C'est ce standard – dont les similarités avec le critère d'intention conditionnelle employé par les juridictions néerlandaises peuvent être soulignées – que la Chambre de première instance a utilisé dans l'affaire *Perišić*. La Chambre a insisté sur la position de l'accusé au sein de la VJ ainsi que sur l'attention médiatique et institutionnelle qu'avaient reçu les crimes perpétrés par la VRS. Quant au siège de Sarajevo, elle en a conclu que « *Perišić avait conscience que d'autres crimes similaires se produiraient probablement*<sup>64</sup> » ; et quant à Srebrenica que « *Perišić savait également qu'il était très probable que la VRS transfère de force des musulmans de Bosnie et commette des actes de maltraitance ou de meurtres*<sup>65</sup> ». Pareillement, dans l'affaire *Taylor*, la Chambre de première instance du TSSL a rappelé qu'elle devait établir « *que l'accusé savait que ses actes ou omissions aideraient à la commission du crime, ou qu'il était conscient de la probabilité substantielle que ses actes aideraient à la commission du crime*<sup>66</sup> ». De nouveau, du fait de la position de Charles Taylor et de la couverture médiatique des événements, le TSSL a estimé que l'élément moral de la complicité était bien présent<sup>67</sup>.

Dans la majorité des cas, la connaissance d'un risque substantiel que certains crimes soient commis suffit donc à considérer que la personne complice a agi avec l'intention requise à engager sa responsabilité. La façon dont cette connaissance est établie dépend des faits de l'espèce, mais la position et la fonction de l'accusé ainsi que le traitement médiatique de la situation, l'existence de rapports d'ONG et d'organisations internationales semblent souvent jouer un rôle important pour prouver que celui-ci ne pouvait ignorer les risques liés à ses actions. Il s'agit du même type de sources que le Guide d'utilisation de la Position Commune 2008/944/PESC invite les autorités de contrôle à prendre en considération lors de l'évaluation de la demande de licence<sup>68</sup>.

### 2.3. Le risque : l'impact de la licence et des certificats d'utilisateur final sur la connaissance

En vertu de l'article 7 du TCA et 2 de la Position Commune 2008/944/PESC, dans le cadre des procédures d'octroi de licences, les autorités de contrôle doivent mener une analyse de risque. Elle est conduite au regard de plusieurs critères, parmi lesquels le fait que les armes dont l'exportation est envisagée « *pourrai[en]t servir* » (on note l'emploi du conditionnel) à

<sup>62</sup> HAMILTON Tomas, « Arms Transfer Complicity Under the Rome Statute », *op. cit.*, p. 176.

<sup>63</sup> TPIY, Trial Chamber, [Prosecutor v. Anto Furundžija](#), Judgement, Case n° IT-95-17/1-T, 10 décembre 1998, §246, p. 94.

<sup>64</sup> TPIY, Trial Chamber I, *Prosecutor v. Momčilo Perišić*, *op. cit.*, §§1632, p. 515.

<sup>65</sup> *Ibid.*, § 1637, p. 516. Cet aspect de la décision de la Chambre de première instance n'a pas été remis en question par la Chambre d'appel du TPIY qui s'est limitée à l'examen de l'élément matériel.

<sup>66</sup> TSSL, Trial Chamber II, *Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, *op. cit.*, §6904, p. 2447.

<sup>67</sup> *Ibid.*, §§ 6947-6952, pp. 2458-2460.

<sup>68</sup> Conseil de l'Union européenne, [Guide d'utilisation de la Position commune 2008/944/PESC définissant des règles communes régissant le contrôle des exportations de technologies et d'équipements militaires](#), 29 avril 2009, § 3.2.2., p. 38.

commettre des violations graves des droits humains et/ou du DIH<sup>69</sup>. Le Guide d'utilisation de la Position Commune 2008/944/PESC recommande aux États de mettre en place des systèmes de veille sécuritaire tenant compte, par exemple, des informations émanant des NU, du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) et d'ONG internationales comme locales<sup>70</sup>. Si à l'issue de cette évaluation les autorités de contrôle considèrent qu'il existe un risque « *prépondérant* » ou « *manifeste* » – pour reprendre la terminologie employée par le TCA et l'UE respectivement –, elles sont obligées d'interdire l'exportation<sup>71</sup>.

Lorsqu'une licence est octroyée, il devient donc difficile pour l'autorité politique qui l'a délivrée de prétendre qu'elle n'avait pas connaissance des risques s'il en existait, en particulier quand les violations graves du droit international s'inscrivent dans un schéma régulier. À cet égard, le Guide d'utilisation de la Position Commune précise d'ailleurs que « *les cas isolés de violations du droit humanitaire international ne sont pas nécessairement révélateurs de l'attitude du pays destinataire [...] et ne peuvent en soi être considérés comme justifiant un refus de transfert d'armements*<sup>72</sup> ». Ce qui permet d'établir un risque au sens des instruments internationaux et européens visant à réguler le commerce des armes, c'est dès lors l'existence d'une « *certaine constance* » dans les violations et le fait que l'État destinataire ne sanctionne ni ne cherche à y remédier<sup>73</sup>. Ainsi, pour prendre des exemples concrets liés aux contentieux introduits par les ONG, il apparaît compliqué pour les États européens de plaider qu'ils ignoraient que les armes vendues à l'Arabie Saoudite et aux EAU risquaient d'être utilisées pour commettre des crimes de guerre au Yémen. Il en est de même dans le cadre de l'actuelle offensive à Gaza au regard notamment de l'historique longuement documenté d'Israël en matière de respect des droits humains et du DIH<sup>74</sup>.

Si ces éléments permettent d'avoir une idée générale de la situation sur place, chaque demande de licence est analysée au cas par cas, c'est-à-dire eu égard au type de matériel dont la vente est envisagée et du destinataire final précis (corps d'armée, service de police, etc.)<sup>75</sup>. Au-delà du contexte global dans lequel la vente s'inscrit, il s'agit donc d'établir que tel type de matériel transféré à tel type d'acteur soulève des difficultés. Pour faire un lien avec les considérations exposées dans la section précédente, le risque, pour être « *prépondérant* » ou « *manifeste* », donc aussi être relativement spécifique. De ce point de vue, le TCA et la Position Commune 2008/944/PESC – dont l'objet est d'encadrer le commerce des armes, mais pas de l'interdire – semblent chercher à trouver un équilibre entre, d'une part, les risques inhérents liés au commerce de biens comme les armes, et d'autre part, le droit des États acheteurs de maintenir l'ordre et de se défendre contre d'éventuelles agressions extérieures<sup>76</sup>.

---

<sup>69</sup> TCA, art. 7 § 1 b) i) et ii) ; Position commune 2008/944/PESC, art. 2 §2.

<sup>70</sup> Conseil de l'UE, *Guide d'utilisation de la Position commune 2008/944/PESC*, op. cit., § 3.2.2., p. 38.

<sup>71</sup> TCA, art. 7 §3 ; Position Commune 2008/944/PESC, art. 2 §2 a).

<sup>72</sup> Conseil de l'UE, *Guide d'utilisation de la Position commune 2008/944/PESC*, op. cit., § 3.2.12, p. 44.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> Voir, par exemple, Assemblée générale des Nations unies (AGNU), [Rapport de la Rapporteuse spéciale sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés depuis 1967, Francesca Albanese](#), A/78/545, 20 octobre 2023.

<sup>75</sup> Conseil de l'UE, *Guide d'utilisation de la Position commune 2008/944/PESC*, op. cit., § 3.2.2., p. 38.

<sup>76</sup> Le préambule du TCA reconnaît ainsi aux États « des intérêts légitimes d'ordre politique, sécuritaire, économique et commercial dans le commerce international des armes classiques » (al. 5) et pose

D'ailleurs, même lorsqu'un risque existe, ce n'est finalement qu'en dernier recours que l'exportation doit être interdite. L'article 7 § 2 du TCA invite, en effet, les autorités exportatrices à envisager si des mesures pourraient être adoptées afin d'atténuer ces risques<sup>77</sup>. Il s'agit d'obtenir des garanties de la part de l'importateur, généralement au travers de CUF détaillant par qui les armes peuvent être utilisées et, parfois, dans quelles conditions<sup>78</sup>. Certains pays ajoutent une clause leur permettant de mener des contrôles post-exportation sur site afin de vérifier si les termes du CUF sont respectés<sup>79</sup>. Le risque pourrait alors ne plus être considéré comme « prépondérant » ou « manifeste » et cela aurait un impact sur la présence de l'élément moral nécessaire à engager la responsabilité du présumé complice. Les autorités et entreprises exportatrices avanceront que le risque que les armes soient « probablement » utilisées pour commettre des crimes graves de droit international avait été éliminé puisqu'elles pouvaient légitimement s'attendre à ce que les conditions de la licence soient respectées.

La recevabilité de cet argument dépend des circonstances. Si l'État de destination s'est jusqu'ici généralement conformé aux conditions établies dans les licences, alors cette attente pourrait être jugée légitime. C'est encore plus le cas lorsque l'État d'envoi mène des contrôles post-livraison sur site et qu'il a déjà eu l'opportunité de constater que le destinataire gère les équipements militaires reçus comme il le devrait. En revanche, si l'importateur a un passif de non-respect de ces conditions, il deviendrait hypocrite pour l'exportateur de prétendre qu'il pouvait raisonnablement avoir confiance dans les promesses du destinataire. Dans le premier cas, un juge pourrait donc estimer que l'élément moral nécessaire à l'établissement de la complicité fait défaut ; dans le second, un argument fondé sur la limitation des risques du fait du CUF apparaîtrait de mauvaise foi.

Dans l'ensemble, les procédures qui entourent l'octroi des licences (en particulier l'analyse de risque en amont) semblent faciliter l'établissement de la preuve que l'autorité exportatrice savait ou aurait dû savoir que son action allait probablement faciliter la commission d'un crime. Le jour où les industries de défense se verront formellement imposer un devoir de vigilance quant à leurs activités d'exportation, qui les contraindra elles aussi à mener des analyses de risque, ce raisonnement leur sera parfaitement transposable. En attendant, il n'en demeure pas moins que les entreprises et leurs dirigeants ne pourront alléguer ignorer que des crimes de masses sont commis dans les pays avec lesquels ils entendent commercer lorsque ceux-ci font l'objet d'une large attention médiatique et institutionnelle. C'est d'autant plus le cas que ces acteurs ont un intérêt particulier à suivre ces situations et connaissent leurs clients. Il s'ensuit que, devoir de vigilance ou pas, prouver que les industries savaient ou aurait dû savoir qu'il y

---

comme principe « le respect de l'intérêt légitime reconnu à tout État d'acquérir des armes classiques pour exercer son droit de légitime défense » (7e principe).

<sup>77</sup> TCA, art. 7 § 3.

<sup>78</sup> Sur les CUF voir notamment BROMLEY Mark et GRIFFITHS Hugh, « [End-Use Certificates: Improving Standards to Prevent Diversion](#) », *SIPRI Insights on Peace and Security*, n°2010/3, March 2010; JACQMIN Denis, « [Certificat d'utilisateur final: une valeur ajoutée?](#) », *Note d'analyse du GRIP*, 12 septembre 2018.

<sup>79</sup> BROMLEY Mark, HÉAU Laurianne and MALETTA Giovanna, « [Post-Shipment On-Site Inspections: Multilateral Steps for Debating and Enabling Their Adoption and Use](#) », *SIPRI Policy Paper*, n°63, octobre 2022 ; CAMELLO Maria, « [Contrôles post-exportation \(d'armes\) : vers une pratique généralisée au sein de l'Union européenne ?](#) », *Note d'analyse du GRIP*, 2 avril 2021.

existait un risque important de mésusage de leurs produits ne se heurte pas à des difficultés majeures.

## Conclusion : des difficultés qui ne nuisent pas aux objectifs du contentieux stratégique

Le contentieux stratégique est devenu un élément essentiel des activités de plaidoyer des ONG, permettant de sensibiliser l'opinion publique, d'intégrer des problématiques dans le débat public et de les mettre à l'agenda politique. Dans le domaine du commerce des armes, cette pratique a pris de l'ampleur, notamment avec les affaires liées à l'utilisation d'armes européennes dans des conflits tels que celui au Yémen. Devant les juridictions pénales, ces litiges impliquent souvent des accusations de complicité soit à l'égard des autorités politiques exportatrices, soit à l'égard des entreprises et de leurs dirigeants, soit encore, à l'égard des trois.

Appliquer la notion de complicité aux activités de ventes d'armes soumise à des licences d'exportation soulève cependant des défis juridiques et techniques particuliers. Contrairement à ce que les industriels ont tendance à penser, la licence ne constitue pas le principal obstacle à la mise en cause de leur responsabilité pénale. Avant même d'arriver à l'examen de l'impact potentiel de la licence sur la complicité, la réunion de l'élément matériel et moral peut s'avérer complexe. Les équipements exportés, par exemple, répondent rarement à des demandes ponctuelles, formulées en vue de mener certaines attaques spécifiques. Leur vente vise, plus souvent, à soutenir un effort de guerre de manière plus générale ou s'inscrit dans des politiques de renouvellement des équipements, reconstitution des stocks, etc. Le lien de causalité matériel entre la vente d'arme et la commission du crime pourrait alors être jugé insuffisant en fonction du critère choisi pour évaluer le degré de contribution au crime. La prise en compte de considérations liées à la « direction » spécifique des armes – c'est-à-dire le fait qu'elles soient destinées à commettre certaines actions précises dont le présumé complice devait avoir connaissance – introduit, au surplus, une ambiguïté entre l'élément matériel et l'élément moral de la complicité, ou du moins montre à quel point ces deux éléments sont codépendants et perméables.

Toutefois, même si les plaintes des ONG continuent à être classées sans suite, cela ne signifie pas que le contentieux stratégique n'atteint pas ses objectifs. Comme évoqué dans l'introduction, au-delà d'éventuelles condamnations, cette pratique cherche à mettre le doigt sur des phénomènes jugés problématiques, y compris les limites et/ou lacunes du cadre juridique existant. En l'espèce, il s'agit de dénoncer le manque de transparence du commerce international des armes, les pratiques inconsidérées de ses acteurs, ses effets néfastes sur les droits humains et l'absence de mécanismes permettant de les en tenir responsables. Les affaires portées devant les juridictions administratives participent déjà de cette dynamique, mais le contentieux pénal permet de viser un type supplémentaire d'acteurs : l'entreprise et ses dirigeants. Cette démarche doit, en somme, se comprendre dans le cadre plus général du plaidoyer international en faveur de l'établissement d'un devoir de vigilance à destination des personnes morales, en ce compris les industries de défense.



Fondé à Bruxelles en 1979, le GRIP (Groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité) s'est développé dans le contexte particulier de la Guerre froide, ses premiers travaux portant sur les rapports de forces Est-Ouest. Durant les années 1980, le GRIP s'est surtout fait connaître par ses analyses et dossiers d'information concernant la course aux armements, ses mécanismes et ses enjeux. Après la chute du mur de Berlin en 1989, prenant acte du nouvel environnement géostratégique, le GRIP a orienté ses travaux sur les questions de sécurité au sens large et a acquis une expertise reconnue sur les questions d'armement et de désarmement (production, réglementations et contrôle des transferts, non-prolifération), la prévention et la gestion des conflits (en particulier sur le continent africain), l'intégration européenne en matière de défense et de sécurité, et les enjeux stratégiques. En éclairant citoyens et décideurs sur des problèmes complexes, le GRIP entend contribuer à la diminution des tensions internationales et tendre vers un monde moins armé et plus sûr. Plus précisément, l'objectif du GRIP est de travailler en faveur de la prévention des conflits, du désarmement et de l'amélioration de la maîtrise des armements.

## 5 BONNES RAISONS DE SOUTENIR LE GRIP

Le GRIP a pour mission d'étudier les conflits et les conditions de la paix. Il le fait dans l'optique de donner aux citoyens, à la société civile et aux élus accès à des analyses indépendantes permettant aux décideurs comme au grand public de renforcer leurs capacités critiques face à des enjeux complexes où s'entremêlent des intérêts politiques et économiques et des conceptions normatives et éthiques parfois contradictoires. En faisant un don au GRIP, vous participez au renforcement de ses moyens et œuvrez à :

- Développer une recherche indépendante sur la paix ;
- Consolider les capacités en tant que force de proposition auprès des décideurs politiques ;
- Garantir l'accès en langue française à une recherche rigoureuse et accessible au public ;
- Former une relève à qui il incombera de relever les défis de demain ;
- Préserver l'activité *Édition* du GRIP qui permet de mettre de l'avant les combats des acteurs au service de la paix qu'ils soient journalistes, médecins ou militants des droits de la personne.

Le GRIP ne saurait accomplir efficacement sa mission d'information et de sensibilisation du public sans le soutien de donateurs motivés par la défense de la paix comme bien commun. En soutenant le GRIP, vous contribuez au renforcement d'une recherche indépendante et de qualité au service de la société civile sur de nombreux sujets sensibles relatifs aux droits humains, aux libertés fondamentales ou encore à la sécurité des personnes. Vous permettez aussi aux chercheurs du GRIP de s'investir dans la formation d'une relève étudiante, en fournissant un encadrement propice à la transmission des savoirs et des compétences nécessaires à l'analyse critique des enjeux de société.

Rejoignez-nous sur [grip.org](http://grip.org).

GROUPE DE RECHERCHE ET D'INFORMATION SUR LA PAIX

Avenue des arts, 7-8.  
Bruxelles

Tél. : +32 (0) 473 982 820

Site Internet : [grip.org](http://grip.org)